

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

LOGAN CALDAS BARCELLOS

**LIMITES E POSSIBILIDADES HERMENÊUTICAS DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
MANDADO DE INJUNÇÃO A PARTIR DA POSSIBILIDADE E NECESSIDADE DE
RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO**

SÃO LEOPOLDO

2010

LOGAN CALDAS BARCELLOS

LIMITES E POSSIBILIDADES HERMENÊUTICAS DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
MANDADO DE INJUNÇÃO A PARTIR DA POSSIBILIDADE E NECESSIDADE DE
RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientadora: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

SÃO LEOPOLDO

2010

Ficha catalográfica

B2421 Barcellos, Logan Caldas

Limites e possibilidades hermenêuticas da jurisdição constitucional contemporânea no estado democrático de direito: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção a partir da possibilidade e necessidade de respostas corretas no direito . / por Logan Caldas Barcellos, 2010.

218 f.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

“Orientação: Prof. Dr^a. Jânia Maria Lopes Saldanha , Ciências Jurídicas”.

1. Decisão judicial – Estado democrático de direito. 2. Mandado de injunção – Supremo Tribunal Federal. 3. Decisão judicial – Hermenêutica Filosófica. 4. Jurisdição constitucional contemporânea. I. Título.

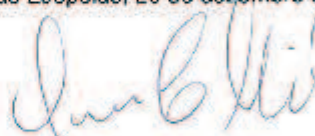
Catologação na Publicação:

Bibliotecária: Carla Inês Costa dos Santos - CRB 10/973

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**LIMITES E POSSIBILIDADES HERMENÊUTICAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO A PARTIR DA POSSIBILIDADE E NECESSIDADE DE RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO**", elaborada pelo mestrando **Logan Caldas Barcellos**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 20 de dezembro de 2010.



Prof. Dr. André Luis Callegari
Coordenador Executivo

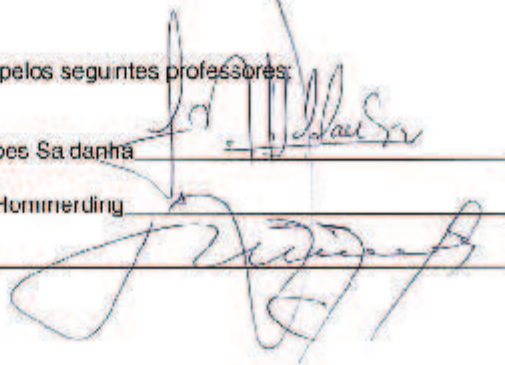
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

Membro: Dr. Adalberto Narciso Hommerding

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



*Patrícia,
Quando o amor se desvela
Na alma ele preenche
Aquilo que o mundo inteiro
Não é capaz de dar.*

O autor

AGRADECIMENTOS

Há muitas pessoas a que agradecer. Ninguém pode atingir qualquer objetivo ou sonho sozinho. Não há mônada isolada no Universo, pensava Leibniz. A atitude de reconhecimento é o mínimo que se pode fazer.

Agradeço aos meus pais, Naillen Silveira Caldas e João Antônio Castro Barcellos, pelo auxílio, esforço e entendimento que tiveram comigo na minha caminhada percorrida desde a graduação em Direito na Unisinos, que foi fielmente recompensada pelos frutos que daí decorreram, e ao meu irmão, meu grande amigo.

A Dra. Vera Lúcia Quevedo Ferreira, Procuradora de Justiça, ao Dr. Fabiano Dallazen, Promotor de Justiça e ao Dr. Fábio Agne Fayet, professor de direito penal e advogado criminalista, pelo apoio profissional e amizade.

Ao amigo, colega de Mestrado e advogado Dr. Rennan Faria Thamay, pela amizade e ampla troca de material acadêmico.

Agradeço a minha orientadora, Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha, profunda estudiosa das obras do prof. Ovídio Araújo Baptista da Silva e da prof. Mireille Delmas-Marty, pelo apoio, amizade e orientação dada neste trabalho, que certamente contribuíram no seu aperfeiçoamento, inclusive com sugestão de bibliografia e aprofundamento do problema da eficácia constitutiva da sentença.

Agradeço ao Dr. Wilson Engelmann pela amizade, me acompanhando e auxiliando desde a graduação em Direito na UNISINOS, estimulando em mim o estudo da Hermenêutica.

Gostaria de agradecer ao Dr. Lenio Luiz Streck pela sua efetiva contribuição para a reformulação do pensamento jurídico e por ter gentilmente fornecido sua obra sobre mandado de injunção. Pode-se dizer que em uma época carente de novas reflexões e em que urge encontrar soluções para os desafios do Estado e da

Jurisdição, sua obra é uma importante diretriz que aponta para o enfrentamento das promessas incumpridas da modernidade e aponta soluções.

Agradeço, por fim, ao PPG em Direito da UNISINOS, que tem proporcionado uma (re)visualização da dogmática jurídica, estimulando novas formas de observar o Direito. Além disto, tem dado um grande destaque à Teoria do Direito, fazendo algo que é de certa forma inovador na Pós-Graduação brasileira, utilizar aportes de Filosofia e Sociologia *no* Direito. Ainda há Mestrados e Doutorados que simplesmente aprofundam a dogmática sem criticá-la ou revisá-la, como se um Mestrado ou Doutorado fossem meras continuidades da graduação, tratando dos mesmos temas lá abordados com mais complexidade. No entanto, um Mestrado e um Doutorado devem ser atos de ruptura, de insurgência contra “o que nos é vendido”, enfim, devem estimular o pensar próprio e a postura crítica. E isto este PPG faz. Daí a sua importância.

“Lex specialis, sententia generalis; assim o legislador e o juiz se atribuem reciprocamente a responsabilidade e podem dormir tranqüilos um e outro, mesmo que o inocente morra.

Mas esta não pode ser a justiça de uma democracia, nem este pode ser o juiz digno da cidade dos homens livres. Já temos dito com anterioridade que a democracia é um compromisso, um *engagement*: *“faute de cet engagement la technique constitutionnelle est morte”*. O mesmo se pode dizer quanto à técnica judicial. Não queremos saber nada dos juizes de MONTESQUIEU, *“êtres inanimés”*, fatos de pura lógica. Queremos juizes com alma, juizes engajados, que saibam conduzir com humano e vigilante empenho o grande peso que implica a enorme responsabilidade de fazer justiça”. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960. p. 83. (Tradução livre).

RESUMO

A Dissertação avalia a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diante do instituto do mandado de injunção dentro do contexto do controle de constitucionalidade. Intenta-se debater especialmente quanto aos limites e possibilidades hermenêuticas da jurisdição constitucional contemporânea no Estado Democrático de Direito. Busca-se demonstrar que o mandado de injunção deve ser fundamentado em uma teoria da decisão judicial orientada pela tese da possibilidade (e necessidade) de respostas corretas no Direito para ter efetividade, a partir da imbricação entre a hermenêutica filosófica e a teoria da integridade de Dworkin. O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, procura debater acerca dos fundamentos necessários para uma teoria da decisão judicial no Estado Democrático de Direito. Para atingir este intento efetua breve análise do surgimento do constitucionalismo e da jurisdição constitucional e discorre acerca das contribuições de Dworkin e da hermenêutica filosófica. Na segunda, adentra na análise do mandado de injunção considerando tanto as suas origens como a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal, tendo como fundamento a hermenêutica filosófica. Como método de abordagem utilizar-se-á o método fenomenológico hermenêutico. Como método de procedimento utilizar-se-á os métodos histórico, monográfico e comparativo. Como técnicas de pesquisa utilizar-se-á documentação direta, ou seja, jurisprudência, e indireta, isto é, pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Teoria da decisão judicial. Mandado de Injunção. Concretização de direitos.

ABSTRACT

This Master's Dissertation assesses the jurisprudence of the Federal Supreme Court in face of the writ of injunction, in the context of constitutionality control. We bring up a debate especially about the hermeneutical limits and possibilities of the contemporary constitutional jurisdiction in the Democratic State of Law. This work intends to show that the writ of injunction must be founded on a theory of judicial decision guided by the thesis of possibility (and need) of right answers in the Law, so that there is effectiveness through the fusion between the philosophical hermeneutic and the theory of integrity from Dworkin. In the first part of this text, we argue about the main fundamentals for a theory of judicial decision in the Democratic State of Law. To reach this goal we develop a brief analysis about the origin of the constitutionalism and the constitutional jurisdiction, and we also mention the contributions from Dworkin and from the philosophical hermeneutic. In the second part of the text, there is an analysis of the writ of injunction, considering its origins as the evolution of the comprehension about the Federal Supreme Court, based on philosophical hermeneutic. As an approach method, the phenomenological hermeneutic method will be used. As procedure methods, the historical, monographic and comparative approaches will be used. As research techniques, direct documentation (jurisprudence) and indirect documentation (bibliographical research) will be used.

KEYWORDS: Constitucional Jurisdiction. Theory of Judicial Decision. Writ of injunction. Materialization of rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
PARTE I – FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	17
CAPÍTULO 1 – O NEOCONSTITUCIONALISMO E O SURGIMENTO HISTÓRICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	17
1.1 O surgimento da jurisdição constitucional: o controle de constitucionalidade a partir das matrizes inglesa, americana, austríaca e francesa em um esboço histórico.....	18
1.1.1 O controle difuso de constitucionalidade: de Edward Coke a William Marshall.....	18
1.1.2 O controle concentrado de constitucionalidade: o modelo austríaco.....	23
1.1.3 O neoconstitucionalismo e a necessidade de uma jurisdição constitucional contemporânea adequada às exigências do Estado Democrático de Direito.....	25
CAPÍTULO 2 – A FILOSOFIA DO DIREITO DE DWORKIN E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE PARA A FORMAÇÃO DE UMA DEMOCRÁTICA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL.....	41
1.2 Aspectos da filosofia do direito de Dworkin: críticas ao utilitarismo e ao positivismo jurídico e defesa da leitura moral da Constituição.....	41
1.2.1 Entre Dworkin e Perelman: da defesa à crítica da possibilidade de respostas corretas.....	51
1.2.2 A democracia constitucional de Ronald Dworkin e a representação argumentativa dos ideários democráticos pelos Tribunais.....	53
1.3 O ativismo judicial e os limites democráticos da jurisdição constitucional.....	62

1.4 Elementos para uma teoria da decisão judicial no Estado Democrático de Direito: a discricionariedade judicial como <i>locus</i> da crise hermenêutica do Direito a partir da Crítica Hermenêutica do Direito.....	75
---	----

PARTE II – O MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 84

CAPÍTULO 1 – AS ORIGENS DO MANDADO DE INJUNÇÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS..... 84

2.1 O mandado de injunção no Brasil a partir das experiências do constitucionalismo anglo-americano.....	85
2.2 O mandado de injunção no Brasil a partir do contexto da judicialização da política e das relações sociais: o protagonismo judicial no Estado Democrático de Direito.....	91

CAPÍTULO 2 – A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO: DA POSSIBILIDADE À NECESSIDADE DE RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO..... 100

2.3 A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção: do argumento da necessidade de <i>interpositio legislatoris</i> à utilização da analogia.....	101
2.3.1 Dos tipos de provimento judicial no mandado de injunção a partir da doutrina e da experiência jurisprudencial.....	101
2.3.2 Uma breve síntese dos avanços da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção.....	113
2.3.2.1 A mudança paradigmática do entendimento da Corte: os casos dos mandados de injunção 670, 708 e 712.....	122
2.3.3 A discussão acerca da eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção.....	125
2.3.4 Críticas às posições do Supremo Tribunal Federal nos mandados de injunção n. 107 e 670: a hermenêutica filosófica e a teoria do <i>Law as Integrity</i> de Dworkin	

como bases fundamentais para a possibilidade e necessidade de respostas constitucionalmente adequadas no Direito.....	130
2.3.4.1 A postura anti-relativista da hermenêutica filosófica e a tese das respostas corretas no Direito.....	149
2.3.4.1.1 A tese da resposta correta em Ronald Dworkin: refutações aos argumentos da imprecisão, do positivismo e da controvérsia.....	153
2.3.4.1.2 A necessária (re)visualização do princípio da separação de poderes no Estado Democrático de Direito como condição de possibilidade para a obtenção de respostas corretas no mandado de injunção.....	156
2.3.4.1.3 A resposta constitucionalmente adequada no mandado de injunção: dos efeitos constitutivos da sentença à tutela jurisdicional adequada à pretensão.....	163
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 176
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 183
 ADENDO – TABELA ESQUEMÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO	 202
 ANEXO A – VOTO DO MIN. EROS GRAU NO MI N. 712 (p. 7-31)	 218
 ANEXO B – VOTO DO MIN. GILMAR MENDES NO MI N. 670 (p. 14-51)	 242

INTRODUÇÃO

A Dissertação pretende abordar os limites e possibilidades hermenêuticas da jurisdição constitucional contemporânea no Estado Democrático de Direito e o mandado de injunção. Busca-se estudar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção a partir da possibilidade (e necessidade) de respostas corretas no Direito. Dada a grande relevância das decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente no mandado de injunção, é premente demonstrar à luz da hermenêutica filosófica a (in)concretude destas decisões, ou seja, em que medida concretizam (ou não) direitos fundamentais, a partir da própria efetividade do instituto.

Assim, se averiguará a relação que se estabelece entre jurisdição constitucional e democracia, e em que medida uma teoria da decisão judicial centrada na tese das respostas corretas, no âmbito do mandado de injunção, é condição de possibilidade para a democracia. Tem-se como objetivo aprofundar o tema das origens do instituto do mandado de injunção a partir do direito comparado e do direito brasileiro e criticar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Desde o julgamento do mandado de injunção n. 107, o primeiro a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, houve fortes críticas à posição do Tribunal ao defender uma posição não concretista. Posteriormente houve uma evolução na jurisprudência da Corte. Dessa forma, o grande debate nacional sobre a (in)efetividade do mandado de injunção, que ocorreu desde os seus primórdios até a mudança de postura dos Ministros, justifica um estudo mais acurado do instituto, isto é, do seu valor como instrumento processual constitucional para a concretização de direitos fundamentais.

Intenta-se demonstrar a necessidade de uma postura ativa do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, especialmente em face de omissões legislativas inconstitucionais, assumindo sua responsabilidade na concretização de direitos fundamentais. A doutrina (ainda que timidamente) criticou algumas posições dos Ministros do STF no âmbito do mandado de injunção, mas sem ir fundo quanto à sustentação hermenêutica de tais críticas. Este trabalho representa um contributo à jurisdição constitucional e uma tentativa de demonstrar a viabilidade do mandado de

injunção como importante instrumento constitucional na tutela constitucional das liberdades.

O caráter caudatário da doutrina face às decisões dos Tribunais, bem salientado por Lenio Streck, ao dizer que a doutrina cada vez doutrina menos e que há poucas críticas aos posicionamentos jurisprudenciais é uma forte justificativa para a presente pesquisa. Nesse sentido, a Nova Crítica do Direito permite uma (re)visualização dos conceitos impostos pela doutrina, e, assim, a (re)assimilação do sentido das decisões dos Tribunais, sendo, ainda, forte instância crítica, que permite o rechaço às posturas decisionistas. Tais posturas, como bem alerta Ovídio Baptista da Silva, advêm de problemas de estrutura e função do Judiciário. Há poucas pesquisas que analisam criticamente a jurisprudência – talvez pela complexidade de tal demanda e pela proliferação de julgados – mas muitas que aceitam acriticamente as categorias utilizadas nos votos como acertadas ou meras opiniões (do qual não é possível verificar a mais acertada). Na medida em que trabalha com a hermenêutica filosófica, a pesquisa preencherá uma lacuna no corpo do saber, ao demonstrar que há argumentos que podem consubstanciar a possibilidade de uma postura crítica face ao mandado de injunção, considerando a importância da concretização de direitos e de respostas constitucionalmente adequadas.

Além disto, a Dissertação supera a tradicional forma da dogmática jurídica de lidar com os limites da jurisdição, pois é comum os manuais de direito processual civil lidarem com este tema adentrando na temática da competência nos termos do Código de Processo Civil. Ou seja, a dogmática ainda não entrevê que o problema dos limites da jurisdição vai muito além disto porque pressupõe um debate filosófico pautado na Hermenêutica. Isto é, se a Hermenêutica não quer ser tachada de relativista e decisionista ela deve elencar limites à atribuição de sentido e demonstrar quais são as legítimas possibilidades interpretativas. A Dissertação se afina substancialmente com a Linha de Pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, da Área de Concentração em Direito Público do Programa de Pós-Graduação da Unisinos, níveis Mestrado e Doutorado, mormente porque trabalha com a jurisdição constitucional e a hermenêutica a serviço da concretização de direitos a partir do mandado de injunção.

Busca-se demonstrar que o mandado de injunção deve ser fundamentado em uma teoria da decisão judicial orientada pela tese da possibilidade (e

necessidade) de respostas corretas no Direito para ter legitimidade e efetividade constitucional, com vista a respostas constitucionalmente adequadas, a partir da imbricação entre a hermenêutica filosófica e a teoria da integridade de Dworkin. Há duas saídas: ou cai-se nas ciladas da retórica contemporânea e nega-se a possibilidade de um argumento ontologicamente superior a outro, na linha de Perelman; ou busca-se, a partir da hermenêutica, demonstrar os argumentos que podem justificar a censura significativa a algumas posições em sede de mandado de injunção e apontar para o (des)acerto de certas decisões.

É possível criticar as posições da Corte nas origens do instituto, especialmente no mandado de injunção n. 107, o primeiro a ser julgado, quando se esperou pela *interpositio legislatoris*. Será dado um destaque especial ao julgamento dos mandados de injunção n. 670 e 712 pelo Supremo Tribunal Federal, referentes à greve do servidor público, por serem verdadeiros “divisores de águas” na jurisprudência da Corte, ao superar a posição não-concretista e aplicar a analogia.

A democracia é o fio ineliminável que permeia e sustenta o discurso da possibilidade e necessidade de respostas corretas. A pesquisa intenta demonstrar que as bases para uma representação argumentativa democrática pelos tribunais são sustentadas na tese das respostas corretas e que há argumentos de princípio que conduzem a uma necessária vinculação entre jurisdição constitucional e democracia. Ou seja, uma hermenêutica jurídica legítima, que se pretenda crítica, não pode negar a fundamental importância da sustentação democrática dos discursos jurisprudenciais, sob pena de cair em decisionismos. Subjacente a discussão sobre a possibilidade e necessidade de respostas corretas está, por conseguinte, a exigência de uma representação argumentativa democrática dos tribunais, como propõe, v.g, Alexy, e, em outros termos, Dworkin. É a partir daí que o mandado de injunção poderá se orientar por uma teoria da decisão judicial adequada ao Estado Democrático de Direito.

O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, procura debater acerca dos fundamentos necessários para uma teoria da decisão judicial no Estado Democrático de Direito. Para atingir este intento efetua breve análise do surgimento do constitucionalismo e da jurisdição constitucional e discorre acerca das contribuições de Dworkin e da hermenêutica filosófica. Na segunda, adentra na análise do mandado de injunção considerando tanto as suas origens como a

evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal, tendo como fundamento a hermenêutica filosófica. Como método de abordagem utilizar-se-á o método fenomenológico hermenêutico, entendido como “revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão lingüístico da metafísica ocidental” (Lenio Streck). Como método de procedimento utilizar-se-á os métodos histórico, monográfico e comparativo. Como técnicas de pesquisa utilizar-se-á documentação direta, ou seja, jurisprudência, e indireta, isto é, pesquisa bibliográfica.

PARTE I – FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O NOVO CONSTITUCIONALISMO E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

A Parte I é dividida em dois Capítulos. No primeiro capítulo, expõe o surgimento do neoconstitucionalismo e da jurisdição constitucional com vistas a demonstrar as transformações históricas que o Estado sofreu e que influenciaram definitivamente as concepções de Constituição e Jurisdição. No segundo capítulo, demonstra que a teoria integrativa de Dworkin e sua imbricação com a hermenêutica filosófica são condições de possibilidade para a formação de uma teoria da decisão judicial que dê conta do problema discricionariedade judicial e da possibilidade e necessidade de respostas corretas no Direito.

CAPÍTULO 1 – O NEOCONSTITUCIONALISMO E O SURGIMENTO HISTÓRICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O fenômeno do neoconstitucionalismo, com suas implicações no fortalecimento da jurisdição constitucional e a defesa da eficácia das normas constitucionais, deve ser visualizado a partir das suas origens históricas (1.1, 1.1.1, 1.1.2). Para fazer frente às exigências do Estado Democrático de Direito é premente a existência de uma jurisdição constitucional contemporânea adequada, que esteja apta a solucionar problemas graves da Política e do Direito, como a mora legislativa na edição de certas leis constitucionalmente exigidas, questão esta que afeta a eficácia das normas constitucionais e a própria efetividade das decisões judiciais (1.1.3)

1.1 O surgimento da jurisdição constitucional: o controle de constitucionalidade a partir das matrizes inglesa, americana, austríaca e francesa¹ em um esboço histórico

1.1.1 O controle difuso de constitucionalidade: de Edward Coke a William Marshall

Não se pode compreender o que significa a jurisdição constitucional sem remontar às suas origens, da mesma forma como é impossível conhecer um rio sem ir às suas nascentes. Suas origens mais remotas estão no próprio desenvolvimento e nascimento do Constitucionalismo. Conforme leciona José Joaquim Gomes Canotilho², em termos rigorosos, não há um único constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, como o americano, francês, brasileiro, português, etc. Cada um destes países teve seus movimentos constitucionais próprios, diacrônicos, em espaços geográficos distintos e sob a influência de diferentes culturas. Os diversos constitucionalismos podem ser mais bem denominados de *movimentos constitucionais*. Isso não quer dizer que não haja um intercâmbio cultural entre os países, que concepções consagradas em um país não venham a influenciar outro; de fato, apesar de cada movimento constitucional ser próprio e autônomo, ao mesmo tempo sofre a injunção das forças políticas nacionais e internacionais, conquanto a nação preserve a sua soberania. A expressão “Constitucionalismo”, em termos rigorosos:

É a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.³

O constitucionalismo moderno é, em uma acepção histórico-descritiva, um movimento político, social e cultural que, a partir do séc. XVIII, questiona o domínio

¹ A matriz francesa é *não-judicialista*, ou seja, até hoje acompanha os franceses a desconfiança para com os juízes, fruto da Revolução Francesa, razão pelo qual o controle de constitucionalidade é realizado pelo Conselho Constitucional, que desempenha funções jurisdicionais. A respeito, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 350.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 51.

³ *Ibidem*, p. 51.

político tradicional, opondo-se ao constitucionalismo antigo, que era calcado em princípios escritos e no direito consuetudinário, em direitos estamentais e era rico em privilégios políticos.⁴ Pode-se dizer que é o constitucionalismo moderno – que aos poucos vai substituindo a noção de que a Lei estava nos Códigos, pois a Lei passa a ser substancialmente a Constituição – uma das grandes conquistas da humanidade, pois visa preservar o homem do arbítrio, garantindo-lhe direitos contra o soberano.

O constitucionalismo surgiu a partir dos modelos historicista (inglês), individualista (francês) e americano. O modelo inglês de constitucionalismo se baseou em três pilares: a) garantia de direitos adquiridos; b) estruturação corporativa ou estamental dos direitos; c) regulação destes direitos por meios de contratos de domínio. Da Magna Carta de 1215, à *Petition of rights* de 1628, *Habeas Corpus Act* de 1679, e *Bill of rights* de 1689, houve um grande evolução no direito inglês, fazendo com que a liberdade pessoal de todos e a segurança da pessoa e seus bens fossem protegidos, impondo a necessidade um processo justo regulado por lei e dando espaço à atuação dos juízes. A partir da *Glorious Revolution* de 1688 e 1689 ganha força a representação e soberania parlamentar indispensável para um governo moderado⁵. O modelo individualista francês é estruturado a partir de uma ruptura paradigmática epocal: a Revolução Francesa. A Revolução procura estabelecer uma nova ordem sobre os direitos naturais do indivíduo, estipulando que todos nasciam livres e iguais em direitos, combatendo privilégios oligárquicos. Os franceses, diferentemente dos ingleses, demonstraram que é possível a um povo dar a si próprios uma lei fundamental, o que Canotilho chama de *constitutivismo político-constitucional*⁶. O modelo americano se assenta na idéia de limitação normativa, pois a Constituição é um acordo do povo (*We the people*) entre si e não entre governante e governados⁷.

A Inglaterra, diz Dallari, foi a primeira matriz do constitucionalismo moderno. É neste berço do constitucionalismo que o Parlamento funciona como Poder Legislativo e também como poder constituinte permanente, tendo grande

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, *op. cit.*, p. 52.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 56.

⁶ *Ibidem*, p. 58.

⁷ *Ibidem*.

importância⁸. O modelo francês buscou estabelecer, através de uma constituição política, o governo da Lei. A Constituição francesa de 1791 buscava garantir a liberdade individual. Ela proclamava princípios universais, mas teve um déficit de eficácia, pois sempre dependia da legislação ordinária⁹. O constitucionalismo liberal buscava garantir o indivíduo contra o Estado.

Norberto Bobbio discute acerca da Revolução Francesa. Existia uma grande polêmica entre Thomas Paine e Edmund Burke. Enquanto o primeiro era um entusiasta defensor da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789, o segundo defendia a Constituição Inglesa e atacou a Revolução Francesa, criticando os seus “direitos naturais”, que considerava como sentimentos servis, indolentes. Em Thomas Paine o fundamento dos direitos do homem é religioso, advém da origem do homem, e não é somente histórico, como dizia Burke. Jellinek, em obra publicada em 1896, negou a originalidade da Revolução Francesa. Debateu-se também acerca de qual das revoluções – a francesa e a americana – seria ética e politicamente superior. Bobbio considera que apesar dos avanços da revolução americana, a francesa é um modelo ideal de emancipação para todos os povos¹⁰.

No tocante à jurisdição constitucional, sabe-se que as origens do controle difuso de constitucionalidade estão nos USA, particularmente na decisão do juiz Marshall, em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, cuja temática versava sobre os procedimentos para a nomeação de juízes. William Marbury ingressou judicialmente pleiteando sua nomeação. Marshall considerou dever da Corte julgar de acordo com a Constituição. É claro que a decisão de Marshall consubstanciou o grande *locus* teórico de afirmação do controle difuso, mas não foi isolada, pois antes mesmo desta data o juiz Coke defendia a supremacia da lei (*rule of law*) e o controle do poder. A jurisprudência da Suprema Corte assimilou gradualmente os efeitos benéficos e “educativos” da decisão notável do juiz Marshall, pois no caso *Fletcher vs. Peck*, em 1810, considerou que as legislações estaduais deveriam ser submetidas à supremacia da Constituição, assim como em 1816, no caso *Martin vs.*

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos:** da idade média ao séc. XXI. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196.

⁹ *Ibidem*, p. 228.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 101-105.

Hunters considerou-se a supremacia da Suprema Corte sobre as Cortes Estaduais¹¹.

Entretanto, o grande precursor do controle de constitucionalidade advém da matriz inglesa: *Sir Edward Coke* (1552-1634). É preciso aclamar as decisões de Coke, não somente pelo peso que tiveram em termos de influência histórica, inclusive em Marshall, mas por ter efetivamente compreendido o “que é ser um juiz”, ou seja, que o poder judicial deve defender a Constituição. Assim é que Coke invocava o direito da *Commom Law*¹² contra as pretensões absolutistas do Stuart. Coke é uma espécie de juiz que enxergava além de seu tempo, pois em pleno séc. XVII ele entreviu a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade, quase dois séculos antes de Marshall, e em plena era de supremacia do Parlamento na Inglaterra (adite-se que mesmo após a célebre decisão de Marshall em 1803 foi necessário um longo tempo de “digestão” para os magistrados americanos entreverem a importância do controle difuso de constitucionalidade)¹³.

Foram fundamentais as sentenças sobre os *writs of prohibition*, as *Proclamations* (ordenanças administrativas) e o processo Bonham¹⁴. Na primeira, Coke afirmou diante do rei a *Commom Law* face à Sagrada Escritura, negando que o rei Jaime I avocasse certos feitos para julgá-los. Na segunda, afirmou que o rei não podia violar uma lei mediante Ordenações, pois não eram fontes do direito

¹¹ OHLWEILER, Leonel Pires. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico administrativo. **(Neo)Constitucionalismo: ontem os códigos, hoje as Constituições**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 285-329, 2004.

¹² A respeito dos períodos do direito inglês, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 291. Fica bem claro em John Gilissen a diferença central entre a *Commom Law* e a *Civil Law*. Enquanto a segunda se baseia em *Statutes (Statutes are the Law)*, na primeira *judge-made-law*. A *Commom Law* surge historicamente no séc. XII. Pode-se dizer que a *Commom Law* tem um longo e milenar período de maturação, diferentemente da *Civil Law*, cujos efeitos passaram a ser sentidos na Revolução Francesa e hoje completa aproximadamente dois séculos. A expressão *Commom Law* é utilizada desde o séc. XIII para designar o direito comum inglês, porém seu sentido é diferente do *ius commune*, designado para se referir ao direito erudito baseado no direito romano no séc. XVI. A *Commom Law* é um direito jurisprudencial criado pelos juizes reais e baseado em precedentes. Isto não quer dizer que hodiernamente (séc. XX e XXI) a *Civil Law* não tenha ganhado um certo espaço no seio da *Commom Law*, pois o *statute Law* tem ganhado um peso cada vez maior. Diz Gilissen: “O direito inglês moderno é por consequência muito mais histórico que os direitos dos países da Europa Continental; não houve ruptura entre o passado e o presente, como a que a Revolução de 1789 provocou em França e noutros países. Os juristas ingleses do século XX invocam ainda leis e decisões judiciais dos séculos XIII e XIV”. Cf. GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 208. Diz René David que o direito inglês é baseado em *case Law*, suas regras são as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões dos Tribunais Superiores da Inglaterra. A lei é secundária e só será aplicada na medida em que o façam os Tribunais. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 433.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 335.

¹⁴ *Ibidem*, p. 305.

inglês e somente o Parlamento podia fazer *statutes*. Mas é no caso Bonham que se credita a Coke a moderna instituição do controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário.¹⁵ Coke defendeu o controle dos atos do Parlamento: se o ato deste último é contrário à *Commom Law*, deverá ser declarado judicialmente nulo, ou seja, existe um direito superior ao do Parlamento, cujos guardiões devem ser os juízes da *Commom Law*. Apesar disto, a partir de 1688 vinga na Inglaterra a supremacia do Parlamento, e atualmente não se pode falar em controle de constitucionalidade na Inglaterra, pois quem decide em última instância é o Parlamento¹⁶. Diz Lenio Streck:

[...] a doutrina cunhada por Edward Coke foi exportada para os Estados Unidos, o que pode se ver em muitas sentenças anteriores à Constituição de 1787. Com efeito, *os colonos encontram em Coke e em Locke seus mentores jurídicos diretos*. Ambos são herdeiros da grande tradição jusnaturalista européia, na medida em que expressamente apóiam sua concepção de um parâmetro normativo superior às leis positivas: o Direito Natural, que é a expressão de uma *lex eterna e lex legum*, Lei para todas as leis. O *Bonham's case* de 1610 recorda expressamente esses dois caracteres: *even in Act of Parliament made against Natural equity is void in itself; for "iura naturae sunt immutabilia" and they are "leges legum"*¹⁷.

Paradoxalmente, portanto, em que pese a supremacia do Parlamento na Inglaterra, ela é a precursora do controle de constitucionalidade através de Coke, influenciando a matriz americana, terra do controle difuso. Quanto ao controle concentrado de constitucionalidade, seu pai é Hans Kelsen, idealizador do Tribunal Constitucional Austríaco. Ressalte-se que o Tribunal Constitucional Austríaco não exerce funções propriamente jurisdicionais, porquanto não é um órgão jurisdicional, mas legislativo, pois sua função é exclusivamente avaliar a compatibilidade em abstrato das normas, ou seja, não é uma instância recursal do Poder Judiciário, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, mas limita-se exclusivamente ao controle concentrado¹⁸. Louis Favoreu¹⁹ indica que entre as principais Cortes Constitucionais européias, incluindo as da Alemanha, Itália, França, Espanha, Portugal e Bélgica, a Corte Austríaca serviu de modelo basilar na

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, *op. cit.*, p. 306.

¹⁶ *Ibidem*, p. 307.

¹⁷ *Ibidem*, p. 334.

¹⁸ OHLWEILER, Leonel Pires. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico administrativo. *op. cit.*, p. 297.

¹⁹ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 48.

implementação do controle concentrado de constitucionalidade. Surgiu em 1920 e é a mais antiga da Europa.

1.1.2 O controle concentrado de constitucionalidade: o modelo austríaco

Tornou-se célebre o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Pode-se expor sinteticamente o fato de Schmitt²⁰ considerar o Presidente do Reich como Guardião da Constituição e não qualquer órgão do Poder Judiciário. As críticas de Schmitt ao Judiciário são amplas, pois ele considera que um juiz independente é aquele que não abandona a subsunção e a vinculação material à lei, ou seja, ele tem receio dos perigos decorrentes da “criatividade” judicial²¹. Schmitt considera o juiz vinculado à letra da lei²². Da obra de Schmitt, podem-se tomar algumas conclusões: a) Schmitt considera que o pluralismo tornou o Parlamento incapaz de obter unidade e conseguir determinar os rumos da nação; b) os juízes, na medida em que passam a trabalhar com cláusulas gerais ou conceitos indeterminados assumem funções políticas incompatíveis com a magistratura, perdendo sua independência, pois a politização da justiça é prejudicial a esta²³; c) o Judiciário é incapaz de suprir as insuficiências do Poder Legislativo, pois só age *post factum*²⁴; d) Schmitt considera que os juízes não podem querer resolver certos problemas políticos, pois o Judiciário carece de estrutura para tanto, e não pode sintetizar o espírito do povo em suas sentenças. Daí porque somente o Presidente do Reich possa formar a “unidade nacional”.

Hans Kelsen refuta tais argumentos, considerando que a teoria do poder neutro, que Schmitt invoca de Benjamin Constant, é uma relíquia do constitucionalismo, uma doutrina ideológica, que sob o pretexto de neutralizar os conflitos entre os Poderes, no fundo serve de justificação do poder quase absoluto

²⁰ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 229.

²¹ Ibidem, p. 29.

²² Ao invés de realçar a importância dos princípios na interpretação judicial, Schmitt vê como um perigo os juízes lidarem com cláusulas gerais. A respeito do pós-positivismo, cf. a obra de BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros. p. 264.

²³ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. *op. cit.*, p. 33.

²⁴ Ibidem, p. 47.

do chefe de Estado²⁵. Trata-se de uma ficção de notável acuidade, feita para os que acreditam que o monarca, em que pese o seu poder imensurável, poderia ser efetivamente neutro. Na prática, denuncia Kelsen, tal “neutralidade” nada mais é do que um argumento político extremamente tendencioso. O poder que Schmitt concede ao Presidente do Reich é tamanho, que não seria irrazoável dizer que ele constitui uma Ditadura, em que pese Schmitt não chamá-la assim. De fato, em Schmitt o Presidente do Reich está acima da lei, porque ele governa acima de qualquer limite²⁶, sob o pressuposto de que somente ele pode materializar o espírito do povo e constituir a unidade da nação.

Schmitt ainda está preso à velha tese que o juiz deve tão somente subsumir o conteúdo da lei no caso concreto, como se a jurisdição fosse um automatismo jurídico, (relembrando a Escola da Exegese e o juiz “boca da lei” de Montesquieu).²⁷ Kelsen acusa Schmitt de não ter notado a bela experiência do Tribunal Constitucional Austríaco nas suas divagações, pois deixou de avaliar os tribunais “em concreto”.²⁸ Schmitt não admite a tese kelseniana de que os juízes são os guardiões da Constituição, pois é preciso um órgão político para isto. As cortes ordinárias não podem ser guardiãs, já que elas são desconectadas do “campo gravitacional” da política²⁹. A Corte deve simplesmente aplicar a lei, ela não pode ter autonomia para extrapolar seu âmbito burocrático e decidir acerca do que é ou não imperioso ao Estado. Sua função não pode ser tão proeminente assim, e nem política, sob pena de perder sua neutralidade e independência, pensa Schmitt.

Como bem salienta Lenio Streck³⁰, a razão para a criação de Tribunais Constitucionais *ad hoc* tem uma profunda influência da matriz francesa. Tem-se ciência de que os franceses possuem uma profunda desconfiança para com o poder judicial, pois ele era na fase pré-revolucionária aristocrático e conservador, mantendo as regalias dos detentores do poder e curvando-se aos seus ditames, ou seja, no modo como estava estruturado, e isto bem notou Montesquieu, ele não era salvaguarda de direitos, mas sim de certos interesses, mesmo que escusos. Cargos

²⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

²⁶ BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 118, p. 401-415, 2008.

²⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. *op. cit.*, p. 258.

²⁸ *Ibidem*, p. 285.

²⁹ BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. The Concept of the Political: a key to understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory. *In*: DYZENHAUS, David (Org.) **Law as Politics**: Carl Schmitt critique of Liberalism. Durham: Duke University Press, 1998. p. 45.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 375-385.

de juiz eram comprados ou herdados. Daí porque os juízes eram olhados de soslaio. E isto é absolutamente significativo não somente para a França, pois os efeitos da Revolução Francesa espalharam-se pelo mundo.

Este receio com o poder judicial faz parte da motivação da criação dos Tribunais Constitucionais, alheios ao Poder Judiciário. Era necessário retirar do Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade das leis, delegando-o a um órgão independente, diferente dos demais poderes. A doutrina do Poder Moderador de Benjamin Constant aí tem eco, pois os Tribunais Constitucionais são constituídos na Europa como *tertio genus* que pudesse “moderar” as disputas entre os poderes. A abissal diferença entre os juízes europeus e os americanos é o fato dos juízes europeus fazerem parte de uma estrutura burocrática, enquanto os americanos tem um sistema de eleição, e os primeiros não possuem legitimidade política, sobressaindo-se o Poder Legislativo, enquanto os americanos tem legitimidade política³¹. Pela participação do Poder Legislativo na composição dos Tribunais Constitucionais, imagina-se a *volonté générale* de Rousseau aí presente. A interpretação pejorativa que os franceses deram ao poder judicial, retirando legitimidade aos juízes, crendo-os servos do legislador, ainda encontra eco nos Tribunais Constitucionais. Em que pese os avanços do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, nota-se que ele almeja retirar, em muitos países, o poder dos juízes de controlar a constitucionalidade das leis, como se o sistema judiciário fosse incapaz de absorver o significado político dado pelo Parlamento à legislação, ou desprovido de meios de dar voz à vontade geral, ideal tão caro aos franceses.

1.1.3 O neoconstitucionalismo e a necessidade de uma jurisdição constitucional contemporânea adequada às exigências do Estado Democrático de Direito

A palavra “neoconstitucionalismo” não é unívoca. Em que pese isto, ela remete necessariamente ao Estado Constitucional contemporâneo. Pode-se dar a ela uma conotação histórica, como um conjunto de passos dados pelo Estado, v.g, a promulgação das primeiras constituições no séc. XX, a superação da tese da

³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, *op. cit.*, p. 375.

programaticidade das normas constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional. A palavra também é utilizada para designar um conjunto de teorias que buscam dar conta da nova realidade constitucional ou das posturas metodológicas que lhe sejam necessárias. Ou se pode enxergar no neoconstitucionalismo uma bandeira a ser defendida por aqueles que enaltecem a nova realidade constitucional³². Em suma, a plurivocidade do termo pode conduzir a enganos. Daí porque no presente trabalho o termo “neoconstitucionalismo” será analisado historicamente, isto é, referentemente às exigências constitucionais que sofre o Estado Democrático de Direito Contemporâneo para dar conta da nova realidade constitucional (cumprimento das promessas não cumpridas da modernidade) no qual está inserido (e na qual está inexoravelmente presente a jurisdição).

Neste sentido, perde terreno a divisão feita por Paolo Comanducci³³ em neoconstitucionalismo ideológico, teórico e metodológico, pois no dizer de Lenio Streck³⁴, o neoconstitucionalismo é ideológico na medida em que alça a Constituição a elo entre o Direito e a Política, teórico porque é um modelo de constitucionalismo e possibilita a superação do positivismo jurídico e metodológico porque ao reconectar direito e moral ultrapassa a tese positivista da distinção entre descrição e prescrição. Independentemente de tais classificações, o neoconstitucionalismo é necessariamente uma ruptura com o passado e com o positivismo jurídico. Com efeito, é criticável a tese de Ferrajoli de que o constitucionalismo é uma continuação do positivismo jurídico³⁵. Se o novo constitucionalismo efetivamente supera a cisão direito-moral³⁶, então como sustentar que possa existir esta imbricação entre positivismo jurídico e neoconstitucionalismo? A incorporação de critérios materiais substantivos às Constituições, ou do catálogo fundamental inscrito no art. 5 da Carta Constitucional Brasileira de 1988, não supera de certa forma a equiparação entre vigência e validade?

³² TAVARES, Rodrigo de Souza. Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo: uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n. 1418, 20 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9897>>. Acesso em: 21 out. 2009.

³³ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

³⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 7.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. **Isonomia**, n. 16, 2002.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 3.

Em que pese algumas teorias positivistas contemporâneas alegarem, buscando retificar um dos equívocos do positivismo jurídico, que é a igualação entre vigência e validade – na esteira de Kelsen – que a relação entre direito e moral é possível (positivismo inclusivo ou *include legal positivism*, termo usado por Wilfrid Waluchow na sua obra *The Many faces of legal positivism*)³⁷, ao não admitirem a co-originariedade entre direito e moral³⁸ e nem que tal relação é necessária (o que é bastante diferente de uma mera possibilidade relacional) ainda não superam o erro do positivismo jurídico, mas tão somente avançam um pouco além, sendo incapazes de explicar a relação entre direito e moral, tema fulcral da filosofia do direito. As conseqüências disto são sabíveis: o juiz é um mero autômato que realiza a subsunção; não cabe ao juiz efetuar juízos de valor; o juiz é um mero agente do legislador, que realiza cegamente a sua vontade; o juiz não tem legitimidade democrática porque não foi eleito; a invocação dos princípios é sempre subsidiária e suplementar, e daí por diante. Estes são alguns dos nefastos efeitos que a teoria positivista impregnou na conotação do que significa jurisdição.

Ora, ainda hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, há magistrados que atuam como se o Poder Legislativo fosse superior ao Judiciário³⁹ e não “um

³⁷ TAVARES, Rodrigo de Souza. *op. cit.*

³⁸ À respeito da co-originariedade entre direito e moral em Habermas, cf. TRINDADE, André Karam. **A Filosofia no Direito**: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo. 351 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2006, especialmente no item 2.3.2.

³⁹ A tese da supremacia do Poder Legislativo foi endossada por John Locke, em que pese tal supremacia não significar em Locke a concessão de um poder absoluto ao Legislativo, pois deveria respeitar o pacto social. Locke e Rousseau admitiam a importância do Poder Legislativo, mas isso está ainda mais vivo em John Locke. Ele acreditava que, entre os três poderes, o Legislativo seria o mais confiável e o mais legítimo, já que era nele que a sociedade confiava a proteção dos interesses individuais, através da positivação de normas, que seriam um meio de evitar a arbitrariedade nas decisões judiciais. Visto isso, ele seria o poder por excelência. Diz Locke que: “Por ser o objetivo primordial de o homem formar sociedade o desfrute da propriedade em paz e segurança, e sendo as leis estabelecidas seu grande instrumento e meio, a primeira providência positiva e fundamental de todas as comunidades é justamente estabelecer o poder legislativo; e a primeira lei natural básica que deve nortear até o próprio poder legislativo consiste na preservação da sociedade e, até onde seja compatível como o bem público, de todos seus membros. **O poder legislativo não é, pois, somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e intocável**, nas mãos a que a comunidade o confiou; nem pode um edito, seja de quem for, concebido como de qualquer modo ou apoiado por qualquer poder, ter a força e a validade de lei se não tiver sanção do poder legislativo eleito pela comunidade; faltando isso, a lei não teria o que é imprescindível à sua natureza de lei: o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de legislar, a não ser por seu próprio consentimento e autoridade que outorga” (destacado). Mais tardiamente, com seu conceito de democracia radical, Habermas promove um retorno ao pensamento de Rousseau. Também Montesquieu via o Judiciário como poder subordinado ao legislador. Cf. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 98; ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2003; MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo:

terceiro gigante”⁴⁰, – saliente-se que o poder do Estado é *uno*, o que se dividem são as funções – sustentam que o mérito do ato administrativo é indevassável⁴¹, não realizam o devido controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional⁴², nem mesmo em sede de direito penal, ramo do direito que trabalha com a liberdade, junto com a vida (bens jurídicos máximos e vitais do indivíduo), utilizando o que Gilmar Ferreira Mendes chama de “Técnicas de Decisão”: interpretação conforme⁴³, nulidade parcial sem redução de texto⁴⁴, nulidade parcial com redução de texto⁴⁵, “lei ainda constitucional”⁴⁶, declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou

Martin Claret, 2002; à respeito da compatibilidade Rousseau-Habermas, cf. STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 315.

⁴⁰ A expressão é de Cappelletti. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. É claro que conceber o Judiciário como “terceiro gigante” não significa enaltecer uma ditadura do Judiciário, mas sim afirmar que o Judiciário não pode agir como um poder inferior ou submisso aos demais, que não tem poder para resolver vários problemas sozinho.

⁴¹ Em uma análise muito breve, o mérito do ato administrativo é composto de três elementos: *conveniência, oportunidade e justiça*. A *conveniência* é um poder que tem o governo de saber ou que é ou não é bom ou útil ao interesse público e a própria Administração Pública. A *oportunidade* é a capacidade que tem o administrador de escolher o momento para a prática dos atos administrativos. A *justiça* seria uma idéia de que a caracterização do que é justo ou injusto ao governo cabe a ele mesmo decidir. A questão que fica é esta: é possível uma recepção da teoria da não sindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo no Estado Democrático de Direito? Dada a força normativa da Constituição e dos princípios constitucionais, como considerar que a conveniência de um ato administrativo possa estar imune ao controle judicial, como se o administrador fosse o “proprietário” do conceito de “conveniência”, quando esta é vinculada ao interesse público? E os princípios da razoabilidade e da moralidade administrativa? O mesmo pode ser dito face à oportunidade e à justiça.

⁴² A “Nova Crítica do Direito” aqui trabalhada, expressão cunhada por Lenio Streck, não admite a existência de um abismo gnosiológico entre o “mundo da legislação infraconstitucional” e a Constituição, já que a Constituição necessita abarcar este universo de leis que são inferiores, constitucionalizando-as ou declarando-as inválidas. A respeito, cf. STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, *op. cit.*, p. 235.

⁴³ Na interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*), ao invés de declarar a lei absolutamente nula, o Poder Judiciário, através de uma adição de sentido, permite que haja conformidade da norma à Constituição. Ou seja, é uma salvaguarda da constitucionalidade da norma, que é constitucional desde que interpretada no sentido fixado, permanecendo intacto o texto. A respeito, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 562 e MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3 ed. 1 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 62.

⁴⁴ Na técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichttiggerklärung ohne Normtextreduzierung*), como o próprio nome indica, atua-se no domínio da incidência, ou seja, permanece a literalidade do dispositivo, mas ocorre a exclusão, por inconstitucionalidade, de uma ou mais hipóteses de aplicação, havendo uma abdução de sentido. A respeito, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 562 e MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁵ Na nulidade parcial com redução de texto é necessária a exclusão de uma palavra para salvaguardar a constitucionalidade do dispositivo. O dispositivo não permanece na sua literalidade, pois seu texto é alterado para que seja considerado constitucional. A respeito, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 562.

⁴⁶ Na “lei ainda constitucional” o Supremo Tribunal Federal considera “que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais”. A respeito, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 365.

limitativo⁴⁷, formulação de sentenças aditivas, manipulativas, construtivas, corretivas ou diretivas⁴⁸, declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade⁴⁹.

Desta forma, o positivismo jurídico é incompatível com as novas exigências do Estado Constitucional, porque ao cindir Direito-Moral, representa um obstáculo ao papel transformador do Estado, mormente da jurisdição constitucional. No neoconstitucionalismo há uma inevitável tensão entre jurisdição e legislação, na medida em que a lei não pode prever todas as hipóteses de aplicação; há a necessidade de conformação do legislador⁵⁰ e também a de limitar o poder judicial⁵¹. O novo constitucionalismo tem por característica uma constituição “embebedora”, ou seja, que penetra nas relações sociais e condiciona a legislação e a jurisprudência⁵². Bercovici⁵³ ao sustentar que o neoconstitucionalismo é um ressurgimento do positivismo jurídico, ainda incorre na tese, peculiar também a Ferrajoli⁵⁴, de que ele seria mera continuidade, e não ruptura, como sustenta Lenio Streck⁵⁵. O novo constitucionalismo compromissório, transformador, principiológico e dirigente entra em colisão com o positivismo, porque incompatível com as teses da separação entre direito e moral, a tese das fontes sociais e a discricionariedade⁵⁶. Ora, como compatibilizar o novo constitucionalismo (democrático) com a tese positivista da discricionariedade judicial, ou com a cisão entre direito e moral? Apesar disto, Bercovici ainda sustenta uma concepção de neoconstitucionalismo presa ao positivismo. O autor sustenta que os neoconstitucionalistas são neopositivistas ao

⁴⁷ Prevista no art. 27 da lei 9868/99, possibilita que o STF regule os efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* de sua decisão, nos seguintes termos: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 132 e Idem, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, *op. cit.*, p. 313.

⁴⁹ Em certas hipóteses não há outra saída à jurisdição constitucional do que continuar aplicando uma lei inconstitucional. Caso típico foi o debate acerca da inconstitucionalidade da lei que fixa o salário mínimo. Mesmo sendo inconstitucional, a suspensão da aplicação da lei inconstitucional agravaria o estado de inconstitucionalidade. Daí porque não seria possível a declaração de nulidade, que provocaria um “vazio jurídico” inadmissível. É como se o STF dissesse: “se com esta lei está ruim, muito pior sem ela”. A respeito, cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *op. cit.*, p. 384.

⁵⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Contribuição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 2.

⁵² *Ibidem*, p. 3.

⁵³ BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. *In*: **(Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 101-120, 2004. p. 107.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso** *op. cit.*, p. 8.

⁵⁶ *Ibidem*

proporem uma Constituição jurisprudencial (positivismo jurisprudencial), tornando-se senhores da mesma⁵⁷. Bercovici sustenta que o limite intransponível de toda interpretação é o texto constitucional e faz o importante alerta de que o Supremo Tribunal Federal decide contra a Constituição.

Em que pesem as críticas de Bercovici, a outra face também é verdadeira, como bem lembra Adeodato⁵⁸, pois se o excesso de independência judicial é criticável, a timidez ou a subordinação do Judiciário aos interesses do Executivo, especialmente no Supremo Tribunal Federal, é um sério sintoma da fragilidade do Judiciário. O texto é um limite inegável na atribuição de sentido e ele limita a concretização, evitando o decisionismo⁵⁹. Diz Adeodato:

[...] Problemas fundamentais da jurisdição constitucional, tais como a eficácia plena do mandado de injunção [...] são fundamentadas mediante argumentos simplórios do tipo “é da natureza da ação”, ou seja, é assim porque o é. A estratégia jurídica tem sido de reificação, isto é, os textos parecem entendidos como meros descritores de “coisas” (“natureza jurídica” disso ou daquilo); não como parte de procedimentos jurídicos em construção⁶⁰.

Como fenômenos atinentes ao neoconstitucionalismo, temos, ademais, a jurisprudencialização da Constituição e da política, ou seja, o conteúdo das normas constitucionais depende da jurisdição constitucional, mormente pelo Supremo Tribunal Federal, provocando uma mutação das normas constitucionais. Mesmo que haja um inequívoco conflito entre direito e política e entre o princípio majoritário e o contramajoritarismo, não se pode alegar o princípio da separação de poderes para restringir ou expandir a jurisprudencialização da Constituição, na medida em que, dada a importância da suprallegalidade constitucional,⁶¹ todos os poderes atuam para concretizar a Constituição⁶². Com as exigências normativas do

⁵⁷ BERCOVICI, Gilberto, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁸ ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites*. In: **(Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 169-188, 2004. p. 172.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 176.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 186.

⁶¹ Marinoni realça o fato de que foi bastante radical a alteração na idéia de lei, ou seja, alçar a Constituição a Lei das leis modifica substancialmente o conceito liberal de lei, além de lhe dar aspectos substantivos e paramétricos. Fala-se, portanto, em legalidade substancial. A respeito, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 23.

⁶² MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. *A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional*. In: **(Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 217-242, 2004. p. 228.

neoconstitucionalismo, resta imperiosa a superação da concepção clássica da jurisdição constitucional⁶³.

No Estado Liberal o princípio democrático, de cunho formal/procedimentalista, buscava elencar limites negativos. As Constituições, na primeira dimensão, tinham por função a organização do poder e a proteção da liberdade. Assim é que a jurisdição constitucional neste contexto era secundária e negativa, de caráter contralegislativo. A jurisdição constitucional nos primórdios do constitucionalismo liberal não conflitava com praticamente em nada com o princípio democrático, dado que historicamente nunca o fez, e existia um sistema de garantias fundamentais.

O fraco tensionamento entre os poderes decorreu, entretanto, além das razões retromencionadas, por outros motivos, como a ausência de uma teoria jurídico-constitucional adequada que permitisse a utilização dos mecanismos do controle de constitucionalidade e pela falta de introjeção ou internalização “no imaginário dos integrantes da jurisdição de sua função de realizadores dos valores éticos normatizados constitucionalmente”⁶⁴. Com o Estado Social, especialmente as Cartas do México (1917) e Weimar (1919), há o fortalecimento do princípio democrático e da função de garantia, a incorporação de novos valores e instrumentos de concretização dos conteúdos constitucionais, o surgimento de novos direitos, mormente os políticos, coletivos e difusos, altera-se a compreensão acerca da lei – que deixa de ser produto da vontade geral para ser fruto de vontades partidárias e coligações majoritárias, em que o governo dita à maioria o programa legislativo –, havendo, portanto, uma mudança paradigmática⁶⁵. Esta profunda alteração altera o padrão de controle de constitucionalidade, pois na medida em que há averiguação do conteúdo substancial da lei mais intensa é a tensão com o Poder Legislativo (ou entre princípio democrático e garantia)⁶⁶. Fica bastante clara a importância da moral para a jurisprudencialização da Constituição, segundo José Luis Bolzan de Moraes e Walber de Moura Agra:

⁶³ MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional, *op. cit.*

⁶⁴ *Ibidem*, p. 230.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 232.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 235.

Um segundo elemento substancial que alicerça a jurisprudencialização da Constituição pela jurisdição constitucional são os princípios de natureza ético-moral.

Os princípios ético-morais, mesmo com o inconveniente de provocar uma incerteza quanto a sua definição, são considerados essenciais para a legitimação da jurisdição constitucional porque representam uma tentativa de garantir conteúdo ao regime democrático, uma esperança de equalizar o fático e o normativo dentro de uma perspectiva de consolidação dos direitos fundamentais. Eles garantem a densidade ontológica do procedimento judicial, sem que estes possam servir de obstáculo para o desenvolvimento do espaço público⁶⁷.

Acerca da possibilidade de atuação do Poder Judiciário para concretização de direitos, sustentam os autores:

Será, então, plenamente justificada a atividade jurisdicional constitucional, mesmo que avance as atribuições originalmente definidas a outros poderes, desde que materialmente atenda à realização do rol de direitos constitucionalizados, sendo de vital importância, a utilização pela jurisdição constitucional de conceitos-chave do direito constitucional [...]⁶⁸

O Estado do séc. XIX difere do séc. XX, pois a questão social deixa de ser um caso de polícia para ser um caso de políticas públicas (sociais), ou seja, o constitucionalismo social reconhece na questão social um verdadeiro problema, que depende de políticas públicas prestacionais. O Estado Constitucional Social ganhou contornos mais definidos após a Segunda Guerra Mundial, como resposta aos regimes fascista e nazista, pois emerge daí um neoconstitucionalismo que busca efetividade através de novos instrumentos processuais no Brasil, como Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, sistemas de controle de constitucionalidade.⁶⁹ Desta forma, cumpre avaliar que no Estado Social os Tribunais são o grande *locus* que absorve a conflituosidade emanada da sociedade e suas preocupações. A “sacralização da jurisdição constitucional” tem deixado de observar que o *Estado Jurisdição* é tão Estado quanto o Estado Legislador ou o Estado Administrador, isto é, há unidade do poder político e cumpre avaliar os

⁶⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional, *op. cit.*, p. 237.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 240.

⁶⁹ *Idem*; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. *In: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – e agora?* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 207-238, 2008. p. 219.

próprios limites do Estado Democrático de Direito⁷⁰, ou seja, a tensão entre as promessas constitucionais e as possibilidades de sua realização, que esbarram na necessidade de provisão de despesas, estrutura de despesas orientadas, orçamento público equilibrado e taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado⁷¹.

O novo constitucionalismo, calcado em uma Constituição dirigente⁷² e compromissória⁷³, visa resgatar a “realidade perdida”, pois no Estado Democrático de Direito o Direito não é mais regulador e ordenador, como na fase liberal, ou promovedor, como no *Welfare State*: é transformador. E é a partir deste modelo de Estado que ganha cada vez mais centralidade a jurisdição constitucional, como garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da democracia⁷⁴. Com bem salienta Cattoni⁷⁵, há uma crise do paradigma liberal e do paradigma de bem-estar social. Isto implica que se possa dizer, na esteira de Bolzan de Moraes e Angela Espindola, que, em que pese o Estado Social projetar-se como de bem-estar, na prática ele apresenta-se como de mal-estar, porque repleto de promessas incumpridas. Além disto, a supervalorização da Constituição, fenômeno típico do neoconstitucionalismo, a crença na possibilidade de constituir uma sociedade justa e solidária, com erradicação da pobreza e marcada pela idéia de função social, são certamente grandes ideais, mas para tanto é necessário formar uma *Teoria do Estado Constitucional*, superando a Teoria Geral do Estado e a Teoria da Constituição, que por vezes não se comunicam entre si⁷⁶.

⁷⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988, *op. cit.*, p. 229.

⁷¹ *Ibidem*, p. 227.

⁷² É sabido que a tese da Constituição dirigente foi revista por Canotilho, como bem salienta Lenio Streck. O mestre português, ciente da impossibilidade de alçar a Constituição a direção exclusiva da sociedade, além de ter ciência do autismo nacionalista e patriótico face à complexidade do mundo, (re)pensou a tese do constitucionalismo dirigente, afirmando que o dirigismo constitucional não pode, por si só, operar transformações revolucionárias. Mas isto não significa que não sobrevivam dimensões do dirigismo constitucional, como por exemplo, a própria liberdade de conformação do legislador. A respeito, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 118.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *In: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – e agora?* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 273-311, 2008. p. 273.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 279.

⁷⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jurgen Habermas. *In: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – e agora?* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 347-366, 2008. p. 352.

⁷⁶ MORAIS, José Luis Bolzan; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. *op. cit.*, p. 220. No mesmo

Em artigo contundente, Gesta Leal⁷⁷ sustenta que uma atuação interventiva da jurisdição constitucional pode acarretar danos à democracia. Na esteira habermasiana, questiona se não deve o Judiciário respeitar o processo democrático de deliberação pública e de formação da vontade e da opinião. O problema é em que medida pode o Judiciário intervir nos pactos semânticos e nos argumentos justificatórios dos projetos de vida? Lenio Streck critica a tese de que a atuação interventiva do Judiciário possa colocar em risco as democracias, desde que dentro dos limites constitucionais.

Esta é a diferença entre uma **teoria que se sustenta no mundo prático, no modo-de-ser no mundo, e que tem na consciência da história efetual** (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*) o seu requisito para a aferição dos pré-juízos verdadeiros (autênticos, corretos); e **uma teoria que substitui a razão prática pela razão comunicativa e que se sustenta em discursos de fundamentação *prima facie***, que desoneram o juiz (Judiciário) da tarefa de elaboração do discurso que fundamenta a validade da norma a ser aplicada⁷⁸. (destaquei).

Talvez o ponto central no debate entre procedimentalismo e substancialismo seja a substituição habermasiana da razão prática pela comunicativa e seus efeitos no Direito⁷⁹. Ou seja, no âmbito do Direito, substituir a razão prática pela comunicativa, como bem salienta Streck, implica em discursos de fundamentação *prima facie*. Isto significa que em Habermas os resquícios hermenêuticos são anulados em prol da intersubjetividade. Habermas quer superar o solipsismo, e, nesse intento, considera os atos da razão prática como solipsistas. O filósofo alemão diz que a verdade é argumentativa, consensual. Nos limites desta abordagem, cumpre referir que Habermas claramente não quer a intromissão do Judiciário na Política, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

O que fica claro é que o procedimentalismo habermasiano no Brasil é inadequado, porque coloca obstáculos à concretização dos direitos fundamentais.

sentido, Lenio Streck diz que a idéia de a Teoria Geral do Estado, nos moldes pensados por Jellinek, se apresenta hodiernamente como insuficiente. Buscam superar a Teoria Geral do Estado a Teoria da Constituição pensada ou como norma jurídica (Kelsen) ou as Teorias Materiais da Constituição (Schmitt e Rudolf Smend). Além destas, a Teoria do Estado como ciência da realidade (Hermann Heller). Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 76.

⁷⁷ LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. *In: Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 353-410, 2006.

⁷⁸ STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 158.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 42.

Ora, a tese habermasiana do autocontrole legislativo é demasiadamente problemática em um contexto de crise de representatividade⁸⁰. À luz do procedimentalismo seria ilegítimo, em sede de controle difuso, declarar a inconstitucionalidade de uma lei que descriminalizasse o estupro⁸¹. A hermenêutica filosófica traz possibilidades de concretização dos direitos fundamentais que o procedimentalismo não abarca, porque está refém da inércia do legislador e na medida em que não admite legitimidade ao juiz para declarar a inconstitucionalidade de lei no controle difuso. Segundo o procedimentalismo habermasiano, já que fins e meios são âmbitos de deliberação do legislador, não há espaço para a utilização do princípio da proibição de insuficiência⁸².

Ou seja, no procedimentalismo não há espaço para remediar deliberações flagrantemente equivocadas feitas pelo legislador entre fins e meios, e nem para controlar a validade das normas em sede de controle difuso. De qualquer sorte, o procedimentalismo é problemático se pensado no Brasil, porque nosso país é de modernidade tardia⁸³, ou seja, há inefetividade da Constituição e “ondas reformistas” manifestamente inconstitucionais. De qualquer sorte, conforme leciona Streck⁸⁴, Habermas deixa de reconhecer o paradigma do Estado Democrático de Direito; em que pese trabalhe com este modelo, ele deixa de admitir a diferença existente face ao Estado Social. No Estado Democrático de Direito, há uma prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o da maioria, ensejando que maiorias eventuais possam ser rechaçadas quando não respeitam os princípios constitucionais.

Nesse sentido, a tarefa da Nova Crítica do Direito (NCD) é guardar/proteger essa diferença, para salvaguardar o direito constitucional da objetivação metafísica, onde ocorre a entificação do ser. Daí que é preciso alertar, desde logo, que a Constituição não pode ser entendida como um ente disperso “no mundo”. Tampouco é um *topos* conformador/subsuntivo da atividade interpretativa, o que igualmente seria resvalar em direção à metafísica, ocultando a diferença ontológica. Dizendo de um modo mais simples: é preciso ter claro que o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo do ser de outros entes. O modelo

⁸⁰ À respeito da crise de representatividade, cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 300.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2 ed. *op. cit.*, p. 132.

⁸² *Ibidem* p. 135.

⁸³ *Ibidem*, p. 146.

⁸⁴ *Idem*. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 163.

procedimentalista, no contexto em que é apresentado, entende a Constituição como sendo o ser de um ente, como se fosse possível existir o ente (“como” ente, portanto, metafísico) “Constituição”, “apto” a dar sentido a outros entes.

Este parece ser um dos problemas fundamentais da tese procedimentalista: subestimar a questão da diferença ontológica, com todas as conseqüências que isso venha a ter, conforme é possível perceber no decorrer destas reflexões⁸⁵.

Habermas pretende uma salvaguarda de índole social-comunicativa e não jurídica. Ele quer garantir o espaço da autonomia da sociedade diante do Direito, devendo os Tribunais garantirem o espaço público para a deliberação política fundamental, onde a sociedade funda o Direito e há uma legitimação popular da escolha deliberativa. Ou seja, falta a Habermas notar a especificidade do Estado Democrático de Direito e seu intento transformador do *status quo*, superando os modelos anteriores⁸⁶.

O delineamento da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito é fulcral para a assunção do paradigma do novo constitucionalismo, isto é, para fortalecer sua legitimidade. O constitucionalismo tradicional era ideologia, uma teoria normativa, enquanto o neoconstitucionalismo é uma teoria oposta ao positivismo jurídico enquanto método⁸⁷. O que ocorreu foi a transferência de grande parte da responsabilidade do Legislativo para o Judiciário, e isto certamente tem relação com o ocaso das certezas iluministas⁸⁸ e com o fortalecimento do contramajoritarismo. Mas mesmo com todas as profundas alterações que sofreu o Estado, resta questionar as dificuldades crônicas de implementação do Estado Social e Democrático de Direito no Brasil. O Brasil não passou pelo período do *Welfare State*, e a sua democracia ainda é incipiente. O Brasil é um Estado em *processo de democratização*, o que significa dizer que sua democracia ainda não está totalmente consolidada. Resta questionar realmente quais são os passos necessários para que o constitucionalismo brasileiro possa avançar, pois em que pese teoricamente existam uma série de instrumentos jurídico-constitucionais aptos ao fortalecimento da democracia via tutela dos direitos fundamentais, como é o caso do mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão, a crise de “baixa

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 172.

⁸⁶ Idem. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*

⁸⁷ Idem. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 102.

⁸⁸ A respeito, cf. MORAIS, José Luis Bolzan; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. *op. cit.*, p. 212.

constitucionalidade”⁸⁹ no Brasil é um problema que retarda e afeta o intento do Estado Democrático de Direito de transformar a realidade social. Há sobretudo necessidade de um redimensionamento do princípio da separação de poderes, utilizado como “álibi persuasivo” para a irresponsabilidade institucional dos poderes. Em que medida se pode falar em divisão dos Poderes no Estado Democrático de Direito, se afinal o Estado é *uno*?⁹⁰ Sobretudo em um cenário de omissões legislativas inconstitucionais, como é o caso do Brasil, qual é o papel do Judiciário? Como bem salienta Feldens⁹¹, não é possível falar em Estado Constitucional de Direito sem a preservação da Constituição perante qualquer produto legislativo que lhe seja contrário, através da dissociação dos atributos de vigência e validade da norma. A regra não se submete mais unicamente ao procedimento, mas ao conteúdo material da Constituição. A dúplici sujeição do Direito ao Direito é uma conquista central do Estado Contemporâneo⁹².

Se os princípios do Estado Democrático de Direito são constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, justiça social, igualdade, divisão de poderes ou funções, legalidade, certeza e segurança jurídicas⁹³, então cumpre avaliar as condições de possibilidade para uma jurisdição constitucional contemporânea adequada às exigências do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o neoconstitucionalismo rompe definitivamente com a tese de que o Poder Judiciário não é um legítimo poder. A suprallegalidade constitucional, que depende de uma jurisdição constitucional forte, modifica radicalmente a relação do Judiciário com os demais Poderes. Neste sentido, no dizer de Marinoni, ganha centralidade o controle de omissões legislativas inconstitucionais. Diz o autor ““Porém, o mais importante para uma nova concepção de jurisdição, é a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto”⁹⁴.

O Brasil sofre de um problema constitucional crônico, uma “patologia” constitucional, pois há mais de 20 anos de ausência de regulamentação normativa de

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 73.

⁹¹ FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33.

⁹² *Ibidem*, p. 36.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 93.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 99.

certos dispositivos constitucionais⁹⁵. No tocante a este tema, incumbe ao Judiciário – é o que se espera da postura dos juízes no Estado Democrático de Direito – a concretização de direitos fundamentais, à revelia do descaso legislativo, em nome do Estado. A perda da credibilidade da democracia representativa em países periféricos como o Brasil e a sua “substituição” por uma democracia delegativa, nos termos de O’Donnell⁹⁶, é um fato sintomático que reforça a tese de que todos os Poderes devem ter um *engagement* com a democracia, isto é, não se admite uma postura passiva em termos de concretização de direitos, ainda mais quando se defende a eficácia das normas constitucionais.

É ínsito à jurisdição constitucional contemporânea a necessidade de (re)visualização do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, especialmente diante do mandado de injunção, dado que se o Legislativo nela incorre, certas posturas *self restraint* do Judiciário em alguns contextos podem significar, em termos de garantias fundamentais, a queda no mesmo equívoco. Ou seja, se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, a invocação do princípio da separação de poderes em sede de omissões legislativas, ao invés de acentuar e fortalecer a democracia, a debilita, pois ignora que o Supremo Tribunal Federal tem poder e competência para concretizar direitos. O espaço de atuação da jurisdição constitucional é atualmente maior que o no Estado liberal, logo, não há que se falar em violação do princípio da separação de poderes ou usurpação de funções do Estado, dado que o Judiciário não está legislando, mas cumprindo o seu esperado papel, de concretizar a Constituição Federal à revelia da falta de compromisso democrático do Parlamento. O Estado Democrático de Direito exige um intervencionismo maior de todos os poderes, inclusive do Judiciário. Resta deveras debilitado o argumento da separação de poderes no Estado Democrático de Direito. Sabe-se que ao declarar a inconstitucionalidade de certa lei em sede controle abstrato, o Supremo Tribunal Federal está realizando a função de legislador negativo, pois formula norma geral retirando eficácia do instrumento legislativo⁹⁷. A própria instituição no Brasil de súmulas vinculantes já

⁹⁵ Assuntos como aviso prévio proporcional, greve do servidor público, aposentadoria especial do servidor público, são alguns exemplos. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 17 nov. 2010.

⁹⁶ O’DONNELL, Guilherme. Democracia delegativa? In: **Novos Estudos Cebrap**, n. 31, out/91, p. 25.

⁹⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=42>. Acesso em: 12 Maio 2010.

significa um ato típico “legislativo” por parte do Judiciário, com a diferença de que estas se originam necessariamente de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o poder de editar súmulas, os Tribunais passam a ter um poder maior do que Legislativo. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com a as súmulas – sejam interpostos recursos, o Poder Judiciário estará acumulando as duas funções (legislativa e judiciária), petrificando o sentido do texto (e da norma exurgente deste texto). Daí que, examinando o sistema jurídico brasileiro como um *paradoxo*, é possível dizer que, do ponto de vista autopoietico, a vinculação sumular reforça o poder de auto-reprodução do sistema. Com a vinculação, o STF (veja-se o problema de o STF elaborar súmulas que, na prática, são *verdadeiras emendas à Constituição*) “fecha” o sistema⁹⁸.

Dizia Werner Kagi: “Diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens da Constituição”⁹⁹. Kagi sintetiza em uma frase algo muito importante, que é a necessária vinculação entre o constitucionalismo e a jurisdição constitucional. Ambos caminham juntos. Daí a razão pelo qual o enfraquecimento do Judiciário, mormente em países como o Brasil, repleto de promessas da modernidade incumpridas¹⁰⁰, causado às vezes por posturas de caráter *self restraint* que são, em alguns contextos, claramente inadequadas (veja-se os primeiros julgamentos do Supremo Tribunal no mandado de injunção) debilita a democracia.

Há a necessidade de um verdadeiro “sentimento constitucional” (Verdú) no Brasil, ou seja, uma internalização do papel da Constituição e de sua relação com o povo. Como bem salienta Pablo Lucas Verdu¹⁰¹, e se pode transpor suas lições para o Brasil, o sentimento constitucional significa “ter” e “estar” na Constituição, ou seja, é algo que se sente nos países que lutaram pela sua independência, como os Estados Unidos da América. Ele é “a expressão capital da afeição pela justiça e pela equidade”¹⁰². Ele é um sentimento de luta pela Constituição. Ocorre que no Brasil não houve uma ruptura como na Revolução Francesa, isto, a Constituição de 1988 advém de emenda à de 1969¹⁰³. Há a ausência de compreensão do papel da Constituição e a

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *In: Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 83-128, 2006. p. 113.

⁹⁹ KAGI, Werner. *Apud* STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁰¹ VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política**. Madrid: Reus, 1985. p. 66.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ A respeito das possíveis discussões, no Brasil, quanto à (in)existência de um legítimo poder constituinte originário na Constituição Federal de 1988, a partir do diálogo (e da dialética) travada no

falta de um “sentimento constitucional”, como esperança nas promessas constitucionais e luta pelo seus ideais, mas sobretudo pelo seu valor. A Constituição não pode ser submetida aos governos, ela é que deve submetê-los.

As razões da “baixa constitucionalidade no Brasil”, segundo Lenio Streck¹⁰⁴., remontam às nossas origens, pois sabe-se que o controle de constitucionalidade difuso no Brasil teve forte influência dos americanos, apesar de formalmente constar na Carta de 1891 e não ter sido utilizado. Na Constituição de 1824 era do Legislativo tal dever, mas durante todo o período imperial, de mais 70 anos, somente em duas oportunidades foi mencionado o controle. Isso colocava a Constituição em segundo patamar. O parco controle difuso praticado na República funcionava somente *inter partes*. Os próprios membros do STF não tinham conhecimento do que era dito controle. Em 1934 as decisões do STF em sede de controle difuso passaram a ser enviadas ao Senado, para que, suspensa a execução da lei, fosse concedida eficácia *erga omnes*. Na ditadura Vargas o Legislativo podia, por 2/3 de seus membros, revogar a decisão de inconstitucionalidade do STF. Somente em 1965 se pode falar no Brasil em controle abstrato. Tudo isto demonstra como temos uma baixa tradição constitucional, delegando historicamente a jurisdição constitucional a um segundo plano. Mas para superar isto, é necessário dar à jurisdição constitucional o seu devido valor, pois é isto que se espera do Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Supremo Tribunal Federal, ver as páginas 484-490 da ADin 3.128-7, em que se discute se uma revolução é necessária para criar um poder constituinte originário, ou se basta uma ruptura ou um consenso para criá-lo. Discute-se se o poder constituinte, na Carta de 1988, é mesmo originário, ou seria derivado, decorrente de um ato de votação sobre uma emenda constitucional à Constituição de 1969, a emenda nº 26. A respeito, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3128-7/DF. Associação Nacional dos Procuradores da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 18 de Agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3128&processo=3128>>. Acesso em: 26 set. 2008.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3 ed., *op. cit.*, p. 117.

CAPÍTULO 2 – A FILOSOFIA DO DIREITO DE DWORKIN E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE PARA A FORMAÇÃO DE UMA DEMOCRÁTICA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

A filosofia do direito de Dworkin é importante para a constituição de uma democrática teoria da decisão judicial, tendo como pano de fundo a concepção de democracia constitucional (1.2 e 1.2.1 e 1.2.2). É necessário estudar o fenômeno do ativismo judicial, tendo como pressuposto a existência de limites democráticos a atuação dos juízes (1.3). A partir daí, é possível trazer elementos que sirvam de suporte teórico para sustentar uma teoria da decisão judicial que combata a discricionariedade judicial no Estado Democrático de Direito (1.4)

1.2 Aspectos da filosofia do direito de Dworkin: críticas ao utilitarismo e ao positivismo jurídico e defesa da leitura moral da Constituição

Ronald Dworkin criou uma teoria filosófica acerca do Direito bastante versátil, aplicável tanto nos domínios da *Civil Law* como da *Common Law*. Sua teoria da integridade do Direito possui diversos núcleos, entre os quais se podem destacar, entre outros: a) um centro liberal que destaca a idéia de igualdade; b) uma teoria acerca da jurisdição que destaca o papel da tradição, dos princípios, dos precedentes e da comunidade nos problemas interpretativos para o julgamento dos *hard cases*; c) uma leitura moral da Constituição, baseada no fato de que as relações entre o Direito e a Moral são importantes e constitutivas do Direito. A partir de tais parâmetros, percebe-se em Dworkin um importante contraponto ao Positivismo Jurídico, na medida em que traz à tona a Moral e os valores para o debate jurídico. O juízo jurídico não se faz sem o juízo moral, diz Dworkin, vergastando a tese positivista da separação entre Direito e Moral¹⁰⁵, especialmente a doutrina de Kelsen, que considerava que o fato de existirem diversos modelos de

¹⁰⁵ Cf. BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 462; cf. DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

Moralidade permite desvincular o Direito da Moral, tornando a relação entre ambos como contingente e não necessária.¹⁰⁶ A coerência do Direito representa um conjunto de regras e princípios aplicáveis ao caso concreto, trazendo razoabilidade prática. É a partir daí que desenvolve sua teoria do Direito como um romance em cadeia, permitindo a visualização de um dos núcleos centrais de seu pensamento, a integridade do Direito.¹⁰⁷

Dworkin destaca-se no cenário da filosofia do Direito pela sua originalidade. Sua postura problematizante o levou a afirmar que “É minha visão, de fato, que o Direito é em grande parte Filosofia”¹⁰⁸. Dworkin significou um contraponto importante ao Positivismo Jurídico, especialmente o de Hart e Austin. Ao criticar o juspositivismo, buscando uma linha entre o pragmatismo e o jusnaturalismo, Dworkin influenciou a superação do dogmatismo jurídico. Como liberal era preocupado com a justiça distributiva e com a solidariedade social. A sua teoria de resolução de *hard cases* está estruturada na razoabilidade e coerência do Direito, demonstrando que os princípios são vinculativos ao juiz, pois são a expressão da moralidade política e da moral pública institucionalizada.¹⁰⁹ Distingue entre princípios (*principles*) e políticas (*policies*), demonstrando que os juízes devem se basear nos primeiros¹¹⁰.

Dworkin criticou o positivismo de Hart. Embora considerando a teoria de Hart mais complexa e elaborada que a de Austin, não deixou de apontar as suas incongruências. Hart toma como ponto de partida o pensamento de Austin. Alega que Austin, na sua obra *Province of Jurisprudence Determined*, considerou o Direito como um conjunto de comandos e hábitos e verifica que tais comandos não se distinguem suficientemente das ordens de um criminoso. Ciente disso sustenta que o Direito é um conjunto de regras primárias e secundárias¹¹¹ e que o que distingue o direito moderno do direito primitivo é a distinção entre tais regras. Regras primárias garantem direitos e impõe obrigações. As regras secundárias são a regra de reconhecimento (*rule of recognition*), regras de alteração (*rules of change*) e regras

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 71.

¹⁰⁷ BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *op. cit.*, p. 465; DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁸ BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *op. cit.*, p. 461.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 469; cf. DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**, *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁰ CHUERI, Vera Karam de. Dworkin, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos; Editora Renovar: 2006, p. 259-263.

¹¹¹ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 91.

de julgamento ou adjudicação (*rules of adjudication*). Dworkin¹¹² afirma que o Direito não é um sistema composto unicamente de regras, como preleciona Hart, mas é constituído por regras, princípios e políticas (*policies*), contrariando a tese positivista do direito como sistema de regras. Os princípios operam diferente das regras, porque eles indicam uma direção. Isso não quer dizer que eles não sejam vinculativos. Eles têm uma dimensão de peso, apontam em uma ou outra direção.

O fato dos princípios serem múltiplos e contraditórios entre si, e de nem sempre serem aplicados, dando preferência a outros no caso concreto, não significa que não tenham vinculatividade, na medida em que os juízes estão obrigados a observar os princípios morais da comunidade política, sopesando-os. Uma vez que se consideram os princípios como jurídicos, há a hipótese de que uma obrigação jurídica seja imposta exclusivamente por uma constelação de princípios. Mesmo que os princípios tenham uma dimensão de peso que as regras não têm, isso não implica em que eles sejam tão somente máximas que advêm da subjetividade assujeitadora do juiz (discricionariedade forte), na medida em que a sua força não advêm da vigência, mas do conjunto de crenças da comunidade política e da tradição constitucional. As regras operam no modo tudo ou nada. Os princípios não estabelecem conseqüências jurídicas que se seguiriam automaticamente. O fato de um princípio não prevalecer não desnatura o seu “estatuto ontológico”, ou seja, ele é o princípio porque deve ser levado em consideração e traduz uma exigência de equidade, razoabilidade, justiça ou proporcionalidade. Eles valem por si mesmos, diferentemente da doutrina de Alexy, que toma os princípios como mandados de otimização, ou seja, como meios para certos fins serem alcançados¹¹³.

Percebe-se uma filosofia liberal no pensamento de Dworkin, que fundamenta toda a sua argumentação destacando o primado da igualdade. Retomando os debates a partir de autores como Jeremy Waldron¹¹⁴, que considerava que a distinção entre teoria política e filosofia política freqüentemente era artificial, porque ambos os termos representam a mesma disciplina sobre os auspícios de diferentes departamentos, e que a controvérsia acerca dos direitos

¹¹² DWORKIN, Ronald. Is a Law a system of rules? In: DWORKIN, R. (ed.) **The philosophy of Law**. Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 38-65. Tradução de Wladimir Barreto Lisboa.

¹¹³ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 108; cf. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. In: **Oxford University Press and New York University School of Law**. 2005, v. 3, n. 4, p. 573. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=42>. Acesso em: 07 out. 2008.

¹¹⁴ WALDRON, Jeremy. **Liberal rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 393.

individuais estava vinculada a algumas versões da teoria utilitarista, que é uma teoria de justificação política, Dworkin¹¹⁵ sustenta que os direitos são trunfos (*rights as trumps*) de justificação de decisões políticas que beneficiam a sociedade como um todo. Dworkin critica o utilitarismo, especialmente o utilitarismo de Hart, considerando que se é exatamente a minoria a que mais sofre porque outros a criticam, em uma sociedade em que todos devem ser tratados como iguais, então isso é contrário à igualdade¹¹⁶.

A respeito do tema, leciona Wladimir Barreto Lisboa¹¹⁷ que conceber os direitos como trunfos representa superar a tese utilitarista de que a finalidade política consiste em satisfazer uma proporção mais ampla possível dos objetivos das pessoas. O cálculo utilitarista tem sérios problemas, como o fato de todos serem tratados igualmente, sem distinção das pessoas ou do mérito, o que prejudica as minorias. O chamado *direito à independência moral* é corrompido pelo utilitarismo, na medida em que certas preferências de um único indivíduo, e tomadas como importantes pela comunidade, podem se sobrepor as demais. Não se podem tomar decisões sem considerar o impacto sobre as minorias. Hart¹¹⁸ criticou as teses defendidas por Dworkin, de que o utilitarismo impede igual consideração e respeito por todos, levantando dois paradoxos: se os direitos morais se encontram excluídos do processo majoritário, quanto mais tolerância social existir, tanto mais haverá uma extinção progressiva de tais direitos e liberdades; em segundo lugar, a teoria de Dworkin garantiria tais direitos contra o cálculo utilitarista, mas não contra um governo tirânico.

Hart¹¹⁹ expõe o fato de que o utilitarismo sofreu muitas críticas no séc. XX na Inglaterra, e durante a vida de Bentham muito do seu próprio trabalho, famoso em outros países, era ignorado domesticamente. Os sucessivos ataques de Bentham à doutrina do direito natural tiveram um longo e duradouro sucesso no séc. XX. No seu escrito, publicado após sua morte, *Anarchical Fallacies*, Bentham condenava os “direitos de anarquia”, ou direitos naturais, os quais visavam subverter

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 153.

¹¹⁶ Ibidem, p. 162.

¹¹⁷ LISBOA, Wladimir Barreto. A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 207-220, 2009.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Oxford University Press, [s.d]. p. 183.

o governo e assassinar a segurança. A primeira crítica fundamental do princípio utilitarista de maximização adveio de John Stuart Mill. Ele concebia a democracia não como mera proteção da maioria contra a exploração de poucos e contra a ineficiência do governo, mas como oportunidade de desenvolvimento das capacidades humanas. A tirania da maioria sobre a minoria era um grande perigo.¹²⁰ Hodiernamente, um ataque frontal ao utilitarismo foi feito por John Rawls, no seu livro *A Theory of Justice*, o mais importante trabalho de filosofia política escrita desde John Stuart Mill, sustenta Hart. Rawls nega qualquer tipo de barganha, ou seja, o contrato firmado não admite qualquer tipo de cálculo utilitarista que prejudique minorias¹²¹.

Hart¹²², no seu livro “O conceito de Direito”, no cap. VII, intitulado “Formalismo e ceticismo acerca das regras”, preceituava que os cânones tradicionais de interpretação não podem eliminar as incertezas acerca da aplicação do direito, embora possam diminuí-las. Tais métodos, como as regras, não podem fornecer a sua própria interpretação. É constitutivo do sistema jurídico, concebido na sua totalidade, a incerteza semântica acerca do conteúdo de certas normas. É iniludível que em certos casos a regra parece certa, segura e clara, mas em outro contexto isso pode não ocorrer. A natureza da linguagem é limitada, não abarca toda a realidade na sua concretude.

O autor é bastante lúcido ao considerar que os problemas hermenêuticos não são gerados pela norma, mas pela linguagem, porque as proposições normativas se valem da linguagem ordinária, que pode sofrer de ambigüidade (certo termo tem mais de um sentido) e vagueza (indeterminação do sentido, como na palavra “alma do mundo”). Os casos simples são somente casos familiares. Nos casos limítrofes ou difíceis surge o poder discricionário do juiz, em que ele deve ter uma escolha. Isso ocorre pela textura aberta da norma, que permite diversas interpretações. O preço pago pelo uso de termos gerais é a perda da certeza semântica em certos contextos. Tal necessidade de deliberação é lançada sobre os homens porque eles não são deuses, é natural da condição humana, pois uma “jurisprudência mecânica” seria totalmente incapaz de resolver satisfatoriamente certas questões jurídicas, pensa Hart.

¹²⁰ HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**, *op. cit.*, p. 193.

¹²¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹²² HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, *op. cit.*, p. 137.

O formalismo é um vício definido por Hart como “numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a norma geral”.¹²³ Isso equivaleria a um “paraíso dos conceitos”¹²⁴, em que a norma seria sempre a mesma, independente do contexto, o que significaria uma atitude fria diante do Direito, tornando-o alienado da realidade social subjacente. Mas em que consiste o ceticismo sobre as regras em Hart e quais suas variedades? O debate travado é baseado no realismo jurídico norte-americano e escandinavo. Observe-se que o realismo jurídico nega qualquer forma de investigação jusfilosófica de ordem metafísica ou ideológica, considerando que não há um fundamento subjacente à idéia do Direito. O Direito é a realidade da sua prática, o direito efetivo que surge com as decisões dos Tribunais. Há uma “judicialização do Direito”, ou seja, o Direito é visto como o conjunto de normas aplicadas pelos Tribunais, e suas fontes são os materiais que inspiraram os juízes. Não existe um “direito pré-judicial”, porque ele só surge no Judiciário¹²⁵. Esse radicalismo do realismo jurídico é criticado por Hart. Hart sustenta que o realismo vê as regras como um mito que esconde a verdade e considera o direito como um conjunto de decisões e predições dos juízes. Fica visível, portanto, que os realistas são céticos quanto às regras, porque entendem que elas escondem a verdade: o direito é sempre judicial. Os realistas são céticos quanto às regras enquanto constitutivas do Direito.

O recurso último de Hart para combater tal concepção de Direito é a existência de regras secundárias, pois a existência do Tribunal implica a existência de regras secundárias que conferem jurisdição e atribuem autoridade às suas decisões (*rules of adjudication*)¹²⁶. Sem tais regras, a decisão de um Tribunal não seria diferente da de um indivíduo. O ceticismo sobre as regras rejeita a tese de que os juízes estão vinculados às regras. O cético é, por vezes, um desapontado, porque as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista.

O ceticismo avaliado por Dworkin¹²⁷ é abordado a partir de outro ângulo. Dworkin debate-se com o que ele chama de “agulhão semântico” (destaquei):

¹²³ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, *op. cit.*, p. 142.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 143.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 75.

¹²⁶ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, *op. cit.*, p. 150.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 54.

Significa alguma coisa afirmar que os juizes devem aplicar a lei, em vez de ignorá-la, que o cidadão deve obedecer a lei, a não ser em casos muito raros, e que os funcionários públicos são regidos por suas normas. Parece estúpido negar tudo isso simplesmente porque às vezes divergimos sobre o verdadeiro conteúdo do direito. Desse modo, nossos filósofos do direito tentam salvar aquilo que podem. Para fazê-lo, agarram-se a qualquer coisa que encontram: afirmam que, nos casos difíceis, os juizes apenas fingem divergir sobre o conteúdo do direito, que os casos difíceis não passam de discussões limítrofes, à margem daquilo que é claro e comum a todos. Ou então pensam que devem entrar em alguma forma de niilismo a propósito do direito. A lógica que preside a essa devastação é aquela que descrevi a pouco, o argumento de que, *a menos que os advogados e juizes compartilhem critérios factuais sobre os fundamentos do direito, não poderá haver nenhuma idéia ou debates significativos sobre o que é o direito*. Não temos outra opção a não ser confrontar esse argumento. Trata-se de um argumento filosófico, razão pela qual a próxima etapa de nosso esquema deve ser também filosófica.

Como bem ressaltado pelo autor, alguns filósofos do direito enveredam tanto pela senda do niilismo, quanto pela tentativa de encontrar o fundamento do Direito, sem o qual não pode haver debates significativos. O niilismo moderno nietzscheano tem como base a morte de Deus. O niilismo constitui uma ruptura do indivíduo com Deus, a natureza e uns com os outros (três rupturas). É marcado pelo ateísmo e ceticismo pirrônico. É a descrença nos valores e a busca da libertação do homem: coloca o homem no centro de tudo, com sua liberdade contingente¹²⁸. Mas o niilismo é insuficiente, pelo profundo ceticismo e ateísmo que o assola, para trazer argumentos de fundação ao Direito. Essa é a razão pelo qual o debate que Dworkin trava visa o fundamento do direito.

Em Hart, o ceticismo e formalismo são relativos às regras; em Dworkin, o ceticismo é sobre a interpretação. Fundamentalmente, o formalismo abordado por Hart também versa, como em Dworkin, sobre o ceticismo acerca da interpretação. Mas Dworkin problematiza além daquilo que Hart chama de “textura aberta”, porque o seu debate é sobre a falsidade ou a verdade das interpretações. Ele avança nos domínios da linguagem e da filosofia, para destacar duas formas de ceticismo: o ceticismo interior e o ceticismo exterior¹²⁹. O primeiro está no interior da atividade da interpretação, enquanto o segundo está no exterior e em torno dessa atividade. O ceticismo interior apóia-se na solidez de uma atitude interpretativa geral para por em dúvida todas as possíveis interpretações de um objeto de interpretação

¹²⁸ SAINT-SERNIN, Bertrand. Niilismo. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.) **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 250-255. v. II.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, *op. cit.*, p. 96.

específico¹³⁰. O ceticismo exterior é uma teoria metafísica, não uma posição interpretativa ou moral. O cético exterior não contesta nenhuma afirmação moral ou interpretativa específica. Ele não diz que certa interpretação é um equívoco, a sua teoria é de segundo grau sobre a posição ou classificação filosófica das afirmações. Ele insiste em que as proposições não são testáveis, como na Física, nega que os valores estéticos ou morais façam parte dos “fundamentos” do universo. Ele não se engaja em uma atitude interpretativa, porque concebe que todas as opiniões são projetadas na “realidade”, e não descobertas nela¹³¹.

Fica visível que o cético interior engaja-se em uma postura cética crítica, negando determinadas interpretações, enquanto o cético exterior age filosoficamente, ele não se engaja em certa interpretação, porque não considera existir uma proposição verdadeira, já que todas as opiniões são somente projeções de seus autores. Ele retoma o ceticismo pirrônico, porque ele suspende o juízo acerca da verdade ou falsidade das interpretações, já que todas não passam de opiniões. Embora possa ter a sua própria opinião, não se engaja na defesa dela porque não acredita poder demonstrar cabalmente que está certo e nem acredita em nenhuma instância além da opinião (recapitulando os sofistas).

Dworkin enfrentou o problema do ceticismo e do “agulhão semântico” como pressupostos para criar uma teoria de fundamentação do Direito. A teoria hermenêutica de Dworkin tem como um dos seus pilares centrais a necessidade de uma leitura moral da Constituição norte-americana, admitindo que os cidadãos têm direitos morais e políticos entre si e direitos políticos perante o Estado¹³². Com efeito, Dworkin¹³³ sustenta que certos dispositivos abstratos constitucionais fazem referência a princípios morais de decência e de justiça. A moralidade política faz parte do direito constitucional, mas é intrinsecamente controversa. Ela depende de uma autoridade que decida em última instância (Suprema Corte). Os críticos de tal leitura moral sustentam que ela concede aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao público. A razão pelo qual os juízes são facilmente enquadrados como “liberais” ou “conservadores” é esta: eles sustentam certas

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, *op. cit.*, p. 97.

¹³¹ *Ibidem*, p. 98.

¹³² LISBOA, Wladimir Barreto. O direito, a moral e os limites da justiça: algumas dificuldades legadas pelos modernos. *In*: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 277-292, 2005.

¹³³ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

concepções de moralidade política e pública nos seus julgamentos, demonstram convicções políticas e ideários.

Os juízes liberais e os conservadores, portanto, comungam de diferentes concepções de moralidade política, o que acarreta divergências quanto à constitucionalidade de certas práticas. O conservador supõe que o homem de bem gostaria de ser tratado em conformidade com os princípios de um tipo especial de sociedade, a sociedade virtuosa¹³⁴, e que a virtude decorre da experiência e história da comunidade¹³⁵. A leitura moral da Constituição, diz Dworkin¹³⁶, em que pese o seu efetivo papel na vida constitucional norte-americana, tem uma má reputação. É entendida erroneamente como uma corrente radical que não seria adotada por um constitucionalista sensato. Os juízes não admitem expressamente suas posições político-morais, as expressam através da interpretação histórica ou pela estrutura constitucional. Em que pese essa reputação, a leitura moral está arraigada na prática constitucional. Ela recebe críticas de não distinguir Direito e Moral, pôr o Direito na dependência de princípios morais subjetivos e ofender a soberania moral do povo. Os conservadores tentam infrutiferamente convencer o povo de que as grandes questões constitucionais não giram em torno de questões morais. Há uma farsa ou demagogia que afirma que os juízes julgam neutramente e com obediência ao texto legal.

Por que existe esta confusão e por que, em que pese a prática constitucional estar repleta de juízos morais, a leitura moral tem essa imagem negativa? O público norte-americano, diz Dworkin, não conhece o verdadeiro caráter e importância de seu sistema constitucional¹³⁷. Ora, os ideais políticos não se sujeitam apenas à lei, mas a princípios. Criticada como elitista, antipopulista, anti-republicana e antidemocrática, a leitura moral é concebida por muitos como violação da soberania popular; entretanto, uma melhor compreensão da democracia permite compreender que a leitura moral é indispensável para esta. É claro que nem tudo deve ser lido moralmente, mas tão somente aqueles artigos que o exigem. A base de uma leitura moral está na exigência de *integridade constitucional*. Tal integridade não permite ao juiz dispor livremente da opinião, porque ele tem o dever de

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 296.

¹³⁵ Ibidem, p. 297.

¹³⁶ Idem. **O Direito da Liberdade**, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁷ Ibidem. 9.

coerência com os princípios constitucionais.¹³⁸ A idéia de que a leitura moral permite aos juízes uma discricionariedade total para impor convicções morais é falsa, desde o Direito seja entendido enquanto integridade, história e princípios.

Dworkin elenca duas alternativas à leitura moral: ou admite-se que ela é correta, mas nega-se aos juízes a possibilidade de realizá-la, deixando-a ao povo; ou recorre-se ao originalismo, recusando-a totalmente¹³⁹. Entretanto, os constitucionalistas consideram que tanto a leitura moral quanto o originalismo são equívocos, porque a primeira concede demasiado poder ao juiz, e o segundo faz da Constituição uma extensão morta do passado¹⁴⁰. Eles indicam um meio-termo entre ambas, mas não dizem qual é esse justo equilíbrio. Dizem que a filosofia moral ou política, a história e a estrutura constitucional devem ser levadas em conta, mas não explicam porque as duas últimas são tidas como adicionais, na medida em que fazem parte da filosofia moral e política.

A base fundamental que permite a Dworkin uma justificação de uma leitura moral da Constituição reside na sua *teoria da integridade e coerência do Direito*¹⁴¹. As críticas de que tal leitura concede demais poder aos juízes e que é antidemocrática cedem diante de alguns argumentos. O Direito como integridade pressupõe que o juiz assuma a sua função constitucional em plenitude, isto é, seja efetivamente ou tente ser o mais próximo possível de um “juiz Hércules”, um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade, e que tenha um longo tempo de reflexão acerca das causas que deve julgar, ponderando todas as variáveis possíveis para a decisão.¹⁴²

Tal juiz deverá estar impregnado de uma “moral pública ou política”. A acusação de que teria poder demais é infundada se for entendido que atua como “porta-voz” da comunidade, através de uma ‘representação discursiva dos ideários constitucionais’¹⁴³. O Direito como integridade exige o comprometimento ético do

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**, *op. cit.*, p. 15.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 18.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 21.

¹⁴¹ Ressalte-se que no Brasil, conforme leciona Lenio Streck, deve ser observada com reticências a tese da “leitura moral da Constituição” (não precisamos fazê-la), pois a Constituição brasileira tem uma carga axiológica que a norte-americana não dispõe, ou seja, um extenso catálogo de direitos fundamentais, razão pelo qual a construção de Dworkin é mais adequada, neste sentido, à tradição americana. A respeito, cf. STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 495.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, *op. cit.*, p. 287.

¹⁴³ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. In: **Oxford University Press and New York University School of Law**. 2005, v. 3, n. 4, p. 572–581. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=42>. Acesso em: 07 out. 2008.

magistrado para com os princípios políticos importantes para a comunidade, que devem ser levados em conta para o julgamento. O Direito como integridade exige que os juízes admitam que o Direito é estruturado por um conjunto de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal¹⁴⁴, e que suas concepções de moralidade pública devem estar fundadas nesses princípios. Na era do pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direito, afirma Paulo Bonavides¹⁴⁵:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

Enquanto Kelsen desvinculava o Direito da Moral¹⁴⁶, Dworkin trata de estabelecer um importante elo entre ambos, porque os princípios de equidade, justiça e devido processo legal devem embasar a leitura moral da Constituição.

1.2.1 Entre Dworkin e Perelman: da defesa à crítica da possibilidade de respostas corretas

Analisando o discurso jurídico e a retórica, Luis Alberto Warat¹⁴⁷ afirma que o preço pago pela retórica é a substituição da verdade pela verossimilhança, ou, seja, o problema aristotélico dos entimemas como silogismos fundados a partir da verossimilhança, à margem das demonstrações lógicas, apoiando-se no pensamento popular, em crenças socialmente estereotipadas.

Perelman¹⁴⁸ tem uma grande importância no cenário jusfilosófico, na medida em que retoma o debate sobre Aristóteles, efetuando uma teoria epistemológica sobre os discursos. Ele questiona a noção de evidência cartesiana, porque a clareza

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, *op. cit.*, p. 291.

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 265.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, *op. cit.*, p. 71.

¹⁴⁷ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 87.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 92.

conceitual é nada mais que um efeito discursivo produzido pela razão. Com efeito, Dworkin¹⁴⁹ sustenta a tese de que sempre existe uma resposta correta. Em outras palavras, o jusfilosófico norte-americano argumenta que a toda pretensão jurídica corresponde a uma resposta original. Não há sentido falar em criação de normas jurídicas pelo juiz (ato discricionário), na medida em que a resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente. Tal resposta é embasada em princípios, que consubstanciam os valores importantes para a comunidade. A resposta correta é criada analogamente ao exercício literário, ou seja, a idéia de *chain of Law* (cadeia do direito) significa que o julgador, tal como o romancista, deve considerar aquilo que a tradição lhe traz (precedentes ou enredo).

Perelman¹⁵⁰, em um rumo diferente do tomado por Dworkin, afirma que inexiste o argumento correto (e nem a resposta correta), há o argumento predominante. Não há que se falar em verdade argumentativa ou objetividade, na medida em que a objetividade pressupõe uma coincidência entre a proposição e a realidade. Ele reabilita a retórica como parâmetro de estudo do Direito, proporcionando uma ampliação do espaço para oposição das idéias e a construção de um tipo de fundamentação mais consistente das decisões judiciais, superando as lógicas tradicionais. Tem em comum com Dworkin o fato de serem ambos árdus críticos do Positivismo Jurídico¹⁵¹.

A principal preocupação de Perelman foi com o raciocínio jurídico, ou seja, uma lógica jurídica específica, pois o raciocínio judicial não se resume a mera dedução. Ele é engajado no seu contexto político, social, econômico, cultural, sociológico e ideológico. Perelman considera a justiça um termo equívoco, e sua preocupação é de ordem prática: quer vê-la acontecer no caso concreto. Ele substitui a idéia de justiça, tida como noção metafísica, pela de equidade. Sua preocupação maior é a *práxis* do Direito. O mito da verdade é substituído pela razoabilidade, equitatividade, pelo aceitável e admissível. A retórica é, portanto, “um estudo que proporciona conhecimento acerca dos meios argumentativos e dos

¹⁴⁹ CHUERI, Vera Karam de. Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos, Editora Renovar, 2006, p. 261.

¹⁵⁰ MENDONÇA, Paulo Roberto S. Perelman, Chaim. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos, Editora Renovar, 2006, p. 632; PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁵¹ BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *op. cit.*, p. 450.

auditórios disponíveis”¹⁵². A lógica jurídica não é formal (Kelsen), mas dialética ou argumentativa. A retórica pouco tem com a abstração; o seu problema é com o discurso e com os auditórios.

Na esteira desse debate, Lenio Luiz Streck¹⁵³ afirma – contribuindo para o debate acerca da fundamentação de direitos, que, entre outros autores, perpassa Dworkin – que a resposta correta não é nem a única e nem a melhor. A verdade não é um problema teórico, pois a hermenêutica não separa teoria e prática. A integridade de que fala Dworkin se aproxima da “tradição autêntica” na hermenêutica filosófica¹⁵⁴. Ela não está na proposição, pois a antecede: há nela um elemento *a priori*, que é a pré-compreensão. Será a resposta constitucionalmente adequada. A partir de tais considerações, a integridade em Dworkin pode ser tida, na leitura da hermenêutica, como expressão da tradição autêntica.

1.2.2 A democracia constitucional de Ronald Dworkin e a representação argumentativa dos ideários democráticos pelos Tribunais

A idéia de que é possível uma representatividade judicial é sustentada por Alexy, embora isto não signifique um poder à margem do pacto democrático; ao contrário, a atuação da Justiça só é democrática na medida em que compreende seus próprios limites, embora estes não sejam mais os do Estado liberal. Diz Luis Roberto Barroso:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes¹⁵⁵.

¹⁵² BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *op. cit.*, p. 458.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúhmen Júris, 2008. p. 300.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 307.

¹⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In: Revista de Direito do Estado*. Jan./mar, 2009. Ano 4. n. 13, p. 71-91. p. 84.

O jurista alemão Robert Alexy¹⁵⁶, discorrendo acerca das condições para uma verdadeira representação argumentativa das Cortes Constitucionais, no sentido de conexão com os ideários democráticos (grau de representação democrática das Cortes Constitucionais) considera que a existência de bons ou plausíveis argumentos nas decisões judiciais é suficiente para a deliberação ou reflexão, mas não para a representação. Para tanto, é preciso que o povo aceite os argumentos por razões de concordância ou correte. Considera, nesse sentido, que as Cortes Constitucionais têm uma inequívoca função democrática. O constitucionalismo discursivo está baseado na existência de pessoas racionais, capazes de criticar e aceitar os argumentos válidos e corretos, em instituições e argumentos. Os direitos fundamentais, a ponderação entre princípios em colisão, através do princípio da proporcionalidade, o discurso, a jurisdição constitucional e a representação configuram a idéia do constitucionalismo discursivo de Alexy.

Alain Touraine¹⁵⁷ insere o respeito aos direitos fundamentais como dimensão essencial da democracia. De fato, alguns teóricos da democracia não deram a atenção a esse fato básico, de que a democracia não pode ser tida como simplesmente um processo decisório. Giovanni Sartori¹⁵⁸, por exemplo, aderiu às correntes procedimentalistas, que vêem a democracia como procedimento, pois na conclusão ou desfecho de seu livro “A teoria da democracia revisitada”, o autor conclui que a democracia é um *processo decisório*, considerando os riscos de seus resultados e a natureza das decisões políticas. Ora, é inegável que a democracia é um processo, é um devir histórico, ela é uma construção. Mas isso não significa que isso esgote o seu significado. Se compreendermos na palavra “processo” tanto a evolução do conceito quanto os meios que a possibilitam (sufrágio universal, plebiscito, referendo, manifestações populares, ação popular, possibilidade de ser jurado, etc), notaremos que essa dimensão instrumental da democracia não elide a sua dimensão substancial.

A dimensão substancial da democracia reside no respeito aos direitos fundamentais (humanos). De fato, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), no seu art. I, proclama a liberdade e a dignidade do ser humano, o art. VII reconhece a igualdade de todos diante da lei, o art. XXI, 3., assegura o direito ao

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *op. cit.*

¹⁵⁷ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1996. p. 42 e 46.

¹⁵⁸ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada.** São Paulo: Ática, 1994. p. 286.

voto, entre outros dispositivos. A substância da democracia são os direitos do homem. Para consubstanciar-se na realidade, foram criados instrumentos democráticos, como o sufrágio, buscando possibilitar a igualdade de todos e a imparcialidade. Advém da História da Humanidade, especialmente da Revolução Francesa, uma série de direitos elencados como indispensáveis, que foram sendo incorporados pelas nações gradualmente.

O termo democracia pode ser visto de duas maneiras¹⁵⁹: por um uso descritivo da palavra, ou seja, a perspectiva analítica da democracia dos antigos e dos modernos, e uma perspectiva axiológica. Vista como poder do povo (*demos*), no sentido etimológico, na Grécia era o poder da pólis (cidade-estado). Na era moderna, surgindo as megapólis, a idéia de uma cidade política perdeu sentido. Na passagem da democracia direta para a representativa, ou dos antigos para os modernos, desaparece a praça, mas não a exigência de visibilidade do poder. A tensão fato-valor é constitutiva da democracia, porque a democracia deve sua existência aos seus ideais. Revela-se como ser e dever-ser. Hodiernamente, superando a topologia aristotélica das formas de governo e das suas correspondentes formas viciadas, existem três regimes: o democrático, o totalitário e o autoritário.

Há alguns modelos democráticos¹⁶⁰ (a partir do *elemento ideológico*): a democracia liberal, a democracia partidária, a democracia social e a democracia marxista. A democracia liberal busca a autonomia individual, a igualdade e liberdade. A democracia social, que adveio do constitucionalismo material de índole social, buscava a igualdade material e o intervencionismo. Baseia-se na tese de que é necessário sacrificar um tanto de liberdade para o bem de todos. Há ainda as *teorias da moderna democracia*: democrático-pluralista, a teoria elitista e a teoria do ordo-liberalismo. A teoria democrático-pluralista baseia-se na vontade de grupos definidos pela frequência das interações sociais. A teoria elitista da democracia (Schumpeter), diz que ela é forma de domínio, ou seja, concorrência pelo poder. A teoria do ordo-liberalismo defende a liberdade econômica e concebe a democracia como método na ordem econômica. Por fim, entre as *teorias normativas da*

¹⁵⁹ AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos; Editora Renovar: 2006, p. 190-195.

¹⁶⁰ Ibidem.

democracia, há a teoria liberal, a teoria republicana, a teoria da democracia deliberativa, a teoria da democracia discursiva e a teoria da democracia corporativa. A concepção republicana busca o bem comum da comunidade. A democracia deliberativa advoga a tese do *self government*. A democracia discursiva é a de Habermas, e busca condições discursivas adequadas em busca do consenso. A democracia corporativa busca conciliar o debate parlamentar com a negociação corporativa. A democracia deliberativa é aquela segundo o qual a lei legítima deriva da deliberação dos cidadãos.

Outros, renunciando à idéia de um fundamento universal para a democracia deliberativa, vão alicerçá-la no próprio processo de deliberação, mais especificamente nos seus *procedimentos*. Por isso serão conhecidos como *procedimentalistas*¹⁶¹.

Ora, se existem procedimentalistas (como por exemplo Sartori), há também aqueles que defendem uma democracia em sentido substancial (Touraine). Muitos tribunais têm esquecido que a democracia não é somente um processo decisório, pois ela inexistente se não há respeito e proteção aos direitos fundamentais. Ou seja, se a legitimidade democrática da jurisdição constitucional advém do seu respeito aos direitos fundamentais (pois sem eles inexistente democracia), e é em um cenário de crise do princípio da legalidade¹⁶² que vive o Judiciário, podendo-se falar de “inflação legislativa” e de “omissões inconstitucionais” no cenário político brasileiro, em certas situações aos juízes só existem duas saídas: a) ou reconhecem a inexistência de *interpositio legislatoris* e esperam pelo legislador, mesmo que isto implique no sacrifício dos direitos fundamentais-constitucionais, em nome de *uma concepção de democracia*¹⁶³; b) ou consideram que a omissão legislativa não justifica a judicial, e, portanto, assumem posturas ativas, aplicando diretamente a Constituição, declarando a inconstitucionalidade de leis, ou instituindo princípios como o da fidelidade partidária a partir do princípio da moralidade, previsto expressamente no texto constitucional.

¹⁶¹ MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia deliberativa. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos; Editora Renovar: 2006, p. 195-199.

¹⁶² A respeito da crise do princípio da legalidade, cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 80.

¹⁶³ Como se observará, taxar o *judicial review* de antidemocrático pressupõe uma prévia compreensão (discutível) do que é democracia. É possível advogar a existência de uma representação argumentativa e democrática realizada pelos tribunais. A respeito, cf. ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. *op. cit.*

Não se pode perder de vista o sentido histórico dos direitos do homem e seu valor inestimável quando se fala de jurisdição e de legislação¹⁶⁴. Ambas são devedoras desta noção, ou seja, só tem sentido a partir daí. Se a legislação surgiu como proteção contra o arbítrio, a jurisdição, nesta quadra da história, passa a assumir um papel cada vez mais proeminente, ainda mais a partir da Constituição de 1988¹⁶⁵. Walter Claudius Rothenburg¹⁶⁶ chega a sustentar que a sanção pela omissão inconstitucional seja a perda da competência e a troca do sujeito, dizendo que os fins constitucionais são mais importantes que os meios (qual é o poder competente). Uma das críticas que tem sido feitas ao papel proeminente da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, exposta na judicialização da política, e em algo que tem feito parte do contexto da judicialização – o ativismo judicial – é de que o ativismo judicial viola a separação de poderes, na medida em que os juízes avançam sobre competências de outros poderes. A respeito dos *novos limites funcionais* do Poder Judiciário na hodiernidade, alegam José Luis Bolzan de Moraes e Walber de Moura Agra¹⁶⁷:

Diante do quadro de baixa ou não efetivação desses *novos* direitos, hoje ainda mais aprofundado, uma vez que o rol teve o acréscimo de novas dimensões, todas elas cada vez mais distantes do sujeito individual, foi-se, paulatinamente, em decorrência principalmente da construção de uma nova teoria jurídica destinada a fornecer os instrumentos teóricos capazes de permitir a concretização dos direitos não-individuais, exigindo uma reconfiguração da própria função clássica dos diversos poderes públicos, e, especialmente, dos atributos da função judicial constitucional, que em muito ultrapassa os limites funcionais judiciais liberais.

Questiona Gilberto Bercovici¹⁶⁸ a legitimidade do Judiciário e os riscos do arbítrio judicial:

¹⁶⁴ A respeito da história dos direitos humanos, cf. HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

¹⁶⁵ A respeito do Liberalismo, cf. SCHILLING, Voltaire. **As grandes correntes do pensamento**. 2 ed. Porto Alegre: AGE, 1999. A respeito do Estado Democrático de Direito, cf. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

¹⁶⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 102.

¹⁶⁷ BOLZAN DE, José Luis; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *In: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 234, 2004.

¹⁶⁸ BERCOVICCI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. *In: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 113, 2004.

A questão fundamental – e não respondida pelos adeptos do “positivismo jurisprudencial” – é a da substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juízes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?

Pode-se sustentar que os limites da jurisdição constitucional são, atualmente, muito mais vastos do que no modelo clássico jurisdicional francês da Escola da Exegese, porém, subjacente à discussão sobre a separação de poderes está o problema democrático.

Ronald Dworkin¹⁶⁹ tem uma concepção muito reflexiva de democracia. Ele trabalha com grande acuidade o problema da legitimidade da jurisdição constitucional. O cerne da polêmica, em Dworkin, consiste na atitude do candidato à Presidência dos Estados Unidos, Richard Nixon, de nomear à Suprema Corte somente juristas adeptos do “construcionismo estrito”, ou seja, *strict constructism*, segundo o qual, na interpretação da lei, o jurista deve se ater à sua letra, impedindo-se de ampliar o seu significado, mesmo pela analogia, e não podendo analisar suas implicações, equidade e objetivos sociais. Considerar os fins subjacentes da lei distorceria ou dobraria o Direito.

Dada a extensão da argumentação dworkiana, podemos sintetizar seu pensamento da seguinte maneira: o argumento que considera os Tribunais como não democraticamente legítimos para decidir certas questões pressupõe que somente órgãos políticos como o Legislativo são politicamente responsabilizáveis, o que não é verdade. As decisões sobre os direitos da maioria, não devem ser, exalta Dworkin, decididas por ela própria, pois isto é um pressuposto do constitucionalismo. É certo que o ativismo judicial envolve riscos de tirania, mas a maioria democrática congressista não pode julgar em causa própria¹⁷⁰. Não é salutar à democracia que a maioria julgue em causa própria, e o próprio constitucionalismo rejeita a absolutização do caráter majoritário das deliberações parlamentares. Ou seja, é um contra-senso considerar democrática a decisão das majorias parlamentares se elas não se sujeitarem ao *judicial review*.

Para ilustrar seu argumento, Dworkin utiliza um belo argumento (de índole psicológica e familiar), segundo o qual um pai (que representa a tradição), ao

¹⁶⁹ A respeito, cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 206.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 225.

ensinar a seus filhos um conceito de justiça e esperar que não tratem injustamente os outros, não poderia pensar todas as hipóteses de aplicação de suas máximas pelos seus filhos e deveria admitir que, se um filho o convencesse de que um ato que ele julgava justo era injusto, ele deveria incluí-lo nas suas instruções, pois a família deveria se guiar pelo conceito de justiça ou *fairness* e não por uma concepção particular de justiça¹⁷¹. Neste sentido, o que fica exposto é que a tradição acerca do que é justo pode ser aprimorada pelos discípulos e importa mais do que pensavam os seus pais em suas *concepções particulares* de justiça, pois importa o *conceito* de justiça.

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas no sentido que descrevi [...] Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso [...]

Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco. [...]¹⁷²

É sobretudo nas críticas ao princípio majoritário que transparece uma das grandes contribuições à democracia em Dworkin. Ele sustenta que a premissa majoritária, ao invés de ser endeusada, deve ser criticada, porque: a) mesmo aqueles que exaltam-na como norte da democracia dizem que em certas ocasiões a vontade da maioria não deve prevalecer, que não pode ser juíza de si mesma, que suas ações podem prejudicar direitos individuais. Acentuam que a atenuação do poder majoritário às vezes é necessária, mas é sempre lamentável e sempre injusta; b) a partir *concepção constitucional da democracia*, que é *qualitativa*, pois intimamente vinculada à igualdade, e não é *quantitativa*, a decisão do Tribunal é democrática se restaura a igualdade violada entre os cidadãos, ou seja, o objetivo da democracia não é a expressão da vontade majoritária, mas sim que as instituições dediquem o mesmo respeito e consideração a todos os indivíduos. Portanto, quando é necessário para restaurar a igualdade, a democracia deve valer-

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. *op. cit* p. 211.

¹⁷² *Ibidem*, p. 215.

se de procedimentos não-majoritários.¹⁷³ Portanto, não há motivo para um tribunal não rejeitar a premissa majoritária, na derrubada de uma lei inconstitucional segundo a concepção constitucional, porque qualquer objeção ao *judicial review* deve demonstrar que as leis em questão respeitam as condições democráticas para ter legitimidade.¹⁷⁴

A concepção de democracia em Dworkin é mais sofisticada, porque não é estatística¹⁷⁵. É incoerente sustentar a absolutização do princípio majoritário, confundindo-o com a democracia. Diz Dworkin: “A autodeterminação é a idéia política mais poderosa – e perigosa – da nossa época”¹⁷⁶. Como é observável, Dworkin defende uma democracia substancial e não formal¹⁷⁷. Da mesma forma, Renato Stanzola Vieira¹⁷⁸ sustenta que a regra da maioria não é a democracia, sob pena de confundi-la com o absolutismo da maioria¹⁷⁹.

Não se admite um Judiciário atido somente aos *checks and balances*, pois a jurisdição constitucional deve ser contramajoritária¹⁸⁰. Dando ênfase a esta discussão, diz Lenio Streck:

O problema é que o Judiciário sempre se encontra diante de um dilema: se assume postura intervencionista, imiscuindo-se até mesmo no controle de políticas públicas ou de instalação de CPIs, é acusado de ativista (quando não, de utilizar a jurisprudência dos valores); se assume uma postura *self restraining*, (veja-se o caso do mandado de injunção e a discussão sobre a cassação de liminares durante a “grande privatização” ocorrida no governo Fernando Henrique), é criticado pela sua timidez ou conservadorismo¹⁸¹.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 27.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 30.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 33.

¹⁷⁷ A respeito da diferenciação entre democracia formal e substancial, cf. MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *op. cit.*

¹⁷⁸ VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição Constitucional e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

¹⁷⁹ Uma das maneiras de definir democracia, segundo Sartori, é dizer o que ela não é, já que seus rumos são incertos e ela não é um conceito unívoco, mas antes um debate. A respeito, cf. SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 180.

¹⁸¹ Idem. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 145. Segundo o autor, a aferição da fronteira entre o que é ou não é ativismo judicial têm sido polêmica, porque ainda presa à tarefa exclusiva de um sujeito cognoscente (*op. cit.*, p. 151).

Segundo Cappelletti¹⁸², o problema não é se os juízes criam o Direito, pois este é apenas o ponto de partida. A questão não resolvida cinge-se aos modos, limites e legitimidade da criação jurisprudencial. É evidente que a legitimidade da jurisdição é tema complexo, de tal monta que Dworkin hipostasiou um modelo de juiz, chamado “Hércules”, de força e capacidade sobre-humana. Ele é um exemplo a ser seguido, pois busca compreender a tradição em que estamos inseridos¹⁸³.

Uma das principais críticas de Waldron a Dworkin consiste na “Doutrina da Sabedoria da Multidão”, retomada de uma passagem de Aristóteles, em que o estagirita reconhece que a mesma *pode ser verdadeira*. Segundo a DSM, o povo atuando conjuntamente é sempre melhor do que um único homem, por melhor que ele seja, pois a reunião das qualidades de diversos homens não é encontrável em um único homem, por mais excelência que ele possa ter¹⁸⁴.

Ou seja, Waldron enuncia uma tese de reforço ao princípio majoritário e critica que alguns juízes, por mais excelentes que eles possam ser, sejam melhores do que a multidão, e, nesta hipótese, o Parlamento. Ele ainda alega que Kant era um positivista, pois dizia que havia um dever absoluto de obediência à legislação¹⁸⁵, pois mesmo que se discorde do que foi deliberado, deve-se respeitar o fato de compartilharmos de uma idéia de justiça, por mais equívoca que seja¹⁸⁶. Outra crítica de Waldron que pode ser dirigida a Dworkin é que não há razão para negar que os Tribunais não sejam órgãos majoritários¹⁸⁷ e não possam errar. Mas é importante considerar que Dworkin nunca disse que o ativismo judicial não traz riscos e nem que os juízes não possam falhar, pois são homens e não semideuses

¹⁸² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 25.

¹⁸³ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jurgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 83.

¹⁸⁴ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, p. 113.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 73.

¹⁸⁶ Uma das razões de Waldron ter escrito *The Dignity of Legislation* foi sua insatisfação com a proeminência do Poder Judiciário e o descrédito do Poder Legislativo. Como positivista, Waldron critica os sistemas jurídicos que permitem que o Judiciário fiscalize a constitucionalidade de leis elaboradas pelos legisladores. Portanto, subjacente à sua discussão está a crítica ao *judicial review*. Waldron não vê o desacordo político como algo ruim, mas até mesmo como um avanço, porque denuncia os limites da política e já pressupõe o debate, ou seja, há um consenso de que não há acordo, o que já é um passo. Fundamentalmente, ele diz que não há porque considerar os juízes responsáveis perante a comunidade, pois o processo judicial não pode abarcar o pluralismo político na sua totalidade e não empresta valor ao desacordo razoável. Ele quer demonstrar que há argumentos de princípio que dão proeminência ao Legislativo sobre o Judiciário a partir da tradição filosófica. Cf. MELLO, Cláudio Ari. **Kant e a dignidade da legislação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p., 32 e seguintes.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 156.

como Hércules. Ele defendeu a jurisdição constitucional como um meio legitimamente democrático para controlar as decisões da maioria, mas nunca deixou de denunciar os problemas hermenêuticos existentes, especialmente a discricionariedade. Em suma, ele confia na jurisdição, trazendo argumentos de reforço a isto, mesmo que saiba dos inconvenientes hermenêuticos da possibilidade de decisionismo judicial.

1.3 O ativismo judicial e os limites democráticos da jurisdição constitucional

Luis Roberto Barroso¹⁸⁸ afirma que judicialização e ativismo são primos, ou seja, vêm da mesma família, mas não tem a mesma origem: A judicialização é um fato que decorre do modelo constitucional adotado no Brasil, ou seja, não é um exercício de vontade política por parte dos juízes. O próprio Werneck Vianna apontou que a judicialização não foi causada por atitudes ou protagonismos dos juízes, mas por iniciativa da própria sociedade civil e da comunidade de intérpretes que bateu as portas da Justiça¹⁸⁹. Nisto reside uma das diferenças gritantes entre a judicialização e o ativismo: na primeira os juízes decidem porque a Constituição exige, é o que lhes cabe; na segunda, os juízes se tornam protagonistas, pois o ativismo é uma atitude e não um fato, há escolha de um modo de interpretar a Constituição, alargando ou restringindo seu alcance.

Entretanto, para que haja ativismo judicial, é preciso que exista omissão ou retração do Poder Legislativo no desempenho de suas funções, diz Barroso. A expressão “ativismo judicial” pressupõe uma maior interferência do Judiciário na atuação dos outros poderes. Ocorrerá ativismo judicial, segundo Barroso¹⁹⁰: a) na aplicação direta da Constituição a situações não contempladas no seu texto e independentemente de *interpositio legislatoris*; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Legislativo, a partir de critérios menos rígidos que os de violação literal da Constituição; c) imposição de

¹⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática., *op. cit.*

¹⁸⁹ VIANNA, Luiz Werneck Vianna, *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 259.

¹⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 75.

condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Mas, afinal, o que é ativismo judicial? E o que o diferencia da judicialização da política? Segundo Lenio Streck:

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? **É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas).** No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos¹⁹¹. (destaquei).

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. O *judicial activism* foi primeiramente conservador (*Dred Scott v. Sanford*, 1857). Neste caso a atuação da Suprema Corte ofereceu amparo para a segregação racial. Na era *Lochner* (1905-1937) houve invalidação de leis sociais em geral, causando um confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação judicial contrária à intervenção estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A partir de 1950, a situação se inverteu. A Corte Warren (1953-1969) e a Corte Burger (até 1973) foi progressista em matéria de direitos fundamentais, especialmente envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados criminalmente (*Miranda v. Arizona*, 1966), mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965), interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973)¹⁹².

O oposto do ativismo judicial é a autocontenção judicial, em que os juízes reduzem sua interferência na esfera de outros poderes: a) evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam não expressas no seu texto, aguardando pronunciamento do legislador; b) utilizam critérios rígidos para declaração de inconstitucionalidades de leis e atos normativos; c) abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas. Até antes da Constituição de 1988, essa era a atuação da Justiça no Brasil, salientando-se que o ativismo busca extrair as

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. In: **OAB in foco**. Agosto/Set. de 2009, ano IV, n. 20, Uberlândia, MG. p. 15.

¹⁹² BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 77.

máximas potencialidades do texto constitucional, enquanto a autocontenção limita o âmbito de atuação dos juízes em favor das instâncias políticas¹⁹³.

A auto-restrição judicial ou moderação judicial¹⁹⁴ implica uma postura mais tímida do Judiciário, que passa a aceitar o resultado da disputa política legislativa, avaliando o procedimento formal, atacando somente decisões ofensivas à moralidade política ou a um precedente inequívoco, e ainda assim com muita parcimônia. No ativismo judicial, se trabalha com cláusulas vagas e gerais.

Gisele Cittadino¹⁹⁵ expõe duas posições no pensamento jurídico norte-americano: os interpretativistas e os não-interpretativistas. O interpretativismo sustenta, baseado em Joseph Story (*Commentaries on the Constitution of the United States*, 1873), e posteriormente em Robert Bork e W. Rehnquist, que a Constituição deve ser interpretada literalmente, que seu texto deve ser tomado na sua acepção natural e óbvia, evitando-se o alargamento ou restrição do seu alcance. Fundada em uma matriz liberal, defende uma interpretação jurídica presa ao princípio da legalidade. O não-interpretativismo aceita lidar com princípios, não leva em consideração somente o texto, mas invoca o processo histórico, os precedentes, o *ethos* social (Bruce Ackerman e Dworkin). Neste sentido, o *non interpretativism* (re)interpreta o princípio da legalidade, na medida em que não importa tanto o sentido literal do texto, mas seu *sentido na comunidade histórico-concreta, constituída a partir de princípios de moralidade política*. O não-interpretativismo pode dar azo ao ativismo judicial na medida em que permite com que os juízes julguem a partir de cláusulas gerais e conceitos indeterminados (embora suas decisões possam ser conservadoras e não necessariamente progressistas).

José Guilherme Giacomuzzi¹⁹⁶ alerta para o fato de que não há sentido em defender um ativismo judicial ou uma auto-restrição judicial de forma descontextualizada, porque tais termos só tem sentido historicamente. Nos USA, quando um tribunal decide contra uma lei progressista, advoga-se o *self-restraint*; se o Tribunal não anula uma lei progressista, então os conservadores defendem o *judicial activism*. Portanto, ambos os termos perdem sentido, porque são usados

¹⁹³ BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 76.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Ativismo judicial, autorestrição judicial e o “minimalismo” de Cass Sustein**. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/27004.pdf>>. Acesso em: 22 Dez. 2009.

¹⁹⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 25-27.

¹⁹⁶ GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia e pureza no direito dos USA”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 239. p. 359-388, Jan./Mar. 2005.

pelos oportunistas para disfarçarem sua ideologia. Os mesmos que defendem em certos casos o *judicial activism* em outros poderão, a partir do que lhes for conveniente, advogar a *judicial restraint*.

Lenio Luiz Streck critica o ativismo judicial, que segundo ele não é bom para a democracia. Substancialmente, defende o autor que o ativismo judicial tem significado, na prática, que os juízes decidem como querem, ou seja, quando não concordam com uma lei, constroem um princípio (pan-principiologismo):

[...] Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa? Há até um princípio denominado de moderação, utilizado para reduzir honorários.

[...] A era dos princípios não veio para transformar o Direito em um império de decisões baseadas na consciência individual de cada julgador. Princípios têm a função de resgatar o mundo prático no Direito. **Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia.** Se cada um decide como quer, os tribunais — mormente o STJ e o STF — acabam entulhados de processos. No fundo, a repercussão geral e as súmulas são uma resposta darwiniana a uma espécie de estado de natureza hermenêutico que criamos. Veja só: se fundamentarmos cada decisão até o limite, teremos uma maior *accountability* [*prestação de contas em cada decisão*]. Mais: se anulássemos decisões mal fundamentadas, não teríamos essa proliferação de embargos declaratórios. Sugiro, portanto, que cumpramos o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal [*estabelece que os julgamentos têm que ser públicos e as decisões, fundamentadas*] que, antes de ser um direito, é um dever fundamental do juiz.¹⁹⁷

Como é possível observar, o autor equipara o ativismo judicial a decisionismos ou discricionariedades dos juízes, que decidem muitas vezes à revelia do pacto constituinte e do texto constitucional¹⁹⁸. É flagrante que a crítica é relevante, na medida em que há um “risco hermenêutico” no ativismo judicial,

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=1>. Acesso em: 22 dez. 2009.

¹⁹⁸ É preciso explicar que o autor critica o “ativismo judicial” entendido como sinônimo de “decisionismo judicial”, mas não as decisões concessivas de direitos ou posturas ativas do Judiciário visando a concretização da Constituição. Isso fica mais claro quando se observa que Lenio Streck se afilia ao substancialismo. A respeito, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 138.

consistente na possibilidade do Judiciário substituir de forma não democrática os juízos do legislador ou dos membros do Executivo pelos seus. É preciso convir que as críticas ao ativismo judicial dos juízes em certas circunstâncias ou de uma certa Corte escondem certas preferências político-ideológicas (embate entre conservadores e progressistas) ou recaem no âmbito hermenêutico, taxando de ilegítimas certas decisões judiciais que extrapolam os limites democráticos. Como é preciso considerar, é tarefa árdua, complexa e discutível delimitar até que ponto a jurisdição constitucional atua democraticamente, porquanto envolve um conjunto de tradições e concepções de democracia, ou seja, isto remonta ao que é democracia (pergunta sempre debatida) e à função democrática dos tribunais.

Gisele Cittadino¹⁹⁹ sustenta que o ativismo judicial faz parte do processo de judicialização da política e questiona até que ponto os juízes tem legitimidade para desafiar a deliberação pública de uma comunidade autônoma. Segundo a autora “Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuar como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” [...]”²⁰⁰.

Neste ponto há que se questionar: em que medida o ativismo judicial promove ou afronta a democracia? Qual é o risco de se fundar um aristocrático governo de juízes, uma juristocracia, exercida sob o falacioso manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação normativa?²⁰¹

Evidentemente, ao defender a necessidade de posturas ativas do Poder Judiciário na concretização da Constituição, não se está defendendo o governo dos juízes. É claro que o Judiciário não pode resolver a tudo, mas restou sobremaneira fortalecido com o novo constitucionalismo brasileiro de 1988.

Assim, ao argumento de que a concretização de direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia (sic), cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como “jurisprudência dos valores”, “ativismo judicial”, etc.²⁰²

¹⁹⁹ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. In: **Alceu**, v. 5, jul./dez. 2004, p. 105-113.

²⁰⁰ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *op. cit.*

²⁰¹ CARVALHO, Carlos Araújo de. **Ativismo judicial em crise**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1278>>. Acesso em: 23 dez. 2009.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 138.

Conforme leciona Luis Roberto Barroso²⁰³, são três as grandes críticas que podem ser feitas ao ativismo judicial: a) ele configura riscos para a legitimidade democrática; b) ocasiona a politização indevida da Justiça; c) desafia os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário. Embora os juízes não sejam eleitos, há duas justificativas para o contramajoritarismo exercido pelos juízes: um fundamento normativo, que consiste na própria Constituição atribuir poder ao Judiciário o dever de controlar as deliberações políticas dos outros poderes, e um fundamento filosófico, que sustenta que a jurisdição constitucional é antes uma garantia que um risco. Sua legitimidade, porém, só pode advir da fundamentação racional de suas decisões.

De qualquer forma, não haveria sustentação para se negar que a deliberação democrática dos parlamentares e dos membros do Executivo também acarreta riscos, na medida em que os mandantes eleitos do povo podem violar a vontade soberana do poder constituinte. O que é recriminável no ativismo judicial ocorre quando juízes²⁰⁴ impõem suas próprias escolhas, preferências e sua vontade à revelia do pacto constituinte e dos princípios constitutivos de uma sociedade, ou seja, atuam como se fossem mônadas isoladas, que julgam a partir de um estandarte impenetrável, alheio à sociedade, e pudessem justificar a autoridade de suas decisões a partir de si mesmos. Não se pode esquecer que, nos termos do art. 1, parágrafo único da Constituição, todo poder emana do povo.

Os riscos da politização da justiça remontam a Carl Schmitt²⁰⁵, que alertava para os riscos de uma aristocracia de toga, e dizia que a justiça perderia assim sua independência e imparcialidade. Entretanto, parecem utópicas as pretensões de desvincular o Poder Judiciário da Política, na medida em que ele trabalha com produtos da política (as leis), ou seja, com suas deliberações. Como julgá-lo capaz de manter-se impermeável aos seus influxos? Desde cedo, a teoria crítica do

²⁰³ BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 78.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ Diz Schmitt: “Hoje, tais planos de uma “jurisdicização” da política são avaliados, provavelmente, com mais consciência e se reconhecem melhor as fronteiras da estrutura judicial que têm que ser protegidas justamente no interesse da justiça independente e do Estado de Direito contra a politização partidária”. A respeito, cf. SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 83.

Direito²⁰⁶ tem denunciado que Direito é Política. Em que pese o exagero da equiparação radical entre Direito e Política, não se pode deixar de entrever verdades na teoria crítica, especialmente quando manifesta a existência de ideologias e superestruturas de poder no Direito. Dizer que é impossível elidir da jurisdição a Política não significa afirmar que as decisões devem ser políticas. Implica em afirmar que a decisão judicial não pode ser discricionária, que o juiz é um ser humano, com sua subjetividade e seu inconsciente, e que não pode ficar alheio à realidade política e aos efeitos políticos de sua decisão. Mas se tomarmos a expressão “Política” como sinônimo de arbitrariedade, de parcialidade, de simples jogo de força, certamente a decisão judicial não pode ser política, porque isto implicaria a perda da sua legitimidade. O contramajoritarismo, quando defensor dos direitos fundamentais, ao invés de ir contra a maré democrática, ruma em seu favor, preservando a Constituição²⁰⁷.

Quanto aos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário, é preciso considerar dois problemas: a) em matérias de grande complexidade, que demandem grande conhecimento técnico de aspectos científicos, o juiz pode não ser o mais qualificado, por falta de informação e conhecimento específico; b) em matéria de efeitos sistêmicos imprevisíveis, uma decisão judicial pode ter impactos inesperados, demonstrando a incapacidade do juiz de visualizar os possíveis danos que poderá advir de sua decisão. Tem sido criticada a excessiva intervenção do Judiciário nas políticas de saúde. Muitos sustentam que sua postura ativista tem ocasionado um “rombo” no orçamento público e comprometido às atividades dos outros poderes²⁰⁸. Uma das razões apresentadas para negar à jurisdição constitucional o trato de questões políticas, em Carl Schmitt, é exatamente a incapacidade institucional da Justiça em abarcar questões que extrapolam seu âmbito de apreciação.²⁰⁹

No presente trabalho, serão brevemente avaliados alguns julgamentos do STF e do TSE em que se discute a existência de ativismo judicial. Primeiramente,

²⁰⁶ À respeito da teoria crítica do Direito, cf. o excelente trabalho de Leonel Severo Rocha, **Epistemologia jurídica e democracia**. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 57.

²⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 81.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 82.

²⁰⁹ Afirma Schmitt: “Pela natureza da matéria, o funcionalismo público de carreira está restrito à justiça e à administração. Por conseguinte, ele obtém da legislação ou do governo suas normalizações ou diretivas decisivas. **Ele é incapaz de tomar, por si, a decisão política e determinar, sob normas e critérios de sua tecnicidade, as diretrizes da política. Ele pode obstar, deter e, nesses moldes, acionar seu efeito neutralizador, mas não decidir e governar no sentido verdadeiro da palavra**”. (destacado). A respeito, cf. SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. *op. cit.*, p. 83.

entretanto, é preciso dizer o que se entende por “ativismo judicial”. O estado de degradação semântica a que foi exposto o vocábulo no Brasil tem como causas o caráter descontextualizado em que muitas vezes é pensado e a ausência de um estudo mais acurado da tradição norte-americana, de onde se originou a expressão. No Brasil o termo é utilizado, por vezes, como artifício retórico contra certas decisões do Poder Judiciário. Aliás, a mesma anemia significativa sofreu, talvez até mais intensamente, a palavra “ideologia”²¹⁰.

Em socorro à exposição, são bastante elucidativas as palavras de William Van Alstyne, na celebrada obra *Judicial Power and the Constitution*²¹¹. Diz o autor que *judicial activism* e *judicial restraint* são indicativos de como diferentes Cortes e juízes conduzem a si mesmos em suas decisões, ou seja, remetem a dois extremos opostos. Por um lado, o modelo extremado do ativismo judicial de uma corte tão intrusiva e onipresente que praticamente domina a instituição do governo; como antítese deste modelo, uma Corte que não decide nada, encontra razões para a sua “ausência” de jurisdição e permite a deferência à superioridade de outros departamentos e agências na construção do Direito, elenca razões pelos quais a constitucionalidade das leis não pode ser examinada, deixando de impor limites constitucionais.

²¹⁰ A palavra “ideologia” foi utilizada primeiramente por Condillac e Destutt de Tracy e significava o estudo das idéias (em um sentido empirista). O primeiro a dar uma conotação negativa ou pejorativa à palavra foi Napoleão, ao taxar seus opositores de ideólogos (isto implicava uma valoração negativa de suas teses e uma não concordância com a realidade). Diz Geiger que a ideologia não é uma mera falsidade. Por exemplo, o geocentrismo era um engano, mas não era ideológico. Somente após a Revolução Copernicana se pode taxá-lo de ideológico. Há um vínculo entre ideologia e Iluminismo, pois ele pressupõe um conceito de verdade e realidade. É, porém, no *Novum Organum* de Francis Bacon que aparece uma teoria do pensamento parcial. Segundo Bacon, há quatro ídolos que atordoam a razão humana e distorcem o entendimento. Os ídolos da tribo ou *idola tribus* deriva da natureza comum do gênero humano. Os sentidos e o entendimento são falíveis. Os ídolos da caverna ou *idola specus* decorre da idiossincrasia, ou seja, cada um tem suas limitações e peculiaridades da personalidade (há aqui um reflexo da alegoria da caverna de Platão). Os ídolos da praça pública ou *idola fori* deriva dos equívocos oriundos da comunicação entre os homens (inclusive da vagueza e ambigüidade das palavras). Os ídolos do espetáculo ou *idola theatri* são representações derivadas da tradição, autoridade e erros do passado. A crítica que o panideologismo faz é que tudo é ideológico, ou seja, é impossível eliminar a ideologia. O conceito de realidade iluminista é referencial. Terry Eagleton assinala 16 sentidos à palavra. Raymond Boudon diz que há dois grupos: aqueles que se referem à ideologia com referência à verdade e à falsidade os que não o fazem. Marx (distúrbio provocado pelos interesses de classe) e Aron/Shils (adesão a idéias falsas por fanatismo) são da primeira corrente. Durkeim, Weber falam da ideologia de forma neutra. Cf. GEIGER, Theodor. **Ideologia e Verdade**. Buenos Aires: Amorrortu editores, [s.d]; BOUDON, Raymond. **A ideologia**. São Paulo: Ática, 1989; EAGLETON, Terry. **Ideologia**. São Paulo: Unesp: Boitempo, 1997.

²¹¹ ALSTYNE, William Van. *Judicial Activism and Judicial Restraint*. In: LEVY, Leonard W; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis (Org.) **Judicial Power and the Constitution**. New York: Macmillan Publishing Company, 1990, p. 58-72.

Os usos dos termos “ativismo judicial” e “auto-contenção judicial” não são uniformes nos Estados Unidos. Às vezes são utilizados como mera descrição para identificar como certas cortes ou juízes são mais ativistas ou mais contidos que outros, ou mais do que parecem ser. Neste sentido, o uso não representa nem uma censura nem um aplauso. É especialmente face à Suprema Corte norte-americana que os termos são manipulados polemicamente, ou seja, como uma visão do que é “correto” ou “errado” em termos decisórios (aproximando-se do conceito de ideologia). A partir da postura procedimentalista ou substancialista da Corte, ou de quanto ativista ou contida deveria ser na utilização do *judicial review*, críticos taxam-na de ativista ou acusam-na de *self-restraint*. O ativismo procedimental (*procedural activism*) depende do rigor ou da falta de rigor com o qual a Corte interpreta as limitações constitucionais, ou do fato dela adjudicar ou não o mérito de um problema constitucional a outras instâncias. O ativismo substancial (*substancial activism*) pode ser analisado em três partes, cada uma refletindo a extensão pelo qual a Corte interpreta a Constituição, mesmo agressivamente, para invalidar ações tomadas por outros departamentos do governo. Em primeiro lugar, cumpre aferir as interpretações substantivas que a Corte faz dos poderes enumerados de outros departamentos do governo. Em segundo lugar, qual é o seu entendimento quanto à variedade de poderes não explicitamente mencionados e proibidos a eles na Constituição. Em terceiro lugar, importa a interpretação da Corte das cláusulas constitucionais que impõe restrições positivas ao governo²¹².

Uma forte influência para a auto-contenção judicial foi a de James Bradley Thayer, em 1893, ao sustentar que o Executivo e o departamento legislativo do governo nacional são constitucionalmente iguais ao Judiciário, e mais representativos do povo do que os membros da Suprema Corte. A Corte somente teria legitimidade para questionar atos do governo manifestamente equivocados e não em caso de inconstitucionalidade conformada por particulares interpretações que os juízes tiveram independentemente do posicionamento do governo. Ao propor uma *extreme judicial deference* quanto aos poderes governamentais, Thayer não tinha em mente um Judiciário como guardião da Constituição, mas como uma instituição que validasse as exigências da autoridade nacional.

²¹² ALSTYNE, William Van. *op. cit.*, p. 64.

É preciso realçar o significado do termo “ativismo judicial” no presente trabalho. Primeiramente, cumpre trazer à tona a lição de Habermas, quando sustenta que não há como sustentar que o ativismo judicial é algo bom ou ruim *a priori*, ou seja, independentemente do contexto em que é analisado e das posições dos juízes. Daí porque o ativismo judicial poderá se manifestar ou se desvelar (*alethéia*) como criticável em certos contextos e em outros não. Dizer que o ativismo judicial é algo ruim em si mesmo não é compatível com a tradição norte-americana.

O ativismo judicial também não deve ser utilizado como “palanque retórico do crítico”, ou seja, não basta taxar uma Corte de ativista para que ela efetivamente o seja. Para tanto, é necessário que efetivamente, como bem demonstrou Alstyne²¹³, existam posições jurisprudenciais que afirmem a possibilidade da própria Corte decidir certas questões cruciais ao invés de adjudicá-las a outras instâncias, assumindo sua própria legitimidade política, interprete com rigor certas limitações constitucionais face ao governo, invalidando seus atos, restringindo seus poderes, diante de omissões inconstitucionais assumam uma postura ativa, resolvendo por si mesma a questão, ao invés de realizar uma deferência para com o governo ou imponha condutas.

O ativismo poderá ser conservador ou progressista, dependendo dos posicionamentos dos juízes. Mas a crítica ao ativismo judicial deverá ser sempre casuística ou contextualizada. Daí porque muitos elogiam o ativismo progressista da Corte Warren e criticam o ativismo conservador da Corte Lochner. Mas o pano de fundo das críticas ao ativismo judicial repousa na própria capacidade representativa do Poder Judiciário. Na medida em que os juízes começam a decidir certa matéria que sempre foi pacificamente delegada ao parlamento, os críticos alegam violação da separação de poderes, mas resta questionar se na prática existe esta separação radical de poderes e se não deveria haver um trabalho conjunto dos poderes em nome do Estado.

A tese da auto-contenção judicial também é problemática, porque em muitos casos nela repousa um Judiciário subserviente aos demais poderes (como na França). O ativismo aqui trabalhado é intimamente correlato à judicialização da política, isto é, na medida em que cada vez mais questões políticas chegam ao

²¹³ ALSTYNE, William Van. *op. cit.*

Poder Judiciário, fica cada vez mais fragilizada a separação entre governo (Executivo e Legislativo) e Judiciário, porque este deve controlar os atos do governo.

Ao trabalhar com questões políticas e avocar sua própria legitimidade para decidi-las, o Judiciário por vezes assume posturas interventivas e ativas face aos demais poderes, mas ao invés de criticar a “invasão” dos juízes na esfera de outros poderes, restaria questionar se em *terrae brasilis*, em que a Constituição sofre com omissões legislativas inconstitucionais, resta legítimo aos juízes “lavar as mãos” diante da inércia do legislador, quando o que mais importa é a concretização dos direitos fundamentais e sociais²¹⁴. Que concepção é esta de democracia, que considera o juiz “um menor incapaz”, que não pode atuar na solução de certos problemas macro sistêmicos (ignorando que há uma representatividade argumentativa por parte dos tribunais)? Se o Judiciário também representa o povo, na visão de Alexy²¹⁵, então quando o legislador “não faz o dever de casa”, o Judiciário pode fazê-lo em algumas hipóteses, pois o Estado deve fazê-lo! A concretização de direitos fundamentais é legítima, pois realiza uma verdadeira representação argumentativa; o problema é quando o ativismo judicial é fruto da politização (no sentido negativo) da Justiça, isto é, quando o Judiciário no afã de controlar os demais poderes inviabiliza atuações constitucionais legítimas ou descamba para arbitrariedades interpretativas.

Neste sentido, uma das possíveis definições de ativismo judicial, na esteira de Alstyne²¹⁶, é visualizá-lo como um conjunto de decisões jurisprudenciais que entendam que o Judiciário tem legitimidade para decidir certas questões políticas cruciais ao invés de adjudicá-las às instâncias tradicionais parlamentares ou executivas ou ao autocontrole das mesmas (Habermas). Em suma, o que é comum ao ativismo judicial é o questionamento da legitimidade política de certas posições dos juízes²¹⁷.

²¹⁴ À respeito da concretização de tais direitos, cf. SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 e também idem, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

²¹⁵ ALEXY, Robert, *op. cit.*

²¹⁶ ALSTYNE, William Van. *op. cit.*

²¹⁷ Em artigo de Rodrigo de Souza Tavares, José Ribas Vieira e Vanice Regina Lírio do Vale, fica bastante claro que é inviável fornecer uma definição única de “ativismo judicial” que englobe todas as suas possibilidades. Ao definir “ativismo judicial”, o que geralmente se faz é adotar certa perspectiva. É possível, entretanto, entrever uma série de “indicadores” de ativismo judicial, como o contramajoritarismo, o não-originalismo, a ausência de deferência judicial perante os precedentes judiciais, o ativismo jurisdicional, a criatividade judicial, o ativismo remedial e o ativismo partidário. O ativismo jurisdicional é a recusa dos Tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais

Cumpra avaliar as Resoluções n. 22.610/07 e 22.733/08 do TSE²¹⁸, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária, juntamente com a ADIn 3.999 do STF²¹⁹. Além disto, o mandado de injunção 670 de 2008²²⁰. O TSE instituiu a perda do cargo por infidelidade partidária, regra que não consta no texto constitucional. Na ADIN 3.999, alega-se que o TSE usurpou competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral. Sustentou o STF que, enquanto o Legislativo não suprir tal lacuna, a manifestação do TSE é legítima, pois visa resguardar a fidelidade partidária de forma provisória. O STF, na Adin 3.999, julgou constitucional a Resolução²²¹. No mandado de injunção n. 670, o STF decidiu – modificando seu posicionamento anterior – aplicar às regras da greve ao servidor público analogicamente. Considerou a Corte – evoluindo sensivelmente a sua jurisprudência – que o Congresso tinha 60 dias para elaborar diploma legislativo e que se aplicariam supletivamente as Leis n. 7.701/1988 e 7.783/1989.

Há debates sobre se o TSE teria legitimidade democrática para instituir uma regra eleitoral nacional (relativa à perda do cargo por infidelidade partidária) mesmo com ausência expressa de texto constitucional neste sentido, considerando a omissão legislativa do Congresso Nacional e se o STF não estaria violando a

estabelecidos para o exercício de seus poderes. Cf. TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

²¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610/07. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2009; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.733/08. Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>> Acesso em: 07 maio 2010.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999. Partido Social Cristão e Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 12 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009.

²²¹ Foram votos vencidos os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau, que sustentaram que o Tribunal Superior Eleitoral legislou ao propugnar pela fidelidade partidária em sede da Resolução. Cingiram-se a uma série de problemas formais de competência e alegaram que o TSE não pode criar regras gerais e abstratas à revelia da lei. O Min. Marco Aurélio rejeitou preliminarmente a ação, e no mérito sustentou que o TSE na prática julgou um mandado de injunção que seria de competência do STF. O voto do Min. Joaquim Barbosa, entretanto, foi prevaletente, no sentido subscrito pelo Min. Celso de Mello, de que em que pese o risco da PARTIDOCRACIA, e mesmo que seja função precípua do Legislativo a edição de lei, no caso de omissão legal, é necessário admitir a constitucionalidade das Resoluções do TSE porque não há sentido o STF ter admitido em julgamentos anteriores a existência da fidelidade partidária e não existirem instrumentos para assegurá-la. A Corte considerou constitucionais as Resoluções do TSE enquanto o Congresso Nacional não se pronunciar.

separação de poderes ao suprir a omissão legislativa no mandado de injunção 670, determinando que fossem aplicadas analogicamente às leis da greve ao servidor público. O ativismo judicial do TSE foi duramente criticado por muitos, pois se alegou que o Tribunal estaria legislando²²². Quanto à decisão do STF no mandado de injunção 670, o ativismo judicial da Corte foi elogiado como um resgate do próprio instituto, que havia perdido sua credibilidade pela postura passiva que os Ministros haviam adotados em julgados anteriores. O STF simplesmente notificava o Congresso Nacional de sua mora legislativa. Com esta celebrada decisão, efetivamente o instituto passou a ser uma garantia constitucional.

Em muitos casos o ativismo judicial concretizador de direitos é a única salvaguarda do cidadão. Se o STF não tivesse modificado o seu posicionamento, até hoje a garantia do mandado de injunção seria letra morta, porque o Congresso Nacional não cumpre as notificações do Supremo Tribunal Federal. A decisão do TSE que determinou a existência da fidelidade partidária, em que pese todas as críticas que sofreu, estava baseada no princípio da moralidade, segundo o qual o cargo não é patrimônio do titular do mandato, pois ele foi eleito em certo partido e não pode mudar irresponsavelmente de sigla, como se não tivesse de prestar contas ao cidadão (*accountability*). Portanto, diante da omissão legislativa em disciplinar tal instituto, o TSE assumiu uma postura interpretativa ativa, determinando o cumprimento direto do mandamento do princípio da moralidade, este sim expresso na Constituição, independentemente de *interpositio legislatoris*. No âmbito do mandado de injunção, não se pode conceber o STF como um mero “notificador” de omissões do Congresso Nacional (como se este não soubesse que está em mora!).

A crise política de representatividade é tamanha que a jurisdição constitucional se tornou em muitos casos a última porta. Se os juízes não são ativos, terminam muitas vezes por assumir posturas não-concretistas²²³ incompatíveis com a Constituição. É claro que a hermenêutica denuncia os riscos do ativismo judicial. Tais riscos se tornam exponenciais quando o juiz distancia-se da tradição e da história constitucional e decide como bem entende. Mas tais riscos não invalidam o

²²² A respeito, cf. LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. O Supremo constituinte. Uma visão crítica do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2319, 6 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13805>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

²²³ A respeito das posições concretistas e não-concretistas, cf. a classificação de Alexandre de Moraes face às posturas interpretativas do STF no mandado de injunção. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 174.

fato de que o ativismo judicial que concretiza direitos, com todos os seus problemas, por vezes é uma necessidade. Não se pode esperar dos juízes uma postura não-concretista, tornando-os reféns de interposições legislativas. Afinal de contas, ao cidadão importa tão somente a concretização de suas expectativas²²⁴ e não os problemas de que quem afinal tem legitimidade democrática para concretizá-las.

1.4 Elementos para uma teoria da decisão judicial no Estado Democrático de Direito: a discricionariedade judicial como *locus* da crise hermenêutica do Direito a partir da Crítica Hermenêutica do Direito²²⁵

A Crítica Hermenêutica do Direito representa uma fusão da hermenêutica filosófica de Gadamer e da fenomenologia hermenêutica de Heidegger com a teoria

²²⁴ O risco das discussões jurídicas é se tornarem alienadas da realidade social subjacente. Ou seja, enquanto os juristas debatem acerca dos benefícios do ativismo judicial e das críticas que ele merece, o cidadão, que nada tem a ver com os problemas da competência, corre o risco de ver os Poderes “lavarem as mãos”. Ou seja, o legislador não legisla, e o juiz não resolve, ou seja, ele devolve o problema ao legislador, que continua sem agir. Neste cenário, o ativismo judicial é freqüentemente a única saída para a concretização da Constituição. Os adeptos do movimento não-interpretativista têm razão em ver a Constituição como muito mais que um texto, mas como um conjunto de princípios vinculativos que devem ser considerados na exegese. A respeito, cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. *op. cit.*, p. 25-27. Imagine-se o seguinte diálogo fictício entre advogado e cliente travado nos primórdios do mandado de injunção: “Cliente: Dr., tivemos “ganho de causa”? Advogado: “Não, o STF decidiu não decidir, ele notificou o Congresso de sua omissão legislativa. Ele tornou imprestável o instituto do mandado de injunção. Cliente: Mas Dr., eu não tenho direito? Advogado: Sim, o sr. tem direito, a Constituição assegura isso, mas na prática o sr. não tem, porque Legislativo e Judiciário “lavaram as mãos”, um empurra para o outro a solução do problema. Cliente: Mas que tenho eu a ver com isso?. Advogado: Infelizmente, o STF disse que não pode resolver o seu problema, que o Legislativo é que deve fazê-lo. Cliente: Por que não o fazem? Advogado: Porque o Legislativo deixou de legislar, está com a pauta repleta de medidas provisórias, que trancam o processo legislativo e há uma flagrante crise de representatividade no Congresso Nacional. Cliente: O que fazer então? Advogado: O Legislativo não legislará tão cedo. Esperemos que o Judiciário mude seu posicionamento, senão... Cliente: Senão o que Dr?... Advogado: Se ele não mudar seu posicionamento, então nossas instituições começaram a ficar fracassadas, porque não cumprem seus desígnios constitucionais”. É interessante a consideração de OHLWEILER, Leonel Pires. **Direito Administrativo em perspectiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, ao afirmar que um dos problemas da jurisdição consiste nos juízes decidirem *juridicamente* certo problema, mas não resolverem o cerne do *problema social subjacente*, ou seja, se o Direito é uma ciência social, não se pode aliená-lo da sociedade. Se a jurisdição não concretizar direitos – se ela somente notificar o Legislativo de suas omissões – então ela estará fracassando, porque o problema social subjacente permanecerá.

²²⁵ Dada a amplitude do tema, serão abordados alguns tópicos importantes, sem pretensão de esgotá-los, a ser complementados na Parte II do trabalho.

integrativa ou da *Law as integrity* de Dworkin²²⁶. Como bem salienta Lenio Streck²²⁷, é possível aproximar Gadamer de Dworkin em vários aspectos, apesar da discordância de Castanheira Neves neste sentido²²⁸. O *locus* onde Lenio Streck sistematiza a Nova Crítica do Direito (leia-se Crítica Hermenêutica do Direito) é o Capítulo V de *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*.

Sustenta a Nova Crítica do Direito o papel central da linguagem. A linguagem deixa de ser secundária, terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto²²⁹, para ser condição de possibilidade. Isto representa uma ruptura paradigmática. Em Descartes o sujeito pensante assujeitava o objeto. Em Kant, a linguagem ainda tem um papel secundário²³⁰. Mas a Nova Crítica do Direito rompe com o dualismo sujeito-objeto, ao demonstrar que a linguagem é condição de ser-no-mundo²³¹. Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser²³². Ao sustentar a existência de um nível racionalidade I²³³, que antecede o nível de racionalidade II, a hermenêutica sustenta a existência de um *a priori*, onde toda a argumentação chega sempre tarde, porque já se cruzou a ponte antes de perceber. O *logos hermenêutico* precede e é determinante do *apofântico*²³⁴. Através da análise fenomenológica, se pretende desvelar aquilo que está encoberto: o exercício da transcendência. Trata-se de uma análise antimetafísica (clássica e moderna)²³⁵. A ruptura provocada pela Crítica Hermenêutica do Direito pretende demonstrar que o principal auxílio da filosofia não é a lógica da argumentação de caráter puramente axiomático-dedutivo, mas sim a existência de um nível de racionalidade I, ou seja,

²²⁶ A respeito da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck, que era chamada de Nova Crítica do Direito, cf. as seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3 ed. *op. cit.*, p. 338.

²²⁸ A principal crítica de Castanheira Neves a Dworkin cinge-se a utilização da coerência como critério de justiça. A respeito, cf. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 140.

²²⁹ Idem. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 197.

²³⁰ Idem. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 125 e ss.

²³¹ Idem. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 198.

²³² Ibidem, p. 207.

²³³ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. Rio de Janeiro: Petrópolis, Vozes, 2008. p. 78.

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 252; Idem. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*

²³⁵ Idem. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 163.

de um *logos hermenêutico*, de caráter estruturante, que, mergulhado na espiral hermenêutica e na diferença ontológica, permite o (des)velamento da tradição inautêntica²³⁶.

Ao utilizar-se do método fenomenológico, “como revisão crítica das dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão lingüístico da metafísica ocidental [...]”²³⁷, ao demonstrar que o fundamento é sem fundo e é abissal (Trilema de Munschausen)²³⁸, ao demonstrar que o pensamento jurídico dominante é repleto de conceptualizações que elidem a singularidade dos fatos²³⁹, a Crítica Hermenêutica do Direito contribui decisivamente para a superação do senso comum teórico. A hermenêutica filosófica não admite a partição do ato interpretativo em *subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*²⁴⁰. Diz Lenio Luiz Streck: “O erro do historicismo e do racionalismo em querer eliminar os pré-juízos é também um pré-juízo, e, como tal, um pré-juízo inautêntico, falso (Fafian e Barrera)”²⁴¹.

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito é possível se falar em filosofia *no* direito e não filosofia do direito, como propõe Lenio Streck. Qual é a diferença? Isso fica claro na exposição de André Karam Trindade²⁴². A filosofia *no* direito é possível porque o Direito é em grande parte filosofia (como pensa Dworkin²⁴³) e ela tem como ponto central “a elaboração das contemporâneas teorias do direito”²⁴⁴. Além disso, ao trazer a problemática da linguagem para o Direito, rompe com a separação entre Direito e Filosofia, ou seja, o Direito pode pensar a si mesmo (inclusive as teorias contemporâneas do direito) filosoficamente. A filosofia do direito é, ainda, uma espécie de discurso otimizador do direito, como “colaboração da filosofia à ciência do direito”.²⁴⁵ Ela cinde direito e filosofia ao buscar “acoplar” a filosofia ao direito. Mas se o Direito é filosofia aplicada²⁴⁶, então a filosofia *no* direito não almeja explicar

²³⁶ Idem. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 253.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 4.

²³⁸ Ibidem, p. 226.

²³⁹ Ibidem, p. 268.

²⁴⁰ Ibidem, p. 272.

²⁴¹ Ibidem, p. 275.

²⁴² TRINDADE, Andre Karam; DE CASTRO, Fábio Cáprio Leite. A filosofia no direito e a temporalidade jurídica. **A filosofia no direito e a filosofia do direito**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 41-68, 2007.

²⁴³ BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. *op. cit.*, p. 461.

²⁴⁴ TRINDADE, Andre Karam. *op. cit.*, p. 53.

²⁴⁵ Ibidem, p. 65.

²⁴⁶ Ibidem, p. 52.

filosoficamente o direito de fora dele, mas dentro dele mesmo. Isto implica que almeja discutir o direito na sua filosofia. A expressão “filosofia *no* direito”, cunhada por Lenio Streck²⁴⁷, é outro epíteto que se pode dar à Crítica Hermenêutica do Direito, porque almeja pensar o direito pós-metafisicamente. O “no” na expressão “filosofia *no* direito” significa o espaço da introdução do “mundo” *no* direito²⁴⁸.

Os dois teoremas fundamentais da fenomenologia hermenêutica heideggeriana são o círculo hermenêutico e a diferença ontológica²⁴⁹. A diferença ontológica²⁵⁰ é o “suporte do ser e do ente”²⁵¹. Há uma diferença entre ser e ente, mas não uma separação e nem uma igualação. A metafísica identificou o ser com o ente²⁵². Heidegger parte do pressuposto de que ser e ente são diferentes, logo, há uma diferença ontológica entre ambos. Mas isso não significa que o ente possa estar apartado do ser. Ou seja, o ente só existe junto ao ser. O ser, por outro lado, é sempre ser-em, ser-no-mundo (dentro dele). Por conseguinte, o ente nunca será desperso no mundo, pois sempre está junto ao ser. É necessário levar o ser do ente à luz, a se manifestar como fenômeno, descobrir o que está encoberto, sendo no *Dasein* que o ser se mostra (verdade hermenêutica), mas tende a depois ocultar-se²⁵³. Diante do Direito, o texto não subsiste como texto; ele só terá sentido na norma que se lhe atribuir²⁵⁴. O texto é o ente que não subsiste em si mesmo, ele só existe junto à norma (ser). É preciso desvelar (*alethéia*) o ente Direito, retirando-o do seu velamento²⁵⁵.

O círculo hermenêutico²⁵⁶ ou espiral hermenêutica tem como base a compreensão como categoria constitutiva do homem. Logo, o ato interpretativo ocorre no interior de uma circularidade, uma espécie de espiral hermenêutica, “onde a circularidade da autocompreensão se desdobra também, ao mesmo tempo, como movimento [...]”²⁵⁷. A hermenêutica pressupõe, portanto, a autocompreensão como elemento indispensável para que o *Dasein* possa realizar o (des)velamento do ser.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 277.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *op. cit.*, p. 278.

²⁴⁹ Idem. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 6 ed. *op. cit.*, p. 200.

²⁵⁰ Idem. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 873.

²⁵¹ Idem. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 6 ed. *op. cit.*, p. 201.

²⁵² Diz Lenio Streck que Platão pretendia conhecer o ser sem o uso da linguagem. *Ibidem*, p. 118.

²⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 284.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 246.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 284.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 231.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 232.

O ente encobre o ser a todo instante, sendo o intento do *Dasein* formar clareiras que permitam superar a aparência. Isto só poderá se dar, diz Gadamer, se superar seus pré-juízos inautênticos, que encobrem sua percepção do ser. Na metafísica clássica e medieval o ser era confundido com o ente. É preciso ter claro, porém, que o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo do ser de outros entes²⁵⁸.

É com a teoria integrativa de Dworkin que se pode encontrar bases sólidas para a superação do positivismo jurídico, porque Dworkin, na esteira da Crítica Hermenêutica do Direito, combate a discricionariedade judicial. Segundo Lenio Streck, ao criticar a discricionariedade judicial, Dworkin pode ser chamado de pós-positivista, porque almeja superar o ovo da serpente do positivismo jurídico contemporâneo, a discricionariedade judicial²⁵⁹. Dworkin fornece importantes subsídios para a constituição de uma teoria da decisão judicial, ao considerar os princípios como importantes no ataque à arbitrariedade judicial. Na contramão dos que defendem a função de abertura semântica dos princípios, o jurista de Harvard sustenta que o direito como integridade exige que as decisões judiciais sejam democráticas²⁶⁰.

É verdade que Dworkin considera a integridade como uma virtude política, ao lado da coerência, da equidade e do devido processo legal. Em certos casos, diz ele, a integridade poderá soçobrar face à coerência; mas em muitos outros a coerência do direito dará lugar à integridade, como retificação dos erros históricos cometidos²⁶¹. Ao privilegiar a igualdade, Dworkin considera antidemocráticas as decisões atentatórias aos princípios de justiça. A aproximação de Dworkin perante a hermenêutica filosófica se dá porque ambos defendem a tese das respostas corretas. Dworkin sustenta que existe uma resposta correta para cada caso. Já a hermenêutica filosófica que a resposta correta não é a única nem uma entre muitas, mas a resposta correta²⁶². De fato, a busca da resposta correta não oferece plenas garantias de obtê-la, mas é um passo vital nessa busca²⁶³. Fica mais clara a vinculação entre Dworkin e Gadamer pelo fato de que a integridade dworkiana pode ser considerada como a tradição em Gadamer. Outra razão para a aproximação é o

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 227.

²⁵⁹ Idem. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 464.

²⁶⁰ Ibidem, p. 466.

²⁶¹ Ibidem, p. 300.

²⁶² Ibidem, p. 311 e 313.

²⁶³ Ibidem, p. 339, nota 66.

fato de que Dworkin não fatia em etapas o processo interpretativo, nem admite decisionismos e arbitrariedades, valoriza o papel da história, o significado prático da interpretação²⁶⁴.

Dworkin auxilia a suprir a ausência de especificidade jurídica do pensamento gadameriano²⁶⁵. Na esteira desse debate, Lenio Luiz Streck²⁶⁶ afirma – contribuindo para o debate acerca da fundamentação de direitos, que, entre outros autores, perpassa Dworkin – que a resposta correta não é nem a única e nem a melhor. A verdade não é um problema teórico, pois a hermenêutica não separa teoria e prática. A integridade de que fala Dworkin se aproxima da “tradição autêntica” na hermenêutica filosófica²⁶⁷. A resposta correta é “a explicitação das condições de possibilidade do compreendido (da apropriação e da filtragem dos pré-juízos forjados na tradição)”²⁶⁸. Ela não está na proposição, pois a antecede: há nela um elemento *a priori*, que é a pré-compreensão. Será a resposta constitucionalmente adequada. A partir de tais considerações, a integridade em Dworkin pode ser tida, na leitura da hermenêutica, como expressão da tradição autêntica.

Como evitar a discricionariedade judicial? A tese de Alexy da representação argumentativa dos ideários democráticos pelos Tribunais²⁶⁹ pode contribuir, apesar das diferenças com o pensamento de Dworkin, neste sentido. Alexy alega que o único meio de reconciliar o controle judicial com a democracia é a representação do povo. Mas a pergunta que fica, para Alexy, é: é possível representatividade judicial (sem eleições)? Que tipo de representação é esta? É uma representação argumentativa. Um bom sistema democrático deve compreender não somente decisões, mas argumentos. A crítica de que uma representação argumentativa é uma quimera pode ser refutada se for demonstrado que isto não significa o poder de “dizer tudo”, ou seja, há limites democráticos. Para a representação, não bastam bons ou plausíveis argumentos, mas que a Corte entreveja que seus argumentos são os do povo, devendo um número razoável de pessoas aceitá-los como

²⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 465 e 374.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 441.

²⁶⁶ *Idem*. **Verdade e Consenso**. 2 ed., *op. cit.*, p. 300.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 307.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 309-310.

²⁶⁹ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *op. cit.*, p. 7.

razoáveis ou justos. Para a representação deve haver a existência de argumentos corretos e de pessoas racionais²⁷⁰.

Em Dworkin²⁷¹, o grande problema interpretativo pode ser denominado de “agulhão semântico”. Isto significa que a dificuldade de encontrar critérios comuns para decidir quando uma afirmação é ou não verdadeira sobre o Direito é um verdadeiro problema²⁷². É nessa linha que se pode refutar a discricionariedade judicial, demonstrando que em pese juízes e advogados divergirem sobre problemas jurídicos, sua discordância é mais profunda do que realmente parece, porque partem de premissas diferentes acerca do que é o Direito. Esta tese dworkiana se aproxima da idéia de pré-juízo. Ele critica a discricionariedade judicial em Hart, e o faz distinguindo discricionariedade em sentido forte e em sentido fraco. Ele entende que a caracterização do positivismo jurídico pode ser feita em três aspectos: a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras, que podem ser testadas por um conjunto de testes quanto à sua origem; b) estas regras são exaustivas do direito, de sorte que se um caso não está compreendido nelas, o juiz deve exercer sua discricionariedade; c) afirmar que alguém tem uma obrigação jurídica significa que há uma norma cogente que determina o seu caso. Em Austin e em Hart há a tese da discricionariedade, mas com nuances distintos, pois Hart distingue as regras primárias, que garantem direitos ou impõem obrigações, das secundárias, que estipulam como e por quem tais regras podem ser formadas, reconhecidas, modificadas ou extintas. Na sua crítica ao positivismo jurídico, Dworkin toma como oponente Hart. Desde logo ele refuta a tese de que os princípios são padrões que asseguram ou avançam um estado econômico, político e social, pois eles são exigências de justiça e equidade (*fairness*)²⁷³.

A discricionariedade em sentido fraco significa que alguém deve cumprir certas ordens, mas há ampla margem de deliberação ou que alguém tem autoridade final para tomar uma decisão que não pode ser reformada. A discricionariedade em sentido forte significa que em certos aspectos alguém não está vinculado aos

²⁷⁰ Diz Alexy: “This shows that there are two fundamental conditions of true argumentative representation: (1) the existence of sound and correct arguments, and (2) the existence of rational persons, that is, persons who are able and willing to accept sound or correct arguments for the reason that they are sound or correct”. ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation. op. cit.*, p. 9.

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. *op. cit.*, p. 55.

²⁷² *Ibidem*, p. 56.

²⁷³ *Idem*. *Is a Law a system of rules?*, *op. cit.*

padrões estabelecidos pela autoridade²⁷⁴. Não se deve confundi-la com a arbitrariedade porque na discricionariedade ainda se exige padrões de bom senso e equidade. O erro do positivismo é considerar que os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios. Diz Dworkin: “[...] ressaltamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios bem como por uma regra preestabelecida”²⁷⁵.

É certo que é através de uma (re)consideração do conceito de princípio que se pode considerar – tomando os princípios como verdadeiras normas jurídicas que resgatam a razão prática – que o “amplo espaço” concedido pelo positivismo jurídico aos juízes nos *hard cases* – veja-se toda a problemática de (ainda) se continuar cindindo *hard cases* e *easy cases* em *Verdade e Consenso* – representa uma insuficiência da razão teórica, que, incapaz de dar conta da razão prática, delegou aos juízes a função de resolver certos conflitos em que a subsunção não é possível. É necessário reconhecer que os princípios são constitutivos de obrigações jurídicas e são responsáveis pelo “fechamento” e não pela “abertura” da interpretação²⁷⁶. É urgente retirar os princípios da “terra de ninguém” em que foram inseridos, pois se tornaram “instrumentos subsidiários” do intérprete, chamados para ornamentar a argumentação (veja-se o panprincipiologismo em *terrae brasiliis*²⁷⁷), e não como determinantes na interpretação da regra. Lenio Streck defende a tese de que a discricionariedade pregada pela doutrina brasileira se confunde com a arbitrariedade²⁷⁸. Mas é principalmente através da junção da integridade em Dworkin, “traduzida” como tradição em Gadamer, ou seja, a reconstituição da história institucional (que traz em seu bojo toda a carga principiológica constituidora do Estado) que é possível demonstrar que o espaço de discricionariedade judicial concedido por Austin, Hart, Kelsen, para citar somente estes, é fruto da insuficiência teórica do positivismo jurídico em dar conta da razão prática, como diz Streck.

A Crítica Hermenêutica do Direito, consubstanciada, entre outras obras, em *Verdade e Consenso*, deixa claro que o positivismo jurídico e a teoria da argumentação delegaram ao juiz a discricionariedade porque passaram a ele um problema que não puderam resolver, porque ainda presos ao plano apofântico e

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. Is a Law a system of rules?, *op. cit.*

²⁷⁵ *Ibidem.*

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 166.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 475.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 422.

meramente teórico. Mas quando Dworkin constrói a teoria do Direito como integridade ele faz aquilo que muitos jusfilósofos não fizeram, ele fornece elementos para uma teoria da decisão judicial que leve em conta o caráter eminentemente problemático da mesma, que não admita uma “livre valoração” por parte do juiz, porque ele está cindido à democracia constitucional. Conceder ao juiz uma discricionariedade em sentido forte é depositar no seu solipsismo a crença. Mas se os princípios são inequívocos limites hermenêuticos na atribuição de sentido, não se pode mais admitir que diante das vaguezas e ambigüidades da lei o juiz complete o sentido ao seu bel prazer, como se não tivesse que “prestar contas” de sua decisão (*accountability* hermenêutica). Ao separar a razão teórica da prática, o positivismo não consegue superar a aporia que instaura, apostando na razão teórica. O ponto central parece ser que, embora discricionariedade e arbitrariedade sejam diferentes, na prática a primeira caminha para a segunda, ou seja, decisões discricionárias muitas vezes são efetivamente arbitrárias e diferente não poderia ser, porque o positivismo jurídico delegou à subjetividade do juiz a decisão nos *hard cases*²⁷⁹.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 420.

PARTE II – O MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Parte II é dividida em dois Capítulos. No primeiro capítulo, aborda as origens do mandado de injunção e as conseqüências da judicialização da política e das relações sociais, expondo a influência do constitucionalismo anglo-americano e a inovação da Constituição brasileira na criação do *writ* constitucional. No segundo capítulo, estuda a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diante do instituto do mandado de injunção com base na tese da possibilidade e necessidade de respostas corretas no Direito, tendo como fundamento a necessidade de uma teoria da decisão judicial.

CAPÍTULO 1 – AS ORIGENS DO MANDADO DE INJUNÇÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

O mandado de injunção deve ser visualizado como instituto criado pelo constituinte brasileiro, mas que sofreu influências de diversos países, principalmente do constitucionalismo anglo-americano (2.1). O mandado de injunção pode ser melhor contextualizado no Brasil a partir da judicialização da política e das relações sociais, pela constatação do protagonismo crescente que tem assumido o Poder Judiciário no país, especialmente o Supremo Tribunal Federal (2.2).

2.1 O mandado de injunção no Brasil a partir das experiências do constitucionalismo anglo-americano

Sabe-se que não há consenso em torno das origens do instituto brasileiro do mandado de injunção, como bem alerta Flávia Piovesan²⁸⁰, embora usualmente se faça referência ao constitucionalismo anglo-americano neste sentido. O que é certo é que o mandado de injunção, tal como foi pensado no Brasil é *sui generis*, isto é, em que pese semelhanças com outros institutos, como o *writ of injunction* do constitucionalismo anglo-americano, o delineamento constitucional dado pela Constituição tem especificidades próprias. Como bem salienta Lenio Streck, a Constituição de 1988:

É também a mais democrática do mundo. Inclusive é a que mais possui mecanismos de acesso à Justiça. É interessante ver o ar de surpresa dos portugueses, espanhóis, italianos e alemães quando se fala, por exemplo, em Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Injunção, Mandado de Segurança, liminar em ADI. Por lá não tem isso. A Constituição de 1988 pode até mesmo *não* ser a ideal, mas é adequada a países de modernidade tardia, como o Brasil. Trata-se de uma Constituição compromissória e social. Tem sido acusada de intervencionista, mas, paradoxalmente, a crise mundial faz com que, hoje, se verifique um retorno à regulação. Os governos mundiais estão ressuscitando lorde Keynes. Por isso, nossa Constituição tem muito ainda a oferecer. Para mim, a Constituição é um instrumento da soberania democrática para além da clássica organização procedimental das instituições. Ela substancializa esses procedimentos, constituindo-se em uma garantia para evitar a usurpação da soberania popular por parte de instituições públicas ou privadas²⁸¹.

É a partir desta compreensão do que representa a Constituição de 1988 em países de modernidade tardia como o Brasil que se deve compreender o instituto do mandado de injunção, isto é, como importante instrumento processual constitucional na consolidação do Estado prometido pelo constituinte. Como bem salienta Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira²⁸², existem autores que negam qualquer correlação entre o mandado de injunção e a *injunction*. Em que pesem as divergências, Lenio

²⁸⁰ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 157.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=1>. Acesso em: 18 maio 2010.

²⁸² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A injunction anglo-americana e as origens do mandado de injunção*. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte, v. 3, p. 203-225, 1999.

Streck²⁸³ sustenta que suas origens são análogas as do aparecimento do *writ of injunction* na Inglaterra. Para tanto, é necessário realizar uma breve historiografia do direito inglês neste sentido. Em acurada análise histórica da *injunction* anglo-americana, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira²⁸⁴ afirma que a *injunction* é um remédio judicial que busca que uma parte deixe de praticar ou continue a realizar um ato censurado ou serve para reprimir uma parte por ter se omitido de fazer algo. Era utilizado na Inglaterra já no séc. XIV. A *injunction* inglesa é um remédio da *Equity*²⁸⁵

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**: análise crítica: perspectivas jurídicas e políticas. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. p. 19.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A *injunction* anglo-americana e as origens do mandado de injunção. *op. cit.*, p. 204.

²⁸⁵ Sabe-se que o sistema da *commom law* foi gestado na Inglaterra a partir do séc. XII com base nas decisões das jurisdições reais. No séc. XIII utilizou-se a expressão “*commom law*” para designar o direito comum inglês, em contraponto aos costumes locais. Era a *comune ley* (lei comum). A *Equity* surgiu na Inglaterra antes dos séculos XV e XVI como contraponto à *commom law*. A *commom law* era tido como um direito arcaico, logo, foram criadas uma série de regras jurídicas, as de *equity*, aplicadas pelas jurisdições do Chanceler. No séc. XVII, porém, o *commom law* conseguiu resistir a *equity* e dominá-la. Até 1875 o direito inglês era dualista, ou seja, composto tanto pela *commom law* como pela *equity*, momento em que os dois sistemas foram fundidos em um só em razão de uma reforma da organização judiciária. A *Equity*, que perdurou como contraponto à *commom law* dos séculos XV a XVIII, surgiu pela insatisfação com o sistema da *commom law*, que limitado ao processo dos *writs*, não dava solução satisfatória a numerosos litígios. A independência dos juízes – embora fossem nomeados pelo rei – trouxe à tona a idéia de recorrer, como nos séculos XII-XIII, diretamente ao rei e ao seu Chanceler. Então o Chanceler decidia em equidade sem ter em conta o *commom law* e seu formalismo. O *Equity*, portanto, agradou os reis da Inglaterra, que no séc. XVI alargaram as jurisdições de *equity*. De fato, *commom law* e *equity* tinham diferentes jurisdições, processos e regras. Em 1873 e 1875, os *Judicature Acts* integraram a *equity* no *commom law*, embora a fusão ainda não seja completa, v.g, em Londres “ainda há câmaras diferentes para o *commom law* e para a *equity*; a *Chancery Division* está mais especificamente reservada às antigas matérias da *equity*”. Cf. GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 213. Como bem salienta Lenio Streck, a *equity* era um “recurso à autoridade real diante da injustiça flagrante de alguns casos concretos. Encaminhavam-se petições ao rei ou ao seu conselho, que eram despachadas pelo Chanceler (*Kepper of the Kings Conscience*), encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão. Aos poucos, o Chanceler vai se constituindo em juiz autônomo. Em determinadas matérias, o tribunal do Chanceler foi capaz de criar direitos não conhecidos na *commom law* (caso de fideicomisso e propriedade de mulheres casadas). Em outros casos, ofereceu alternativa eficiente para prover um remédio ou algum direito que se perdera. Ajudou a forçar a revelação de fatos e documentos. Assegurou ao querelante, acaso vencedor, os benefícios do litígio, bem como a proteção de terceiros diante de eventuais danos decorrentes da lide. As regras da *equity* foram se tornando sistemáticas, sem, contudo, se contraporem à *commom law*, havendo, pelo contrário, uma complementação entre ambas. Entra-se, então, no quarto período com a primeira Lei de Organização Judiciária (*Judicature Act*), que, no ano de 1873, fundiu as jurisdições de *commom law* e de *equity*, porém manteve a distinção dos remédios baseados na *commom law* e daqueles tratados na *equity*. A partir dos *Judicature Acts*, uma única corte passou a aplicar as diferentes regras para o caso. É de frisar, ainda, que outra contribuição importante dos *Judicature Acts* para o Direito Inglês foi a edição de um código procedimental: *Rules of the Supreme Court*, denominado *The White Book*, emendado de tempos em tempos. Já o *Apellate Act* de 1876 estabeleceu regras para a revisão das decisões por uma corte superior. As reformas processuais de 1873-1875 implicaram uma nova organização judicial centralizada, uma vez que desapareceu a distância entre tribunais de *commom law* e tribunais de *equity*. A partir de então, todas as jurisdições inglesas resultaram competentes para aplicar tanto um como outro sistema. Assim, os juízes de *equity* inspiraram-se nas soluções dadas por seus antecessores, e esta evolução institucional levou o Parlamento a assumir a função inovadora que teve a seu cargo – nas centúrias precedentes – o chanceler”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 292-293. Como bem salienta René David, a *equity* surge como uma saída para a parte perdedora obter

(*equitable remedy*), inicialmente utilizado por cortes especiais de *equity* para censurar as partes por se conduzirem contrariamente à equidade e à boa consciência. Seu ancestral no *commom law* inglês foi o *writ of prohibition*, utilizado para conter as cortes por excederem sua jurisdição e os réus por desrespeitarem os direitos do autor. O *Judicature Act*, editado pelo Parlamento inglês em 1873, aboliu a *commom injunction* e deu poderes às *Divisions of the High Court* para conceder *injunctions*²⁸⁶.

As *injunctions* podem ser assim classificadas²⁸⁷: a) proibitórias ou *prohibitory injunction*, proíbem o exercício ou a continuação de um ato ilícito; b) ordenatórias ou *mandatory injunction*, reprimem a perpetuação de uma omissão indesejada, ordenando a prática de um ato; c) interlocutórias ou *interlocutory injunction*, também denominadas *temporary injunction*, tem a finalidade de manter o *status quo* até o julgamento decisivo; d) permanentes ou *perpetual injunction* são concedidas após “uma ação ter sido examinada”²⁸⁸; e) *quia timet injunction* tem o intuito de reprimir uma ameaça se o autor teme que ocorra lesão de seus direitos; f) a *ex parte* é “concedida antes da corte ter tido a oportunidade de ouvir a outra parte, num caso de grande urgência”²⁸⁹. Portanto as *injunctions* podem ser sancionatórias ou preventivas, ou seja, utilizadas como garantia ou execução de direitos ou prevenção de ilícitos. O mandado de injunção se aproxima também da *writ of injunction* norte-americana, introduzida em 1870, como remédio contra a ameaça ou lesão de direitos fundamentais pelas autoridades estaduais e locais face aos direitos garantidos na décima quarta emenda da Constituição²⁹⁰. Cumpre ressaltar, entretanto, que tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos a *injunction* é sempre supletiva, só é concedida quanto não há outro remédio adequado.

Para fortalecer a polêmica, ainda são mencionados como bases remotas do mandado de injunção o direito francês e o direito alemão. No direito francês a ordem de injunção ou *injonction* é um mandado exarado por uma autoridade judicial contra

justiça: um recurso ao rei, fonte da justiça e da generosidade. Os Tribunais reais, como os de Westminster – que formaram a *commom law* – viam com naturalidade este recurso. A partir de 1529, o Chanceler deixa de ser mero assessor do rei para se tornar um verdadeiro juiz, mas segundo o processo inspirado no direito canônico. Até 1875 as regras de *equity* foram aplicadas pelo Tribunal de Chancelaria. Cf. DAVID, René. *op. cit.*, p. 370 e ss.

²⁸⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A injunction* anglo-americana e as origens do mandado de injunção. *op. cit.*, p. 205.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 207.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro.** *op. cit.*, p. 22.

as partes, auxiliares de justiça, advogados ou terceiros, cominando certas sanções previstas em lei em caso de descumprimento²⁹¹. No direito alemão cita-se por vezes o *Verfassunbeschwerde* ou recurso constitucional, mas este tem a natureza de ação direta de inconstitucionalidade²⁹², sendo diferente, portanto, do instituto brasileiro. O recurso constitucional alemão, bem salienta Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer²⁹³ é utilizável diante de qualquer violação, seja comissiva ou omissiva, com destaque para a primeira, além de somente ter cabimento diante de omissão parcial do legislador, enquanto o mandado de injunção impugna omissão total. Além disto, exige prévio esgotamento das vias processuais e perigo de dano irreparável à vítima da violação. A *injunction*, tomada como proibição de fazer algo ou como mandado, possui semelhanças com o interdito proibitório e a ação cominatória. Pfeiffer²⁹⁴ sustenta que as semelhanças entre o mandado de injunção e as *injunctions* não são suficientes para caracterizá-las como fontes do instituto brasileiro. Flávia Piovesan²⁹⁵ considera que o mandado de injunção é instituto sem precedentes no direito comparado, pois em que pese existam semelhanças, ele é peculiar no constitucionalismo brasileiro. José Afonso da Silva²⁹⁶ defende a semelhança entre o mandado de injunção e o *writ of injunction*, apesar de existirem diferenças entre ambos. Ele dá uma forte contribuição na temática ao sustentar que há raízes do instituto do mandado de injunção no direito inglês.

O que se quer ressaltar aqui é que a *Equity* fundamenta a outorga de direito mediante a atuação discricionária de um juízo especial, o Chanceler em sua *Chancery Court*, precisamente quando a falta de regulamentação (falta de *statutes*) ou quando o sistema da *Common Law* não oferece suficiente proteção ao direito da pessoa. Embora mais tarde, as Cortes de *Common Law* adquirissem jurisdição para expedir o *writ of injunction*, este sempre foi reconhecido como um remédio essencialmente de equidade, no sentido inglês do termo. Ora, essas considerações estão a mostrar que existe um fundamento ético idêntico para a injunção inglesa e o nosso mandado de injunção²⁹⁷.

Isto não elide, evidentemente, a existência de diferenças entre os institutos, pois afora o fato de pertencerem a famílias jurídicas diversas, a *injunction* é mais

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. *op. cit.*, p. 23.

²⁹² *Ibidem*, p. 20.

²⁹³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 36.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 34.

²⁹⁵ PIOVESAN, Flávia C. *op. cit.*, p. 160.

²⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 10.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 11-12.

negativa, isto é, ordem de não fazer, apesar de poder significar uma ordem de fazer, com o que tem semelhança com o interdito proibitório e a ação cominatória. Além disto, é peculiar ao direito privado, enquanto o mandado de injunção é instituto de direito público²⁹⁸. No Brasil, o instituto do mandado de injunção foi criado por ocasião da Constituinte. Sabe-se que a Constituinte de 1987 tinha ciência da necessidade de criar instrumentos processuais constitucionais aptos a dar efetividade aos direitos fundamentais, sob pena da Constituição ser somente uma carta de princípios. Nos termos propugnados por Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira²⁹⁹, o mandado de injunção teria sido pensado para defesa do direito à educação. Vista a insuficiência do instituto mexicano do *Juicio de Amparo*, foi necessário inovar, pensando o mandado de injunção a partir do *writ of injunction*³⁰⁰.

A sugestão do Senador Virgílio Távora de norma constitucional n. 155-4 dava ao mandado de injunção o mesmo rito do mandado de segurança³⁰¹ e a de n. 156-2 tratava da inconstitucionalidade por omissão decorrente da não edição de normas pelos três Poderes (apresentadas em 27/03/1987). A sugestão 315-8 do mesmo senador, apresentada em 02/04/1987, tratava do mandado de injunção como instrumento garantidor do direito à educação. Mais tarde, o Senador Ruy Bacelar propôs a sugestão de norma constitucional n. 367-1, de 03/04/1987, em cuja justificativa mencionava a necessidade de superar a mera enunciação de direitos em casos em que o Estado não cumpre os mandamentos constitucionais e alertava para a inexistência, no Brasil, de um instituto capaz de salvaguardar o cidadão contra omissões inconstitucionais do Estado. Alegou que, se fosse instituído, o mandado de injunção faria com que os dispositivos constitucionais deixassem de ser meros enunciados. Após tramitar e sofrer modificações, na fase de emendas ao Primeiro Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização, o Senador Fernando Henrique Cardozo propôs a emenda 34.970, de 05/09/1987, que foi acatada pelo Relator, a qual suprimia a referência ao rito processual do mandado

²⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**, *op. cit.*, p. 12.

²⁹⁹ OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 25, n. 100, out./dez. de 1998, p. 49.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Há um debate acerca de quem seria o criador do mandado de injunção. Lenio Streck diz que no dia 22 de abril de 1987 o constituinte Gastone Righi, na terceira reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, reivindicava um instrumento que possibilitasse ao cidadão exercer um direito social previsto na Constituição. Por outro lado, em artigo publicado no Jornal O Globo, edição de 21/12/1988, p. 4, o Senador Alfredo Campos dava a idéia original ao Senador Virgílio Távora, através da sugestão n. 155. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. *op. cit.*, p. 24.

de segurança. Após amplas discussões, foi no Projeto “B” de Constituição, no segundo turno de discussão e votação em plenário, que o mandado de injunção sofreu sua última modificação³⁰². Regina Quaresma³⁰³ sintetiza a trajetória constituinte do mandado de injunção³⁰⁴:

1. Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos:
 “Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.
 1° Na falta ou omissão da lei prevista para discipliná-la, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional.
 2° Verificando a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o STF recomendará ao Poder Competente a edição de norma que venha a suprir lacuna.
2. Projeto de Constituição – substitutivo do relator (segundo):
 Art. 5°
 § 47. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual previsto em lei complementar, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.
3. Projeto de Constituição (A) 1 Turno:
 Art. 6°
 § 51. Conceder-se-á mandado de injunção, na forma da lei, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.
4. Projeto de Constituição (B) 2 Turno:
 Art. 5°
 LXXII – 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.
5. Projeto de Constituição (D). Redação final aprovada pela Comissão de Redação em reuniões nos dias 19 e 20 de setembro de 1988:
 Art. 5°
 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.

Observa-se, a partir da síntese efetuada pela autora, que expõe claramente a evolução do projeto de Lei do mandado de injunção, o seguinte: o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos previa que o Supremo Tribunal recomendaria ao Poder omisso a edição da norma faltante. O substitutivo do relator fazia menção ao rito processual previsto em lei complementar. O Projeto de Constituição (A), no primeiro turno da Constituinte, deu maiores contornos ao texto, assim como o Projeto de Constituição (B), no segundo turno, estabelecendo a redação final.

³⁰² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *op. cit.*, p. 213-219.

³⁰³ QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 111.

³⁰⁴ Bem destaca Diomar Ackel Filho que entre nós o mandado de injunção tem finalidades mais determinadas, diferentemente do direito americano em que os *writs* servem para tudo. Cf. FILHO, Diomar Ackel. **Writs Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 107

2.2 O mandado de injunção no Brasil a partir do contexto da judicialização da política e das relações sociais: o protagonismo judicial no Estado Democrático de Direito

A judicialização da política e das relações sociais no Brasil é um fenômeno que pode ser considerado recente, envolvendo o fato da Constituição de 1988 ter dado ao Poder Judiciário um papel proeminente na consolidação da democracia e na concretização de direitos fundamentais, inclusive através de instrumentos processuais específicos³⁰⁵. Luís Roberto Barroso³⁰⁶ chama de “judicialização da vida” este fenômeno, porque de fato o Judiciário penetrou na vida das camadas sociais, inclusive nas mais baixas, através da instituição dos Juizados Especiais.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente de República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. [...]³⁰⁷

As causas da judicialização da vida são, segundo o autor: a) a redemocratização do país, especialmente a partir da Constituição de 1988, pois a recuperação das garantias da magistratura fez com que o Judiciário deixasse de ser um departamento técnico-especializado para se tornar um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição inclusive contra outros Poderes. Além disso, o Ministério Público, que nasceu criminal, passou a atuar em outras demandas, e a Defensoria Pública foi fortalecida; b) a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição diversas matérias que eram excluídas do texto constitucional (constituição analítica); c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é eclético ou híbrido, posto que combina os modelos de controle difuso e concentrado.

³⁰⁵ Garantias constitucionais como habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública e a ação popular desempenham uma importante função na redemocratização do país, demonstrando o comprometimento do Estado na superação do regime militar, através da tutela de direitos e liberdades fundamentais que haviam sido cassadas pelo Ato Institucional n. 5.

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 73.

O Supremo Tribunal Federal atua como corte recursal nos recursos extraordinários e faz as vezes de tribunal constitucional quando avalia a compatibilidade em abstrato de normas com a Constituição³⁰⁸. É importante ressaltar, a partir do que conclui o autor, que a judicialização não pode ser imputada aos Ministros do Supremo Tribunal Federal ou aos juízes, como se fosse uma pretensão de um modelo juriscêntrico de hegemonia judicial, porque ela implica em cumprimento da Constituição. A atuação dos juízes em certas questões políticas decorre da própria exigência do texto constitucional, não são caprichos do Judiciário ou opções ideológicas.³⁰⁹

Expõe Ernani Rodrigues de Carvalho³¹⁰ que a judicialização da política pode ser vista por um prisma normativo ou um prisma analítico. Em um prisma normativo, avalia a supremacia da Constituição sobre decisões parlamentares majoritárias, desaguando no debate entre substancialistas e procedimentalistas³¹¹. Em uma visão analítica, se preocupa com o ambiente político e institucional. Pode-se citar como exemplo de um trabalho analítico o de Werneck Vianna, expondo o contexto democrático da judicialização da política e das relações sociais no Brasil³¹². Uma obra muito relevante quanto à judicialização da política é a de Vallinder e Tate³¹³. Vallinder considera que existem dois tipos de judicialização: a) *from without*, que é a reação do Judiciário a um terceiro, consubstanciando uma revisão de sua decisão, especialmente no controle de constitucionalidade; b) *from within*, ou seja, a incorporação dos métodos e procedimentos dos juízes por instituições como os

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 74.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 75.

³¹⁰ DE CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 23, nov. 2004, p. 115-126.

³¹¹ O debate entre substancialistas e procedimentalistas é tratado por Werneck Vianna *et al.* Segundo o eixo procedimentalista, composto por autores como Habermas e Garapon, o Judiciário tem a função de assegurar os procedimentos democráticos, visando a formação do processo de vontade majoritária. O eixo substancialista, com autores como Mauro Capeletti e Dworkin, advoga uma postura mais ativa da jurisdição. Habermas somente admite uma jurisdição constitucional mais "ofensiva" quando se trata da imposição do procedimento democrático. Tanto Dworkin como Capeletti desconfiam do Poder Legislativo. O eixo substancialista valoriza o ativismo judicial (a respeito, cf. VIANNA, Luiz Werneck Vianna. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. *op. cit.*, p. 33). De fato, tais autores sabem que o Legislativo nem sempre representa a vontade popular. Dworkin criou seu modelo ideal do "juiz Hércules" para representar o papel dos magistrados em uma democracia, especialmente seu viés representativo dos interesses de uma comunidade histórica. Habermas critica o "diálogo monológico" de Hércules como meio para se alcançar o âmago da cultura democrática de uma sociedade.

³¹² VIANNA, Luiz Werneck Vianna. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. *op. cit.*

³¹³ VALLINDER, T; TATE, C. Neal. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York: New York University, 1995.

Poderes Executivo e Legislativo (contenciosos tributários e CPI's). O trabalho publicado em 1995, *The Global expansion of judicial power*, foi o primeiro a cunhar o termo “judicialização da política” no vocabulário da ciência política contemporânea³¹⁴. A judicialização pode ser considerada como *policy-seeking approach* e *unconstrained courts approach*. Na primeira, implica um controle do Judiciário sobre as políticas da maioria. Na segunda o Tribunal, dada sua independência, pode decidir sem qualquer constrangimento, pois não precisa agradar as maiorias parlamentares³¹⁵.

A judicialização da política requer que os operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores, e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não-decisão. Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais³¹⁶.

As origens da judicialização da política e o conseqüente fortalecimento do Poder Judiciário no mundo estão ligados ao ocaso do comunismo no Leste Europeu e ao fim da União Soviética. Os USA passaram a ter um papel proeminente não somente nos domínios do Capitalismo, mas também com o seu modelo de revisão judicial. Daí porque a Ásia, a América Latina e a África sofreram forte influência do modelo americano. Desempenhou um papel importante a Corte de Estrasburgo após a II Guerra Mundial³¹⁷.

Um claro exemplo de judicialização da política no Brasil ocorre nos âmbitos dos direitos à saúde e à educação. Trata-se de problema político premente que cada vez mais se desloca ou transfere para o Poder Judiciário, que se torna “fiador” da dívida dos outros Poderes, originária do descumprimento dos deveres constitucionais. Em que pese todas as críticas que os juízes sofrem por imporem condutas ao Poderes (o que muitos chamam de “politização da justiça”), eles foram empossados para cumprir a Constituição e a judicialização do direito à saúde não é uma faculdade, mas sim um dever do Poder Judiciário. Daí porque autores como

³¹⁴ CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, XLIV, 2009, p. 315-335.

³¹⁵ Ibidem, p. 317.

³¹⁶ MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, 2002, n. 57, p. 113-133. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452002000200006&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0102-6445> Acesso em: 16 de nov. de 2009.

³¹⁷ A respeito, cf. VALLINDER, T; TATE, C. Neal. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. *op. cit.*

Ingo Sarlet³¹⁸ sustentam que, em que pese os limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária), não se pode impedir o reconhecimento pelos juízes de direitos subjetivos a prestações, pelo menos não em todas as hipóteses³¹⁹. O controle judicial das políticas públicas é um claro exemplo

³¹⁸ SARLET, Ingo. Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: v. 25, n. 56, dez. 2002, p. 57.

³¹⁹ Em sede de contrarrazões de Apelação do Ministério Público em Ação Civil Pública (que versava sobre o atendimento do direito de crianças e adolescentes portadores de necessidades especiais) foi sustentado o seguinte (destacado): "Neste caso concreto, cumpre frisar, mais uma vez, que a Administração Municipal investiu recentemente, na área da **educação**, R\$1.478.560,00 (um milhão, quatrocentos e setenta e oito mil, quinhentos e sessenta reais) para aquisição de brinquedos "Lego" (sim, aqueles brinquedos de montar!) e implantação do uso do material nas escolas municipais, mediante *inexigibilidade de licitação* (cópias inclusas). Enquanto isso, a Administração nada faz para ampliar o atendimento educacional das crianças e adolescentes portadores de necessidades especiais. Há que se frisar, nesse espeque, que a APAE possuía projeto de reforma e ampliação da sua estrutura, para aumentar e melhorar o atendimento a tais crianças e adolescentes, no valor de R\$125.000,00, que nunca foi efetivado por falta de recursos próprios e falta de repasse pelo Governo Municipal. Também o Município possuía projeto de construção de Unidade Multiprofissional de Atendimento a Pessoas Portadoras de Necessidades Especiais, no valor total de R\$336.024,44, do qual apenas R\$56.024,44 seria pago pelo Município a título de contrapartida. Isso tudo demonstra que, sob o argumento de falta de recursos, o Município deixou de investir em **educação** especializada para crianças e adolescentes portadores de necessidades especiais (cujo custo seria infinitamente menor), e optou por comprar brinquedos "Lego" para as escolas municipais – sem licitação –, pagando por isto quase um milhão e meio de reais!" [...]

"O princípio da reserva do possível, aliás, já foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal. Ao decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-9/DF (DJU 04.05.04, p. 12), ainda que em decisão monocrática, o relator, Ministro Celso de Mello, ponderou que, muito embora não caiba ao Poder Judiciário, como regra, a implementação de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido "se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático". Existindo este papel do Poder Judiciário, há que se considerar, na determinação da implementação da política pública, a "reserva do possível", mas apenas na estrita medida em que esta reserva se mostre, efetivamente, existente. Ainda que reconheça a necessária vinculação da implementação dos direitos sociais aos limites financeiros do Estado, ressalta a decisão que isto não implica a liberdade plena do Estado em, a seu talante, concretizar ou não a norma garantidora do direito fundamental. A "reserva do possível" não poderá, portanto, ser invocada sem qualquer critério, somente com o intuito de exonerar o Poder Público de cumprir com sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais. Conclui a decisão no sentido de que "não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado". A respeito, cf. RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Contrarrazões de Apelação na Ação Civil Pública n. 0030645001.00830. Município de Alvorada e Ministério Público. Da lavra da Dra. Rochelle Jelinek em 31 de janeiro de 2008.

de judicialização da política. Neste âmbito de atuação judicial o Judiciário se torna, excepcionalmente, em garantidor de políticas públicas, mesmo que esta não seja sua função precípua. A legitimidade democrática da sua atuação decorre do descumprimento da Constituição por parte dos gestores públicos, não podendo a justiça “lavar as mãos”.

Como se pode observar na experiência forense, a reserva do possível e a limitação orçamentária se tornaram freqüentemente “álbis teóricos” que visam tornar os gestores públicos isentos de suas responsabilidades institucionais, ou seja, institucionalizam uma falta total de *accountability*. É preciso comprovar nestas hipóteses em que são alegadas a reserva do possível e os limites orçamentários: a) que efetivamente há ausência de verbas, trazendo aos autos o orçamento do ente público, seu comprometimento nas políticas públicas e a destinação que lhe é dada; b) que não houve aplicação de recursos em políticas menos importantes, deixando interesses centrais da comunidade sem qualquer forma de guarida; c) que o gestor público tem tido comprometimento na solução dos problemas institucionais e está se empenhando para suprir as carências existentes.

O enfoque analítico dado por Werneck Vianna no âmbito da judicialização da política e das relações sociais se atém à democracia. Embora trate objetivamente da judicialização da política no texto, no fundo o autor elogia tal fenômeno, porque o considera fundamental para a consolidação da democracia no país após a ditadura militar. Mencionam os autores:

[...] O Judiciário, assim, **não se substituiria à política, mas preencheria um vazio**, que, nas sociedades de massas com intensa mobilização social (como a brasileira), poderia vir a conceder “consistência democrática a [um] *excedente* de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio.

Na experiência brasileira, como se procurou apontar na Parte I, o que se chama judicialização da política não é o resultado de um protagonismo institucional exercido pelo Poder Judiciário. Ela deriva, diversamente, de novas práticas de resistência da sociedade civil, particularmente dos partidos que compõe a minoria parlamentar e das associações de interesses dos setores subalternos, que vêm encontrando na comunidade dos intérpretes um caminho para reforçar a sua representação. De igual modo, no que, aliás, reitera a experiência universal, a judicialização das relações sociais, investigada na Parte II, é mais expressão de demandas igualitárias por parte de uma sociedade que tem exercido a capacidade de incorporação do sistema político e da vida associativa em geral, do que um exercício de um papel salvífico por parte do Judiciário. (destaquei).³²⁰

³²⁰ VIANNA, Luiz Werneck Vianna. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** *op. cit.*, p. 259.

Destacam os autores³²¹ que a chamada judicialização das relações sociais tem base no direito comparado, especialmente na experiências das *Small Claims Courts*. Nos USA foram instituídas tais Cortes na década de 30, estando vinculadas aos interesses de pequenos comerciantes que não tinham acesso ao Judiciário. Destacam Capelletti e Garth³²² que o tema do acesso à Justiça, umbilicalmente ligado a judicialização das relações sociais, teve três momentos: a) a busca de uma assistência igualitária a litigantes de baixa renda, sem condições de custear despesas com um advogado; b) reformas que visaram superar a concepção individualista do processo, em prol de uma coletivista; c) mudança dos procedimentos judiciais para tornar exeqüíveis os direitos, como arbitragem, conciliação, juízos de vizinhança.

No Brasil a instituição dos Juizados Especiais proporcionou que uma série de litígios que estavam alheios ao Poder Judiciário fossem conhecidos e resolvidos por esta instância. A instituição dos Juizados significa o momento em que o Poder Judiciário se torna reflexivo, pois busca a “litigiosidade contida” e deixa de ser um poder neutro e distante³²³. A função dos Juizados é a de penetrar profundamente na sociedade e nos domínios em que a jurisdição não atingia. O Judiciário não pode estar em um “estandarte impenetrável”, distante das reivindicações sociais. Onde o braço do Estado não chegava, agora chega com os Juizados. Através da celeridade, simplicidade, economia e ampliação dos poderes do juiz, os Juizados Especiais adquiriram contornos próprios. Os Juizados retratam também a situação de exclusão social no Brasil, porque dão acesso às camadas menos abastadas. Eles são “engenheiros” ou *institutional-builders*³²⁴, que atendem as crescentes demandas coletivas.

Subsiste em Cappelletti um ceticismo quanto à atuação do Executivo e do Legislativo no tocante à vocalização da vontade popular, porque de fato atuam como complexas estruturas que procuram vantagens, o que nem sempre resulta na vontade da maioria, mas no compromisso entre interesses conflitantes³²⁵. O

³²¹ VIANNA, Luiz Werneck Vianna. *et al. op. cit.*, p. 160.

³²² CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 29.

³²³ VIANNA, Luiz Werneck Vianna. *et al. op. cit.*, p. 155.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ *Ibidem*, p. 34.

Judiciário possibilita o acesso das minorias aos poderes políticos, já que a noção de democracia não pode ser reduzida ao simples majoritarismo. Acerca do eixo substancialista (Dworkin-Cappelletti), diz Vianna:

Mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário, segundo a versão desses autores sobre a criação do direito no mundo contemporâneo, deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente – o universalismo mais presente em Cappelletti do que em Dworkin, este último mais próximo de um republicanismo cívico³²⁶.

Mauro Cappelletti³²⁷ sustenta que entre as razões do agigantamento do Poder Judiciário e da criatividade judicial está a revolta contra o formalismo. Tal formalismo perpassa a jurisprudência sociológica e o realismo americano, a jurisprudência dos interesses e o método da livre investigação científica do Direito de Gény. Ou seja, ao priorizarem o elemento lógico-formal da interpretação jurídica, os positivistas encobriram o elemento volitivo ou discricionário. Cappelletti argumenta que a mais forte objeção contra a jurisdição consiste no seu caráter não-majoritário, e, portanto, antidemocrático. O que fica claro na alegação do autor é que o ativismo judicial poderá ser benéfico ou prejudicial de acordo com circunstâncias contingentes de tempo, lugar, cultura e das necessidades sociais³²⁸.

Não há como criticar o ativismo judicial *in abstracto*, tachando-o de útil ou prejudicial. Em primeiro lugar, enuncia Cappelletti, as críticas à criatividade ou ativismo judicial não observam que se dissipou a utopia ocidental da obtenção do “consenso político”, ou seja, a crise da democracia representativa alerta para o perigo de deixar para maiorias eventuais a busca da vontade geral. Em segundo lugar, não há porque negar que o Judiciário seja dotado de representatividade. Onde está esta representatividade? Na fundamentação das decisões. Os tribunais são obrigados a justificar seus posicionamentos. Em terceiro lugar, o Judiciário atua na proteção de minorias e auxilia-as a participar do debate político-deliberativo. Em quarto lugar, o processo judicial é mais participativo, diz Cappelletti, do que o legislativo, porque fornece às partes o direito de serem ouvidas. Em quinto lugar,

³²⁶ VIANNA, Luiz Werneck. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. *op. cit.*, p. 38.

³²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** *op. cit.*, p. 31.

³²⁸ *Ibidem*, p. 92.

inexistirá democracia sem proteção de direitos e liberdades fundamentais pelos juízes. A democracia não pode ser reduzida ao majoritarismo³²⁹.

O mandado de injunção, nos termos elencados por Gilmar Ferreira Mendes, é típico instrumento pensado pelo constituinte com vistas à concretização de direitos. Quando o Supremo Tribunal Federal atua com vistas a dar efetividade ao instituto, não se pode falar em violação da separação de poderes. Parece que, a partir do que expõe Vianna³³⁰, pode-se pensar o mandado de injunção a partir da judicialização da política.

Na medida em que a judicialização ou a busca pelo Poder Judiciário é fruto de demandas da própria sociedade civil, e se está tratando de omissões inconstitucionais do Poder Legislativo na regulamentação de certos direitos, o mandado de injunção é o *locus* que melhor absorve a insatisfação política emanada da sociedade civil frente ao Poder Legislativo e à Política, especialmente quando não cumpre seu dever constitucional. Isto é, temas tipicamente atinentes ao jogo político, como a necessidade de edição de certas leis constitucionalmente exigidas, com a abstinência do Congresso Nacional, passam a ser tratados pelo Judiciário, com o STF como guardião da Constituição.

Assim é que o mandado de injunção é típico instrumento de judicialização da política, porque no seu cerne está o descaso legislativo e a necessidade de concretizar direitos constitucionalmente previstos. O mandado de injunção é instrumento de cidadania ao possibilitar que o cidadão reclame ao Supremo Tribunal Federal acerca do descumprimento da Carta Constitucional pelos Poderes da República. Ao trazer temas tipicamente políticos ao Judiciário, elide o argumento de que o Supremo Tribunal não julga politicamente. O fato é que a atuação da jurisdição constitucional é eminentemente política, e não poderia ser de outra forma, pois como instância contramajoritária e que trabalha com as leis, que são produtos do Parlamento, seria ingenuidade pensar que os juízes podem ser “neutros”, no sentido de não defenderem certas posições ideológicas. O que ocorre é a politização do Judiciário pode significar, como bem alertava Schmitt³³¹, um risco à independência da Justiça. Não o será, porém, se for pensada como inserção do Judiciário em temas políticos com vistas à concretização da Constituição nos limites

³²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.* p. 92 e ss.

³³⁰ VIANNA, Luiz Werneck. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** *op. cit.*

³³¹ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição.** *op. cit.*, p. 33.

de suas capacidades institucionais. A crítica à politização da justiça só tem sentido na medida em que há um rompimento dos legítimos limites da jurisdição constitucional, isto é, na medida em que passa a agir como se constituinte fosse, proporcionando mutações inconstitucionais que afetam a própria soberania do constituinte.

CAPÍTULO 2 – A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO: DA POSSIBILIDADE À NECESSIDADE DE RESPOSTAS CORRETAS NO DIREITO

É necessário estudar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, visualizando a superação da tese da *interpositio legislatoris* (2.3). A partir daí, classificar os tipos de provimento judicial no mandado de injunção tendo como base a doutrina e a experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (2.3.1), efetuando breve síntese do avanço do entendimento da Corte (2.3.2) e demonstrando a mudança paradigmática ocorrida no julgamento dos MI 670 e 712 (2.3.2.1). O mandado de injunção está inserido no debate acerca da eficácia das normas constitucionais (2.3.3) e da necessidade de uma teoria da decisão judicial calcada na teoria integrativa de Dworkin e na hermenêutica filosófica (2.3.4). Por fim, cumpre considerar a postura anti-relativista da hermenêutica filosófica (2.3.4.1), a tese das respostas corretas em Dworkin (2.3.4.1.1), a necessária (re) visualização do princípio da separação de poderes no Estado Democrático de Direito (2.3.4.1.2) e os efeitos constitutivos da sentença a partir da tutela jurisdicional adequada no mandado de injunção (2.3.4.1.3).

2.3 A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção: do argumento da necessidade de *interpositio legislatoris* à utilização da analogia

2.3.1 Dos tipos de provimento judicial no mandado de injunção a partir da doutrina e da experiência jurisprudencial

Acentua a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, LXXI: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Existem algumas classificações elaboradas pela doutrina acerca dos tipos de provimento judicial no mandado de injunção. Para efeitos de compreensão, é mais claro começar expondo alguns entendimentos existentes quanto ao alcance prático do mandado de injunção para após discorrer sobre a jurisprudência da Corte Suprema. Com efeito, Regina Quaresma³³² elenca três teses: as teses da subsidiariedade, da independência jurisdicional e a resolutiva.

A tese da subsidiariedade foi adotada no MI 107³³³ e retrata o entendimento de que o mandado de injunção é subsidiário da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, isto é, equipara ambos os institutos quanto à eficácia prática: basta a declaração da mora e a notificação do legislador. Os Ministros Célio Borja e Carlos Velloso não admitiram tal tese no MI 107. A tese da independência jurisdicional é baseada, entre outros, no MI 283-5³³⁴. Discutia-se a falta de norma

³³² QUARESMA, Regina. *op. cit.*, p. 69.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107. José Emídio Teixeira Lima e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de Novembro de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283-5. Alfredo Ribeiro Daudt e União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

regulamentadora³³⁵ face ao disposto no art. 8º, §3º dos ADCT, referente à reparação econômica dos que foram impedidos de exercer atividade profissional específica em virtude de atos revolucionários. No mencionado caso, o STF concedeu prazo de 60 dias ao Congresso Nacional para que elaborasse a lei, e, ultrapassado este prazo, reconheceu o direito a obter sentença líquida de perdas e danos contra a União, e ainda aditou dizendo que a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, o que não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, no que lhe for mais favorável. No MI 284³³⁶, o STF converteu uma norma constitucional de eficácia limitada em norma de eficácia plena, e considerou que o mandado de injunção serve para obter a regulamentação de qualquer direito previsto na Constituição, e não apenas dos direitos e garantias fundamentais previstos no Título II. No MI 232³³⁷, face ao descumprimento do art. 59 dos ADCT, o STF concedeu prazo de seis meses ao Congresso, e esgotado o prazo, determinou que o requerente passasse a gozar da imunidade requerida. A *tese resolutiva* defende que, inexistindo regulamentação, ou seja, diante de lacuna, o órgão judicial formule a regra limitando-a, do ponto de vista subjetivo, somente aos destinatários (partes do processo), e do ponto de vista temporal. O Tribunal aplica uma norma que não está no ordenamento jurídico³³⁸.

Gisele Cittadino³³⁹, comentando a tese resolutiva, sustenta que ela é defendida com vigor pelo constitucionalismo comunitário brasileiro, tendo como base a idéia de que é inadmissível que o Judiciário legisle abstratamente, e, portanto, cumpre conceder efeitos *inter partes* e não *erga omnes* à decisão. Em artigo publicado no *Jornal do Brasil*, em 11/09/1990, intitulado “S.O.S. para o Mandado de Injunção”, José Carlos Barbosa Moreira defendia a inocuidade da comunicação da mora ao órgão legislativo (que deve conhecer suas próprias omissões) e alertava para o risco de que se mantido o entendimento do STF (tese da subsidiariedade)

³³⁵ Nos termos assinalados por Lenio Luiz Streck, a melhor interpretação à expressão “norma regulamentadora” é aquela que compreende não apenas a Lei, mas os decretos, instruções normativas, ou qualquer providência do Poder Público que seja necessária para viabilizar o exercício de um direito. A respeito, cf. STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. *op. cit.*, p. 32.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 284. Sérgio Cavallari e Congresso Nacional e União Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 232. Centro de Cultura Prof. Luiz Freire e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 27 de Março de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

³³⁸ QUARESMA, Regina. *op. cit.*, p. 77.

³³⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. *op. cit.*, p. 69.

seria melhor uma reforma constitucional simplesmente suprimir o inciso LXXI do art. 5º da Constituição (afinal, qual a valia do mandado de injunção se fosse mantido o posicionamento do STF?). Ainda alertava para o risco de morte precoce do instituto e questionava se não seria tempo de salvá-lo. No mesmo sentido Joaquim de Arruda Falcão, em artigo intitulado “O Supremo e a greve”, publicado na Folha de São Paulo, em 17/06/1994, criticou fortemente o Supremo por não tomar as decisões esperadas pelo país (“lavando as mãos”), hesitando em cumprir as funções de Corte Constitucional, e adiando a tomada de decisão, ao invés de solucionar a lide³⁴⁰. As fortes críticas dirigidas pelos autores ao posicionamento adotado pelo STF a partir do MI 107³⁴¹ tem como fundamento a fragilidade da tese da subsidiariedade, capitaneada pelo Min. José Carlos Moreira Alves, considerado por Gisele Cittadino como o “mais antigo e talvez mais conservador dos membros do STF”³⁴², e se situam historicamente como importantes protestos efetuados contra os primeiros julgamentos históricos do STF em sede de mandado de injunção. Saliente-se, ademais, a relevante obra de Lenio Luiz Streck, datada de 1991, intitulada “O mandado de injunção no direito brasileiro”, situada temporalmente no *locus da* crise do instituto³⁴³.

Outra classificação é a efetuada por Alexandre de Moraes³⁴⁴. O autor efetua uma tipologia do instituto quanto às posições adotadas pelos Ministros e as formas de provimento judicial no mandado de injunção, formulando uma dicotomia entre as posições Concretista e Não Concretista. Divide a posição Concretista em geral e individual, sendo que a última pode ser direta ou intermediária. Pela posição concretista geral o STF deveria decidir no âmbito do mandado de injunção com efeitos *erga omnes*, isto é, formulando norma geral abstrata que possibilitaria o exercício do direito até que a omissão fosse sanada, o que é rejeitado pela doutrina porque isto seria o exercício da função tipicamente legislativa pelo STF. Pela posição concretista individual, a decisão só produzirá efeitos *inter partes*, a partir da tese de que uma normatividade geral abstrata ocasionaria a nulidade da sentença (inexistência) por usurpação de poderes legislativos. A posição concretista individual

³⁴⁰CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. *op. cit.*, p. 70.

³⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107. José Emídio Teixeira Lima e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de Novembro de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

³⁴²CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. *op. cit.*, p. 69-70.

³⁴³STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. *op. cit.*

³⁴⁴MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 184.

direta, capitaneada pelos Min. Carlos Velloso e Marco Aurélio, defende que o Poder Judiciário, julgando procedente a ação do mandado de injunção, imediatamente implemente a eficácia da norma constitucional ao autor. A posição concretista individual intermediária, esposada pelo Min. Néri da Silveira, fixa prazo de 120 dias ao Congresso Nacional, o qual, se não fosse cumprido, o Judiciário deveria fixar as condições do exercício do direito. A posição não concretista é a que é denominada por Regina Quaresma³⁴⁵ de tese da subsidiariedade, isto é, enseja o mero reconhecimento formal da inércia do Legislativo e exorta-o a cumprir sua obrigação, sem viabilizar meios judiciais ao impetrante que possam viabilizar o exercício do seu direito. Alexandre de Moraes adota a posição concretista individual intermediária³⁴⁶. Nos termos propostos neste trabalho, a dicotomia entre a posição Concretista e a Não Concretista e classificação efetuada por Regina Quaresma tem como enfoque a problemática da concretização de direitos em sede de mandado de injunção.

Sabe-se que no MI 107³⁴⁷, o primeiro a ser julgado pelo STF, adotou-se a posição não concretista. A Corte equiparou o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão em termos de efeitos práticos. Destaca-se neste julgamento o posicionamento dissonante do Min. Carlos Velloso (voto vencido). O caso versava sobre estabilidade do servidor público militar (art. 42, §9º da CF). Também foi resolvida a questão da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, no sentido de que lhe seria aplicável a disciplina do mandado de segurança no que lhe fosse cabível. Seria absurdo pensar que um instituto como o mandado de injunção, forjado para dar efetividade aos direitos fundamentais face ao descumprimento do Poder Público quanto à regulamentação exigida em lei, pudesse ele mesmo ser dependente desta mesma legislação para ser aplicável³⁴⁸, pois ele é remédio contra omissões inconstitucionais e não poderia ficar a mercê destas.

O voto do Min. Carlos Velloso é o primeiro que desafia a posição não concretista. Nos primórdios do então novel instituto do mandado de injunção (muito comentado e sob o qual recaiam grande parte das esperanças da comunidade jurídica na busca pela efetividade da Constituição, tendo-se em vista que nunca na

³⁴⁵ QUARESMA, Regina. *op. cit.*, p. 69.

³⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 187.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107. José Emídio Teixeira Lima e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de Novembro de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro.** *op. cit.*, p. 29.

história constitucional brasileira houve um instrumento constitucional apto a remediar as insuficiências dos Poderes quanto à regulamentação de certos direitos³⁴⁹), o Ministro compreendeu muito bem qual a serventia do mandado de injunção. Afinal, sustentava a tese de que o mandado de injunção era instrumento de caráter substancial e não meramente formal, como pensavam os demais Ministros. O Min. Carlos Velloso “absorveu o sentimento do constituinte”, isto é, visualizou qual a importância e função do novo instrumento constitucional no ordenamento jurídico pátrio, rechaçando o ceticismo da comunidade acadêmica e do próprio Judiciário. Veja-se que muitos autores ficavam “em cima do muro” na hora de dizer qual era o provimento da sentença em sede de mandado de injunção, aderindo à tese da subsidiariedade, que restou, como historicamente foi comprovado, em um conjunto de medidas inócuas, dado que o Parlamento nunca cumpriu as determinações do STF. Isto é, o Ministro considerava que incumbia ao Judiciário, especificamente o STF, no âmbito do mandado de injunção, não o mesmo que ocorria na ação direta de inconstitucionalidade por omissão – declara-se a mora legislativa e dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que ele está omissa – mas sim a criação da norma viabilizadora do exercício do direito, mas limitando seus efeitos *inter partes*. Afinal, qual seria a serventia de dois institutos que tivessem os mesmos efeitos?

Bem salienta o Min. Ricardo Lewandowski no MI 670³⁵⁰ que no domínio do mandado de injunção se forjaram três posicionamentos: a decisão teria caráter meramente declaratório; seria condenatória; ou teria natureza constitutiva. A corrente que visualiza no mandado de injunção uma ação cujos efeitos são declaratórios considera que seu escopo é unicamente declarar a inconstitucionalidade da omissão e dar ciência dela ao órgão competente para que tome as providências cabíveis. A tese da natureza condenatória do instituto busca viabilizar o direito no caso concreto através de uma condenação que visa remover o obstáculo ao exercício do direito. A tese da índole constitutiva do mandado de injunção considera que cumpre ao Judiciário elaborar a norma faltante para

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283-5. Alfredo Ribeiro Daudt e União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010. p. 21.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 75.

disciplinar a matéria relegada à anomia. A decisão poderá ter efeitos *erga omnes* ou *inter partes*.

Flávia Piovesan³⁵¹ critica a posição dos que almejam igualar os efeitos do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assinala que enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por objeto a tutela do direito objetivo, isto é, visa resguardar ou sanear a ordem jurídica, e é via abstrata, o mandado de injunção é via de exceção ou de defesa, fazendo parte do controle difuso de constitucionalidade e não abstrato, e, por conseguinte, seu objeto é a tutela do direito subjetivo. A partir de tais considerações, rechaça a tese que visa atribuir normatividade geral e abstrata à decisão em sede de mandado de injunção (eficácia *erga omnes*) pois isto representaria um ato tipicamente legislativo por parte do Judiciário e uma extrapolação das possibilidades legítimas do Tribunal no controle difuso.

A autora, entretanto, no tocante à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, admite esta ressalva, isto é, que o STF possa dispor provisoriamente e com efeitos *erga omnes* sobre a matéria em caso de omissão legislativa, a título provisório, até que o legislador venha a elaborar a norma faltante. Não considera isto uma afronta à separação de poderes porque seria fornecido prazo razoável ao legislador supra a omissão e porque se trataria de atitude provisória do Tribunal até que fosse elaborada a norma pelo legislador³⁵². Ressalte-se que, apesar de existirem diferenças entre o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como bem gizou a autora, isto não significa que não existam semelhanças, a começar pelo fato de ambos serem instrumentos processuais constitucionais pensados pelo constituinte com vistas a sanar problemas atinentes à inconstitucionalidade por omissão, isto é, referentes ao descumprimento da Constituição pela omissão por parte dos Poderes do Estado, em que pese, realmente, o mandado de injunção tutelar direitos subjetivos, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ser via abstrata de controle de constitucionalidade.

A constitucionalista refuta a tese da natureza meramente declaratória do mandado de injunção, a começar pelo fato de que isto significaria uma equiparação do *mandamus* à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos moldes do

³⁵¹ PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 130 e ss.

³⁵² *Ibidem*, p. 132.

art. 103, §2º da CF. Para que existiram dois institutos com igual finalidade? E por que a legitimidade ativa seria diferenciada entre os institutos? Apesar disto, foi a posição consolidada no MI 107³⁵³. Ela compreende como satisfatório o entendimento que dá ao mandado de injunção a finalidade de possibilitar o exercício do direito a partir da criação de uma norma individual pelo Judiciário (tese da subsidiariedade, concretista individual direta ou constitutiva)³⁵⁴.

Pfeiffer³⁵⁵, nos mesmos termos trilhados, critica a tese da natureza declaratória do mandado de injunção, defendendo a inefetividade da decisão meramente declaratória para resolver os problemas causados por omissões inconstitucionais, pois “assemelha-se a uma censura política implícita, sem solucionar o problema daquele que suscita a tutela jurisdicional”³⁵⁶. Aliás, a própria palavra “injunção” significa imposição, o que inexistente em uma sentença declaratória. O MI 283 significou um passo dado pelo STF, embora insuficiente, na superação da posição não concretista. Neste julgado, o STF removeu o obstáculo sem proceder à regulamentação, reconhecendo ao impetrante a faculdade de obter sentença líquida de condenação à reparação devida. Como ocorreu o transcurso do prazo previsto no MI 283³⁵⁷, de 60 dias, sem que a regulamentação fosse feita, houve um “efeito educativo” na Corte, no sentido de que posteriores mandados de injunção passaram a não conter tal prazo, como é o caso do MI 284³⁵⁸, possibilitando-se ao impetrante ajuizar desde logo ação de reparação de natureza econômica³⁵⁹. Diz o autor:

Tais decisões [mandados de injunção 283 e 284] limitaram-se a remover, formalmente (mas não substancialmente) o obstáculo à realização do direito. Isto porque remeteram os impetrantes ao juízo ordinário, sem estabelecer os parâmetros por meios dos quais seria arbitrada a indenização pleiteada. Na realidade, delegaram a outro órgão jurisdicional a

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107. José Emídio Teixeira Lima e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de Novembro de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

³⁵⁴ PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 138 e ss.

³⁵⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 82.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 84.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283-5. Alfredo Ribeiro Daudt e União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 284. Sérgio Cavallari e Congresso Nacional e União Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

³⁵⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 89.

tarefa de regulamentar o dispositivo constitucional, pois é evidente que o juízo ordinário necessitará estabelecer os parâmetros para o cálculo da indenização, os quais nada mais serão do que a regulamentação viabilizadora do exercício do direito constitucional em pauta.

Não se nega o enorme avanço em termos de efetividade que essa decisão trouxe. Evidentemente, sem essa decisão, não seria possível aos beneficiários do direito contido no art. 8º, §3º, do ADCT, pleitear a indenização prevista, mesmo na esfera judicial.

Entretanto, não se pode deixar de destacar a contradição em que incorreu o Supremo Tribunal Federal com essa decisão: entendeu que não poderia fixar os contornos da indenização, mas restou implícito que o juiz federal do primeiro grau a quem for submetida a demanda indenizatória poderá fazê-lo. Ademais, tal solução permite a possibilidade de decisões díspares, que confirmam de modo aleatório a cada um dos postulantes uma regulamentação diferente³⁶⁰.

Apesar disto, no MI 283³⁶¹ foram votos vencidos os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio. O Min. Marco Aurélio sustentou em seu voto: a) não se pode equiparar o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e nem mesmo na última se pode fixar prazo para legislar; b) a necessidade de um provimento constitutivo; c) considerou que a concretização do direito deve ser feita pelo próprio STF e não delegada à via ordinária; d) não se pode abrir mão de uma competência reservada à Corte para atribuí-la ao juízo de primeiro grau; e) descabe notificar o Congresso Nacional porque ele sabe que está omissis e um Poder não pode compelir o outro a atuar. O Min. Carlos Velloso: a) defendeu uma interpretação substancial do mandado de injunção, isto é, diferentemente do mandado de segurança, que é mais instrumento processual de realização do direito líquido e certo, o mandado de injunção tem caráter substantivo; b) divergiu do entendimento de que o mandado de injunção tem por escopo notificar o órgão que está em mora, pois este entendimento esvazia a nova garantia constitucional; c) entendeu que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por escopo a defesa da ordem jurídica e que o mandado de injunção complementa a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; d) tomou como norma do caso concreto projeto de lei em andamento no Congresso Nacional.

Não se pode negar o avanço de tais posições, ao possibilitar ao impetrante buscar sentença líquida de perdas e danos. Apesar disto, o STF delegou

³⁶⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 89.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283-5. Alfredo Ribeiro Daudt e União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

competência indelegável, pois cumpre a ele mesmo decidir tais matérias – não existe tal possibilidade delegatória na Constituição – e decidiu *formalmente* (atribuindo qual o juízo competente), mas não *substancialmente* (concretizando o direito do impetrante). Ao delegar ao primeiro grau a função de calcular (inclusive por arbitramento) o *quantum* a ser indenizado, o STF não concretizou o direito do impetrante, mas disse que este poderá ser posteriormente concretizado através de sentença judicial. Mas o mandado de injunção tem por escopo a satisfação *imediate* do direito, já que a própria ação significa uma insatisfação face à mora na regulamentação. Não se pode esperar mais ainda.

Pfeiffer³⁶², ao discorrer acerca da tese da natureza condenatória do mandado de injunção (que remove o obstáculo à viabilização do exercício do direito), menciona duas subcorrentes: a que afirma que a regulamentação subsidiária deve ser limitada ao caso concreto e a que condena à satisfação do direito. A primeira admite que uma regulamentação seja realizada pelo órgão judicial competente com vistas a aplicação unicamente no caso concreto, mas não exigiria que o obrigado procedesse à satisfação da norma, dependendo para tanto de outro processo caso se recusasse a fazê-lo. A segunda entende que caberia ao órgão judicial exigir do impetrado a satisfação do direito subjetivo atingido pela omissão. Tal entendimento foi veiculado pelo Min. Carlos Velloso no MI 283³⁶³. A crítica a primeira corrente é vinculada à economia processual. A censura a segunda corrente tem como fundamento o fato de que a regulamentação unicamente para o caso concreto representa violação ao princípio da isonomia e da segurança jurídica, pois surgiriam regulamentações diferenciadas realizadas pelos órgãos judiciais. Rebatem os partidários da segunda corrente que então seria cabível a uniformização da jurisprudência. Pfeiffer³⁶⁴ sustenta que considerar os efeitos do mandado de injunção como *inter partes* significa submeter o STF à possibilidade de uma avalanche ou multiplicação de milhares de ações individuais, nos termos já defendidos pelo Min. Moreira Alves no MI 235³⁶⁵, em que debatia com o Min. Carlos Velloso, defensor da possibilidade de litisconsórcio ativo para solucionar o problema.

³⁶² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 93.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283-5. Alfredo Ribeiro Daudt e União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010. p. 36.

³⁶⁴ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 100.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 99.

A questão, menciona o autor, é que não se pode obrigar todos a postularem em litisconsórcio, além de que a proliferação de demandas individuais em sede de mandado de injunção poderia inviabilizar as atividades da Corte. A partir de tais conclusões, o processualista defende que o STF deve regulamentar com efeitos *erga omnes* o mandado de injunção com vistas a preservar os princípios da isonomia, da segurança jurídica e para não inviabilizar os trabalhos da Corte Suprema. A apologia à corrente que postula eficácia *erga omnes* no mandado de injunção tem como intuito que a regulamentação proferida provisoriamente pelo STF seja válida para todos os casos análogos do impetrante, visando evitar a proliferação de julgados, como se vê, v.g, no voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes no MI 670³⁶⁶:

O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas conseqüências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pode o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.

Este entendimento significa que não seria necessário a outro atingido cuja situação jurídica seja análoga impetrar outro mandado de injunção, pois a decisão do STF deve suprir a ausência de regulamentação, sendo então cabível em caso de descumprimento o mandado de segurança, por exemplo³⁶⁷. Seria possível, além disto, fixar prazo para que o órgão competente supra a mora, o qual transcorrido legitimaria o STF a regulamentar *in abstracto* a matéria. São as seguintes as principais objeções a esta corrente, que é a mais contestada: não se pode tornar o mandado de injunção uma ação mais “potente” que a própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois nem mesmo nesta a Constituição possibilita que o Judiciário produza normas gerais abstratas. Com efeito, nos termos do art. 103, §2º da CF: “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,

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 21.

³⁶⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 101.

para fazê-lo em trinta dias”³⁶⁸. O constituinte foi tímido no que tange aos efeitos da decisão em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois ficou atido a simples declaração da mora legislativa, não possibilitando ao Judiciário resolver a anomia jurídica. Se o próprio constituinte originário não previu a possibilidade do Judiciário solucionar provisoriamente a omissão inconstitucional através da elaboração de normas gerais e abstratas, como considerar que os Tribunais tem legitimidade para tanto em sede de mandado de injunção, desfrutando de uma normação geral que só existe no âmbito do poder normativo da Justiça do Trabalho?³⁶⁹

Outrossim, a corrente que nega que o mandado de injunção deva ter efeitos *erga omnes* diz que isso seria um desfrute pelo Judiciário de poderes nitidamente legislativos. Pfeiffer³⁷⁰ contra-argumenta no sentido de existirem hodiernamente ações coletivas (como a ação civil pública) que tem decisões com validade *erga omnes*, tutelando direitos difusos e individuais homogêneos, assim como ocorre nas ações diretas de inconstitucionalidade e na ação direta de constitucionalidade de leis ou atos normativos, ou na própria ADPF. A regulamentação normativa geral e abstrata realizada pelo Poder Judiciário no mandado de injunção não representaria a criação de um direito novo, pois este direito já está previsto na Constituição, mas seria um meio de viabilizar o seu exercício³⁷¹.

Uma das celeumas instauradas no MI 670 foi quanto a isto, pois ao adotar a tese da natureza constitutiva do mandado de injunção, houve um debate entre o Min. Gilmar Mendes, defensor da tese de que ao *writ* deve ser atribuído efeitos *erga omnes*, e o Min. Ricardo Lewandowski³⁷², que negava a expedição de regulamentos

³⁶⁸ O art. 283 da Constituição portuguesa assim dispõe: “1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”.

³⁶⁹ À respeito do poder normativo da Justiça do Trabalho, cf. o voto do Min. Marco Aurélio, ex-integrante da mesma, ao salientar que este poder é peculiar à solução de conflitos coletivos de trabalho. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999. Partido Social Cristão e Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 12 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. p. 47. Acesso em: 26 de dez. 2009.

³⁷⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 106.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 104.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007.

pelo Judiciário. Como é visível, na tese de que o mandado de injunção tem efeitos constitutivos há os que defendem a possibilidade e necessidade de uma regulamentação com efeitos *erga omnes* e os que a pretendem *inter partes*. Isto é, discutia-se a natureza da ação injuncional (se é declaratória, constitutiva ou condenatória) e os tipos possíveis de provimento judicial (extensão dos efeitos). Na lição de Pontes de Miranda³⁷³:

A ação somente é constitutiva porque a sua carga maior é a de constitutividade. Ação constitutiva é a ação predominante-mente constitutiva. A sentença, que ela espera, mais constitui do que declara, do que manda, do que executa, do que condena. A carga de eficácia imediata é de declaração. Daí ter eficácia de coisa julgada material. De regra, tem que pedir-se algum mandado, para que se atribua toda eficácia à constituição positiva ou negativa, que a sentença decretou.

Segundo o autor, a ação constitutiva é aquela no qual “o titular age para a constituição, a que tem direito, ou por ato próprio (direito de denúncia, direito de resolução) *ou através de ato judicial (sentença)*, ou de outra autoridade que o juiz”³⁷⁴ (destacado). A ação injuncional necessita ter caráter mandamental para ser constitutiva, isto é, para atribuir toda a eficácia possível. Atribuir caráter meramente declaratório ao mandado de injunção – tendo como base a classificação quinária das ações de Pontes de Miranda – esvazia o instituto, na medida em que a carga declaratória está presente em toda a pretensão, e existe em toda ação de condenação, constituição, mandamento ou execução. Logo, a declaração é necessária para a constitutividade, pois dela depende a constatação da relação jurídica, mas é insuficiente em si mesma, pois diante dos outros Poderes da República, a mera declaração da mora pelos juízes não permite a realização do direito. A mera declaração não permite o exercício da pretensão. O objeto das proposições declarativas é a existência ou inexistência de algo³⁷⁵. Ela busca a certeza no mundo jurídico. As proposições constitutivas visam modificar ou extinguir alguma relação jurídica. Questiona-se: é necessário que os Tribunais declarem a existência de omissão legislativa? Se há omissão, o Poder omissivo não deve saber? Fica claro que a tese da natureza declaratória do mandado de injunção resta

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 80.

³⁷³ MIRANDA, Pontes. **Tratado das Ações**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998. § 26.

³⁷⁴ *Ibidem*. § 25.

³⁷⁵ *Ibidem*. Tomo II. § 1.

prejudicada face ao fato de que omissões inconstitucionais devem ser matéria de cunho notório para os órgãos descumpridores da CF. Isto é, notificar a mora é dizer o óbvio. Pensar que o legislador deve ser notificado de sua mora (porque não sabia que estava nesta situação) é assumir que há uma irresponsabilidade institucional dos Poderes. Isto é impensável em um Estado Democrático de Direito.

Curiosa foi a decisão do STF no MI 114³⁷⁶. Neste julgado o STF estipulou que a mora não estaria configurada, porquanto suprida, embora provisoriamente, pelo constituinte, através do art. 10 dos ADCT, não restando inviabilizado o direito. Ocorre que o próprio art. 10 dos ADCT, no seu *caput*, fala na necessidade da edição de lei complementar face ao art. 7º, I da CF, isto é, no tocante à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Se esta lei não foi promulgada, como dizer que inexistente mora? O art. 10, I dos ADCT deve ser interpretado como uma medida precária (que se tornou perene, porque até hoje não regulamentada) que não elide a mora do legislativo, mas a confirma, porque ele mesmo é pensado como forma a viabilizar apenas parcialmente a proteção ao emprego. É incoerente negar a mora flagrante do Legislativo porque o constituinte possibilitou alguma proteção (de resto muito tênue) contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Esperava-se que o Legislativo produzisse uma legislação que viesse a proteger com mais segurança o vínculo de emprego.

2.3.2 Uma breve síntese dos avanços da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção

Sabe-se que a trajetória do mandado de injunção na jurisprudência do STF foi repleta de erros e acertos, percursos e discussões. Instituto novo no ordenamento jurídico provocou celeumas quanto ao seu alcance e finalidade. Há uma nítida evolução na jurisprudência do STF, que cada vez mais avançou em seu

³⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 114. Plínio José de Arruda Cimino e Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 04 de Abril de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009.

entendimento. Dos primórdios do mandado de injunção, em que prevalecia a sua natureza declaratória, até hoje, há muitas mudanças. Um dos primeiros passos dados pelo Tribunal para superar a posição não concretista foi, como já mencionado, o julgamento dos mandados de injunção 283 e 284, em que foi removido o obstáculo oposto contra o direito e delegado aos juízes federais a competência para arbitramento dos valores a serem pagos a título de indenização em caso de isto ser buscado judicialmente. Seria possível uma sentença condenatória legitimada pelo posicionamento favorável do STF no sentido de viabilizar o direito cercado pela omissão inconstitucional. Mas tal entendimento, se já significava o prelúdio do fracasso da tese da natureza declaratória da ação injuncional, em termos de possibilidades hermenêuticas ainda não concedia ao *writ* constitucional a dignidade que deveria lhe estar reservada. Com efeito, o mandado de injunção não é *mais uma* ação dentre tantas outras que foi prevista pelo constituinte, mas *a* ação que foi pensada com vistas a tutelar direitos subjetivos (e não simples expectativas de direito) inviabilizados pela inércia dos Poderes da República. Não se trata de conceder um “favor pessoal” ao impetrante, mas lhe efetivar um direito que inadmissivelmente foi cerceado pela falta de atitude política dos agentes públicos. Assim é que não basta a remoção do obstáculo, é necessária a concretização de direitos. De que adianta ao cidadão ter em mãos uma “declaração de que existe mora”? Isto lhe efetiva o direito? No mandado de injunção deve prevalecer a carga constitutiva e não a declaratória.

Em uma breve síntese da principal jurisprudência do Pretório Excelso no que tange aos mandados de injunção julgados (assuntos mais correntes), pode-se realizar a seguinte classificação³⁷⁷:

a) referentes à necessidade de regulamentação do disposto no art. 192, §3º da CF (limitação da taxa de juros em 12% ao ano, suprimido pela emenda

³⁷⁷ No presente trabalho, foram estudados os mandados de injunção 4, 20, 32, 36, 58, 73, 95, 99, 102, 107, 114, 124, 135, 144, 168, 183, 188, 204, 211, 219, 232, 233, 241, 263, 269, 278, 283, 284, 292, 296, 306, 311, 316, 322, 323, 347, 356, 361, 369, 384, 388, 414, 420, 424, 426, 430, 438, 447, 448, 457, 462, 468, 470, 472, 475, 477, 485, 498, 506, 507, 516, 539, 542, 543, 545, 562, 582, 584, 585, 587, 588, 589, 593, 605, 611, 616, 621, 624, 626, 627, 628, 631, 670, 685, 689, 695, 701, 702, 703, 708, 712, 721, 725, 758, 788, 795, 796, 797, 808, 809, 815, 825, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962, 998, com ênfase nos julgados 670 e 712. Saliente-se que a numeração não segue estritamente a ordem cronológica, pois o primeiro julgado é o de número 107. Somente foram estudados os julgados cujo inteiro teor estava disponível no site do STF.

constitucional 40 de 2003): mandados de injunção 311³⁷⁸, 323³⁷⁹, 361³⁸⁰, 430³⁸¹, 457³⁸², 477³⁸³, 507³⁸⁴, 542³⁸⁵;

b) tangentes à necessidade de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional (art. 7º, XXI da CF): mandados de injunção 95³⁸⁶, 124³⁸⁷, 369³⁸⁸ e 695³⁸⁹;

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 311. Heliete Greco de Pinho e Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 16 de Novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 323. Irconso Materiais para construção Ltda e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 08 de Abril de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 361. Simpec RJ e Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 23 de Junho de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 430. Itamalgnesto Nordeste S/A e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 26 de Maio de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 457. Calçados Guaraldo Ltda e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 26 de Maio de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 477. Cowa do Brasil Serviços Especiais Indústria e Comércio Ltda e Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 26 de Outubro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 507. Companhia Terperman de Estofamentos e Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 26 de Maio de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 542. Companhia Paulista de Plásticos e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de Agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 95. Paulo Marcelo Aguiar Carneiro de Albuquerque e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 07 de Outubro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 124. Carlos Antonio Rossini e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 07 de Outubro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 369. Neisser Cardoso Minervino e Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 19 de Agosto de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 695. Issac Ribeiro Silva e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 01 de Março de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

c) quanto à aposentadoria especial do servidor público (art. 40, §4º da CF): mandados de injunção 721³⁹⁰, 758³⁹¹, 788³⁹², 795³⁹³, 796³⁹⁴, 797³⁹⁵, 808³⁹⁶, 809³⁹⁷, 815³⁹⁸, 825³⁹⁹, 828⁴⁰⁰, 841⁴⁰¹, 850⁴⁰², 857⁴⁰³, 879⁴⁰⁴, 905⁴⁰⁵, 927⁴⁰⁶, 938⁴⁰⁷, 962⁴⁰⁸ e 998⁴⁰⁹;

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721. Maria Aparecida Moreira e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 80 de Agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 758. Carlos Humberto Marques e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 01 de Julho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 788. Maria Aparecida Caetano Lenarduzzi e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 795. Creuso Scapin e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 14 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 796. Jorge Pereira Gonçalves e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 797. Jorge Pereira dos Santos e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 808. Eduardo Barbosa de Souza e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 809. Osnir Custódio da Silveira e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 815. Hiroki Nabeshima e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 825. Ernande da Costa e Silva e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 de Abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 828. Lazaro Fernandes Azeredo e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 14 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 841. Telma Veronica Carneiro Lima e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 850. Antonio Carlos Tavares de Souza e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

d) quanto à garantia no emprego (art. 10 dos ADCT e art. 7º, I, da CF):
mandado de injunção 114⁴¹⁰ e 628⁴¹¹;

e) quanto ao direito de greve do servidor público (art. 37, XI da CF):
mandados de injunção 20⁴¹², 438⁴¹³, 485⁴¹⁴, 585⁴¹⁵, 631⁴¹⁶, 670⁴¹⁷, 689⁴¹⁸, 708⁴¹⁹ e
712⁴²⁰;

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 857. SINAL e Presidente da República. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 879. Genildo Machado Lira e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 905. Marcelo Fernandes Camargos e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 927. Josue Peter de Oliveira e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 938. Jorge Luiz Gomes Paim e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 962. Ivan Wladimirsky e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 998. Sérgio Rebellato e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 114. Plínio José de Arruda Cimino e Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 04 de Abril de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009.

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 628. Antônio Inocência Chaves e Congresso Nacional. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 19 de Outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 20. Confederação Nacional dos Servidores Públicos do Brasil e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de Maio de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 438. SINTEGO e Presidente da República e e Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 16 de Junho de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 485. SINDEPO/MT e Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Correa. Brasília, 24 de Abril de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

f) quanto à reparação econômica face ao art. 8, §3º dos ADCT: mandados de injunção 283⁴²¹, 284⁴²², 384⁴²³, 447⁴²⁴, 562⁴²⁵, 626⁴²⁶;

g) quanto à regulamentação face às sociedades cooperativas: mandados de injunção 701⁴²⁷, 702⁴²⁸, 703⁴²⁹.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 585. SINDIFISCAL e Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 15 de Maio de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 631. SINDIJUS e Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 15 de Maio de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009.

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 689. SINJEP e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 07 de Julho de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708. Heliete Greco de Pinho e Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 16 de Novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712. SINTEM e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283-5. Alfredo Ribeiro Daudt e União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 284. Sérgio Cavallari e Congresso Nacional e União Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 384. Eurilo Campelo de Assis e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 05 de Agosto de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 447. Luiz de Holanda Moura e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 05 de Maio de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 562. Avelino Iost e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 20 de Fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 626. Idibel Matto Pivetta e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de Março de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 701. UNIMED Paulistana e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de Setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

Quanto à necessidade de regulamentação do disposto no art. 192, §3º da CF, o STF sempre incidiu no mesmo equívoco interpretativo, isto é, declarava a mora e notificava o Congresso Nacional da sua obrigação constitucional de legislar. A Corte não superou, portanto, a tese da natureza declaratória da ação injuncional, o que favoreceu sobretudo a possibilidade de instituições financeiras praticarem juros abusivos e elevados, que superavam em muito o teto de 12% ao ano. No MI 542⁴³⁰ é assegurado o direito subjetivo à legislação, garantido pelo texto constitucional, mas a solução prática adotada pelo Tribunal foi inócua. Aliás, depois de reiterados julgados reafirmando a mora do Congresso Nacional na mesma matéria, era de se esperar uma revisão da jurisprudência da Corte, mas a celeuma no que tange ao dispositivo cessou após a emenda constitucional 40 de 2003, que o suprimiu, ao menos quanto à necessidade de regulamentação do mesmo. No tocante à necessidade de lei regulamentadora do aviso prévio proporcional, o mesmo pode ser dito, ou seja, prevaleceu a concepção de que o mandado de injunção era instrumento processual de índole formal-declaratória, revestindo-se unicamente de “agulhão” cuja finalidade seria incitar o órgão competente a sair da inércia. Os itens “d” e “f” já foram comentados retro. Os mandados de injunção referentes às sociedades cooperativas não foram sequer conhecidos.

O tema da aposentadoria especial do servidor público recebeu tratamento muito mais satisfatório do STF, dada a nova orientação jurisprudencial tomada especialmente a partir dos mandados de injunção 712⁴³¹ e 670⁴³², relativos à greve do servidor público. Para efeitos didáticos, é mais elucidativo expor como ocorreu a

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 702. UNIMED Tatuí e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de Setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 703. UNIMED Limeira e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de Setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 542. Companhia Paulista de Plásticos e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de Agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712. SINTEM e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009.

“virada interpretativa” da Corte quanto à natureza e alcance do mandado de injunção. Sabe-se que a partir de tais julgados o Tribunal passou a utilizar-se da analogia. É verdade que não foi a primeira vez que Ministros defenderam tal possibilidade, em que pese tenham sido votos vencidos em decisões anteriores. Assim é que no MI 107⁴³³ o Min. Carlos Velloso já propunha tal possibilidade hermenêutica, como voto vencido. Da mesma forma fazia o Min. Marco Aurélio no MI 283⁴³⁴, ao mencionar a necessidade de um provimento constitutivo, também como voto vencido. Destaque-se também o MI 721⁴³⁵, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, e na qual ficou assentado que *a carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada*. Versava acerca da aposentadoria especial do servidor público, nos termos do art. 40, §4º da CF. Houve aplicação analógica do art. 57, §1º da lei 8.213/91. Nas palavras do Rel. Min. Marco Aurélio, após 20 anos de omissão inconstitucional, era necessário dar ao mandado de injunção natureza mandamental:

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afasta as nefastas conseqüências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos tribunais do trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que, consoante prevê o §2º do art. 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho. Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior recepciona, mesmo assim de forma mitigada, em se tratando apenas do caso vertente, a

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107. José Emídio Teixeira Lima e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de Novembro de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

⁴³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283-5. Alfredo Ribeiro Daudt e União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

⁴³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721. Maria Aparecida Moreira e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 80 de Agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

separação de poderes que nos vem de Montesquieu. Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. [...]⁴³⁶

Sabe-se que no MI 721 pela primeira vez o STF deu maior concretude ao mandado de injunção, capitaneado pelo voto do Relator Min. Marco Aurélio. O Min. Marco Aurélio completou em 13/06/2010 20 anos de atuação no STF. Ficou conhecido como o Ministro do “voto vencido”, por defender inúmeras vezes posições divergentes frente à maioria. Mas como bem salientou o Decano da Corte, Min. Celso de Mello, “aquele que vota vencido, por isso mesmo, deve receber o respeito de seus contemporâneos, pois a história tem registrado que, nos votos vencidos, reside, muitas vezes, as sementes das grandes transformações”⁴³⁷. Não é por acaso que o Min. Marco Aurélio deu interpretação constitucionalmente adequada (interpretação conforme) ao mandado de injunção. Desde sempre ele nunca esteve com a maioria no tocante à natureza declaratória do *writ* constitucional, e este destemor que manifesta em seus votos é alavanca que possibilita, muitas vezes, o progresso da jurisprudência. Se verdade não é consenso, então o voto vencido não é um empecilho à formação do entendimento da Corte, mas um lembrete de que a maioria pode estar equivocada, e o(s) vencido(s) com a razão, o que descerra a importância do “jogo da alteridade”, de ouvir o outro e reconhecê-lo. Mas isto se reveste em algo fundamental na Corte Suprema, que não pode errar por último. Se existem posições divergentes, então ou alguém está com a razão, ou ninguém está com ela. E é preciso pensar que o voto vencido pode não ter a maioria, mas pode estar com a razão, o que tem muito mais peso, em que pese às vezes isto não seja bem compreendido.

O ano de 2007 (em 25/10/2007) deve ser celebrado como aquele em que o STF resgatou a dignidade perdida do mandado de injunção. Veja-se: após quase 20 anos relegado à inocuidade prática, à ineficiência, à inefetividade, visualizado como uma espécie de “lembrete constitucional”, a Corte percebeu que o art. 5º, LXXI na prática era letra morta. Os nefastos efeitos da mutação inconstitucional causada

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721. Maria Aparecida Moreira e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 80 de Agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010. p. 9-10.

⁴³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154300>> Acesso em: 15 jun. 2010.

pelas práticas interpretativas equivocadas do STF haviam contaminado inclusive o STJ, que passava a ter o mandado de injunção como ação de índole declaratória⁴³⁸ e relegavam a Constituição a uma mera carta de princípios no que tange ao instituto.

No MI 20 o STF entendeu que o inciso VII do art. 37 da CF era norma de eficácia limitada, ou seja, dependente de ato legislativo, e predominou a tese da natureza declaratória do mandado de injunção, em que pese as divergências dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso. O mesmo entendimento ocorreu face aos mandados de injunção 438, 585 e 631. O MI n. 485 também perfilhou a tese declaratória do *writ*. No MI n. 689 ficou assentado que o mandado de injunção não é sucedâneo do mandado de segurança e não é ação condenatória, não pode determinar ao Congresso Nacional obrigação de fazer, nem cominar pena pecuniária pela omissão legislativa.

2.3.2.1 A mudança paradigmática do entendimento da Corte: os casos dos mandados de injunção 670, 708 e 712

A mudança paradigmática que alterou a jurisprudência da Corte ocorreu com o voto do Min. Relator Eros Grau no MI 712⁴³⁹ e do Min. Gilmar Mendes no MI 670⁴⁴⁰, relativamente à greve do servidor público. Em termos de impacto, é a partir daí que a jurisprudência da Corte dá uma guinada em direção a um novo entendimento. No MI 712 o Min. Eros Grau defendeu a aplicação da lei federal 7.783/89 aos servidores públicos, naquilo que couber, até que sobrevenha lei regulamentadora. Alegou que a greve é um poder de fato. O Sindicato dos

⁴³⁸ Diz Lenio Streck que o STJ, seguindo o STF, incidiu no mesmo equívoco da tese declaratória, isto é, não seria possível suprir a omissão e nem regulamentar certo direito, editando ato normativo. O mandado de injunção não teria caráter satisfativo, mas meramente formal. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. *op. cit.*, p. 30.

⁴³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712. SINTEM e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009.

Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará impetrou mandado de injunção com o intuito de dar efetividade à norma inscrita no art. 37, VII, da CF e obter revisão anual da remuneração. A categoria solicitava o reajuste de 105% e obteve somente o aumento salarial de 9%. Deflagrada a greve, foi posteriormente considerada ilegal e o TJ/PA determinou a suspensão dos pontos e desconto dos dias parados. Inconformada, a entidade veio ao Judiciário, beneficiada pelo entendimento consubstanciado nos mandados de injunção 342 e 362, que admite a possibilidade de mandado de injunção coletivo e dá legitimidade ativa *ad causam* às entidades de classe, desde que constituídas há pelo menos um ano, em que pese à inexistência de dispositivo constitucional específico neste sentido. O Min. Relator Eros Grau distinguia as greves nos setores privado e público. A greve no setor privado representa o embate entre trabalho e capital; na relação estatutária, entretanto, o que há é conflito com o interesse público. Nos termos já alinhavados por Duguit⁴⁴¹, o serviço público é atividade constitucionalmente exigida que abarca interesses vitais da comunidade. Há que se fazer ressalvas quanto à utilização da lei federal 7.783/89 na greve dos servidores públicos civis. É que não é possível aplicar seus artigos de forma “tabula rasa”. Isto foi bem compreendido pelo Min. Eros Grau, que propôs um disciplinamento específico. Primeiramente, cumpre considerar a importância do princípio da continuidade do serviço público e suas conseqüências diante do direito de greve. Em segundo lugar, é possível, disse o Ministro, aplicar os artigos 1º a 9º, 14, 15 e 17 da lei 7.783/89.

A norma supletiva, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1º a 9º, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as seguintes alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos: apenas a paralisação parcial do trabalho é facultada; durante a greve serão necessariamente mantidas em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação do serviço público; o comprometimento da regular continuidade da prestação do serviço público é inadmissível; consubstanciando abuso do direito de greve⁴⁴².

No MI n. 670 o Relator Min. Gilmar Mendes segue o acerto do voto do Min. Eros Grau no MI n. 712. Percebendo os riscos da consolidação de uma típica

⁴⁴¹ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3 ed. Paris: Fontemoing, 1927, 5. v.

⁴⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712. SINTEM e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010. p. 64.

omissão judicial quanto à matéria e do “estado de natureza” que havia surgido na greve do servidor público (ou “lei da selva”, como diz o Ministro no seu voto), face à ausência de regulamentação, toma como base a experiência do direito comparado. Sinaliza a existência de motivações ideológicas na ausência de regulamentação do direito de greve do servidor público, pois muitos almejam vetar a greve no setor público, ou seja, proibi-la radicalmente.

A representação dos servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem se qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal⁴⁴³.

Gizando a necessidade de superação do modelo clássico de justiça constitucional, o Ministro destaca o fracasso das teses segundo o qual os Tribunais Constitucionais deveriam se cingir a atitudes meramente contemplativas diante das tarefas constitucionais. Acrescenta a possibilidade de aplicação de Lei 7.701/88, que trata da competência das turmas dos tribunais do trabalho em processos coletivos, no que tange a apreciação e julgamento de conflitos referentes à greve de servidores públicos. Em seu voto o Min. Ricardo Lewandowski inicialmente foi contrário ao voto do relator, sustentando a impossibilidade de aplicação analógica das regras inerentes ao setor privado ao público de forma “tabula rasa”, dada as diferenças gritantes, entre elas que todo serviço público é essencial. Além disto, a própria lei n. 7.783/89 no seu art. 16 diz que lei complementar irá tratar da greve do servidor público (sabe-se que hoje é possível via lei ordinária). Em uma primeira análise ele não realizou um disciplinamento especial do direito de greve do servidor público, somente garantindo tal direito aos Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo, com o asseguramento dos serviços inadiáveis, devendo o Estado evitar o corte do ponto ou a imposição de multa pecuniária diária. Posteriormente, ao visualizar que o Min. Eros Grau e o Min. Cezar Peluso fizeram uma “adaptação” na aplicação da referida lei ao setor público, juntou-se à maioria. O Min. Joaquim

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 30.

Barbosa defendeu que o mandado de injunção deve servir unicamente para demonstrar a conformidade constitucional do interesse pleiteado, ficando a regulamentação a dever dos foros competentes. Foi vencido o Min. Maurício Correa, que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional.

2.3.3 A discussão acerca da eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção

Poucos autores no Brasil responderam nos primeiros anos da nova Constituição satisfatoriamente qual deveria ser o provimento judicial adequado a ser adotado no mandado de injunção, com exceções de poucos, como Lenio Luiz Streck⁴⁴⁴ e José Afonso da Silva⁴⁴⁵, que já em 1989 enfrentava o tema, dizendo que equiparar o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão é equivocado porque isto seria torná-lo um sucedâneo da mesma (significaria espécie de ação de inconstitucionalidade por omissão *subsidiária*). Diz o constitucionalista que seria absurdo pensar que é negado ao cidadão o direito de propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por não ser um dos legitimados, mas poderia fazê-lo por via inversa, através do uso do mandado de injunção. Afinal, se ambos têm a mesma eficácia, para que existem dois institutos no ordenamento jurídico?

Estas considerações mostram claramente que o processo injuncional não objetiva diretamente obter a regulamentação que vise tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O impetrante age na busca de realização concreta e direta do seu direito ou prerrogativa, independentemente da regulamentação. A sentença há de ser, pois, satisfativa do direito ou prerrogativa, objeto do pedido. Compete ao Juiz definir as condições para essa satisfação e determiná-la imperativamente. Não cabe ao Juiz regular a matéria genérica e normativamente. Incumbe-lhe apenas estabelecer o modo concreto de atender o interesse do impetrante, no caso concreto, sem extensão alguma. Os limites subjetivos do julgado no processo injuncional seguem o princípio geral de ater-se tão só aos sujeitos da lide, da *res in judicium deducta*⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. *op. cit.*, p. 59 e ss.

⁴⁴⁵ *Ibidem* p. 26.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 27.

Lenio Streck⁴⁴⁷ já em 1991 enfrentava o assunto, elencando três obstáculos à eficácia do mandado de injunção: a) a recepção de normas da ordem constitucional anterior (princípio da recepção de normas infraconstitucionais) como impedimento para o deferimento do mandado de injunção; b) a sua equiparação com a ação de inconstitucionalidade por omissão; c) o tipo de provimento judicial adotado pelos Tribunais no mandado de injunção. Quanto ao último item, afirmava que a sentença do mandado de injunção deverá ser constitutiva, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, declaratória⁴⁴⁸.

Interessa estudar o mandado de injunção a partir da discussão acerca da eficácia das normas constitucionais. Importa considerar que os teóricos americanos distinguiram as normas constitucionais em *self executing provisions* e *not self executing provisions*. Nas primeiras a norma basta por si mesma, é auto-aplicável. Na segunda, há necessidade de regulamentação, pois as normas não são bastantes em si mesmas. No direito italiano destaca-se a classificação de Crisafulli⁴⁴⁹, ao distinguir as normas em programáticas, imediatamente preceptivas ou constitutivas e normas de eficácia diferida, sendo necessário destacar a sua afirmação de que todas as normas programáticas têm eficácia obrigatória e imediata⁴⁵⁰. No Brasil o Prof. José Afonso da Silva, em seu livro *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* dizia que as normas constitucionais poderiam ser de eficácia plena e aplicabilidade imediata, de eficácia contida (ou contível⁴⁵¹) e de aplicabilidade imediata, e normas de eficácia limitada ou reduzida, divididas em definidoras de princípio institutivo e definidoras da princípio programático⁴⁵². Normas de eficácia plena são aquelas que são bastantes em si mesmas, isto é, passam a irradiar efeitos independentemente de posterior regulamentação. Normas de eficácia contível são as que irradiam efeitos jurídicos imediatos, mas podem ser restringidas em seu alcance

⁴⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. *op. cit.*, p. 59 e ss.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁴⁹ CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**. Milão, 1952. p. 54.

⁴⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 243.

⁴⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁵² Em que pese na sua classificação José Afonso da Silva afirmar a existência de “normas constitucionais de eficácia contida”, ele mesmo diz que seria melhor falar em “normas constitucionais de eficácia contível”, dando a entender que essa terminologia é mais adequada porque tais normas não são em si mesmo contidas, mas podem a vir contidas ou restringidas pela legislação superveniente. Daí porque no trabalho utilizará a expressão “normas de eficácia contível” por ser mais coerente com o conceito. Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. *op. cit.*

posteriormente. Normas de eficácia limitada são as que dependem de regulamentação para terem plena eficácia ou seja, de *interpositio legislatoris*. Sabe-se que já não se pode mais falar em normas desprovidas de eficácia, pois toda norma constitucional necessariamente tem eficácia. A grande contribuição de Crisafulli neste sentido foi demonstrar que as chamadas “normas programáticas” não eram e nem poderiam ser, como muitos pensavam, meras diretivas ou conselhos dados ao Estado, mas regras imperativas e cogentes que apontavam para a realização de certos projetos constitucionais. Alerta Celso Ribeiro Bastos⁴⁵³:

Mesmo o avanço havido na doutrina consistente em afirmar a juridicidade das normas programáticas não foi de molde a subtraí-las da crise em que se encontravam. É que muitas vezes elas restam ainda inaplicadas e não há como superar o confronto que surge entre o disposto na Constituição e a relutância do Legislativo em cumprir o preceituado.

Diante do instituto do mandado de injunção, inicialmente o Min. Eros Grau tomou posicionamento no sentido de que seria de eficácia contível o inciso VII do art. 37 da CF. Sabe-se que no MI n. 20⁴⁵⁴ ficou assentado que o dispositivo tinha eficácia limitada. Disse o Ministro:

Em ocasiões anteriores sustentei que o preceito é dotado de eficácia contida. Não obstante, torna-se desnecessário, nesse momento, debatermos a questão. De uma ou de outra forma, a solução a ser no caso encaminhada operará no sentido de viabilizar o exercício do direito de que se trata pelos servidores públicos. Entendido como norma de eficácia limitada, o texto normativo constitucional depende da emissão de normatividade futura, que lhe integre eficácia, dando-lhe capacidade de execução. Reclama-se, portanto, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. O Congresso Nacional atua, nessas condições, desempenhando a relevante função de sujeito concretizante do que foi nele – isto é, no texto da Constituição – proclamado⁴⁵⁵.

⁴⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 126.

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 20. Confederação Nacional dos Servidores Públicos do Brasil e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de Maio de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

⁴⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712. SINTEM e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010. p. 8.

Sabe-se que este debate resta prejudicado por vários motivos. Primeiramente, cumpre salientar que o próprio art. 5º, §1º da CF veda terminantemente que se interpretem as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais negando-lhes aplicação imediata. Ou seja, a proibição do princípio do *non liquet* conduz ao seguinte entendimento: “[...] o *mandado de injunção* torna todas as normas constitucionais potencialmente eficazes e de aplicabilidade imediata”⁴⁵⁶. Em segundo lugar, Lenio Streck sustenta:

[...] não há um dispositivo constitucional que, em si mesmo, seja programático ou de eficácia limitada ou plena. O texto constitucional é/será aquilo que o processo de produção de sentido estabelecer como o arbitrário juridicamente prevalecente⁴⁵⁷.

Isto significa que se deve (re)considerar a noção de normas programáticas a partir do resgate da sua juridicidade, isto é, elas não podem mais ser vistas como meros programas ou simples diretivas ao Estado. E não se admite que no mandado de injunção se proceda da forma como criticou o Min. Carlos Britto, nos seguintes termos, defendendo a eficácia plena da decisão injuncional: “A pior das omissões é a nossa. Não podemos responder a uma norma constitucional de eficácia limitada com uma decisão judicial de eficácia limitada”⁴⁵⁸. É preciso salientar que a partir da Hermenêutica não se sustenta taxar uma norma como de eficácia reduzida em si mesma, como se a limitação de sua eficácia fosse atributo da mesma em sua própria natureza. Ao contrário, dado que a interpretação é sempre produtiva e nunca reprodutiva, é possível tornar o inciso VII do art. 37 da CF uma norma de eficácia plena através do processo interpretativo, como fez o STF em seus julgados mais recentes, ao invés de dar a “desculpa” de que não seria possível dar maior eficácia ao dispositivo porque depende de lei. Ora, só se admitiria que o inciso VII do art. 37 da CF fosse de eficácia limitada se admitida a vetusta doutrina da separação de poderes (aplicada de forma totalmente descontextualizada e anacrônica no Estado Democrático de Direito), o que faria com que o STF nada pudesse fazer em sede de mandado de injunção senão declarar a mora. Mas o que prevalece em termos de

⁴⁵⁶ SILVA, José Afonso. **Mandado de injunção e habeas data**. *op. cit.*, p. 25.

⁴⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 6 ed. *op. cit.*, p. 250.

⁴⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712. SINTEM e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010. p. 75.

separação de poderes no Brasil não é aquela doutrina de Montesquieu mal digerida pelos americanos, mas sim o direito positivo constitucional, salienta o Min. Eros Grau⁴⁵⁹.

É necessário inverter os termos do problema. Uma norma só será de eficácia limitada se o intérprete assim interpretá-la, isto é, se o fizer de forma inautêntica, se a norma individual criada pelo juiz⁴⁶⁰ for de eficácia limitada ou reduzida, e não porque uma norma assim é em si mesma. Há um resquício de objetivismo na tese da eficácia limitada de algumas normas constitucionais, é como se o conceito de “limitação” fosse inerente às mesmas, como se a norma tivesse uma vontade em si mesma⁴⁶¹.

Mas dado que os Tribunais Constitucionais contemporâneos tem diversas Técnicas de Decisão, como salienta o Min. Gilmar Mendes, através de uma decisão de eficácia plena eles podem suprir a ausência de *interpositio legislatoris* e dar eficácia a certo dispositivo ainda não regulamentado, suprimindo a omissão inconstitucional. Já é hora de uma (re)visualização das competências constitucionais, pois a doutrina francesa da separação de poderes não pode ser aplicada no Brasil de forma descontextualizada (lembre-se que ela surgiu de uma desconfiança face à magistratura francesa), dado que o que deve prevalecer é o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, e ele é expresso ao dar competência ao STF para julgar o mandado de injunção. O mandado de injunção pode ser pensado a partir de um adágio que é muito repetido por Celso Antônio Bandeira de Mello, tomado de Carlos Maximiliano: “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis”⁴⁶². E seria um nítido absurdo constitucional a existência de dois institutos de mesma eficácia

⁴⁵⁹ Cf. voto do Min. Eros Grau em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712. SINTEM e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010. p. 8.

⁴⁶⁰ Hans Kelsen admite que o juiz cria a norma individual aplicável ao caso concreto a partir da norma geral. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 272. À respeito da teoria da norma fundamental de Kelsen, cf. RAZ, Joseph. Kelsen’s Theory of the Basic Norm. In: PAULSON, Stanley L; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.) **Normativity and norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes**. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1998. p. 47-67.

⁴⁶¹ Lenio Streck discorre acerca do debate entre objetivistas e subjetivistas. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 6 ed. *op. cit.*, p. 100.

⁴⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros: 2005. p. 106. *Apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 2 ed. Livraria do Globo, 1933. p. 183.

prática (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Como justificá-los? É preciso desviar o olhar para o intérprete: é ele que poderá criar uma norma desprovida de eficácia, a partir de seus pré-juízos inautênticos, ou visualizar que há possibilidade hermenêutica de dotar certa norma de eficácia plena.

2.3.4 Críticas às posições do Supremo Tribunal Federal nos mandados de injunção n. 107 e 670: a hermenêutica filosófica e a teoria da *Law as Integrity* de Dworkin como bases fundamentais para a possibilidade e necessidade de respostas constitucionalmente adequadas no Direito

Ao rechaçar posturas relativistas, a tese das respostas corretas abre “uma frente de combate” face à retórica contemporânea, especialmente Chaim Perelman⁴⁶³, que não admite a possibilidade de demonstrações argumentativas necessárias, mas tão somente respostas verossímeis ou mais plausíveis (razoáveis) que outras. Wladimir Barreto Lisboa⁴⁶⁴, em que pese não se refira no seu texto à tese das respostas corretas no Direito, afirma que, ao tomar a Retórica como um conjunto de técnicas que tem por objetivo a adesão do espírito, Perelman se iguala aos sofistas gregos que acreditavam unicamente na eficácia do *logos*, se distanciando da retórica aristotélica. Para Platão “o verdadeiro retórico é um filósofo”, enquanto para Perelman “o verdadeiro filósofo é um retórico”⁴⁶⁵. É aí que reside uma das gritantes diferenças entre Aristóteles e Perelman: para o primeiro a Retórica não é englobante da Filosofia enquanto para o segundo é.

Como isso afeta a tese da possibilidade e necessidade de respostas corretas? É preciso observar que ainda predomina com muita força, inclusive nos Tribunais, máximas como “tudo é questão de opinião” e “não há posição mais certa que outra, mas tão somente as que são bem ou mal fundamentadas”. Aí é que está o erro. Perelman incide no equívoco de desprezar a possibilidade de raciocínios apodícticos e dá muito destaque ao consenso e ao acordo do auditório universal. Mas

⁴⁶³ Cf. item 1.2 do presente trabalho, *in fine*.

⁴⁶⁴ LISBOA, Wladimir Barreto. A nova sofística de Chaim Perelman. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 267-275, 2010.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 272.

a realidade é que há possibilidade de demonstrar a existência de respostas corretas porque a fundamentação é o parâmetro que possibilita isto, e não, como pensa Perelman, mera técnica de persuasão racional. Ou seja, argumentar não é um mero jogo em que se busca o convencimento ou a solução mais razoável ou plausível perante o auditório. Consenso não é verdade.

Como expõem Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida⁴⁶⁶, os sofistas gregos se caracterizavam como questionadores da racionalidade, como praticantes e mestres do discurso e como relativizadores da justiça. Em que pese existirem diferenças entre o pensamento dos próprios sofistas entre si, o que traz uma certa unidade a eles é o fato da sofística relativizar todos os valores e buscar a supremacia da Arte do discurso sobre todas as demais. Inicialmente a palavra “sofista” não tinha cunho pejorativo, mas após as críticas de Sócrates, Platão e Aristóteles, o termo passou a designar aqueles que contrapunham o discurso à verdade, com intenção de convencer, sem compromisso com a realidade, realizando demagogia.

A ruptura sofística coloca o homem no centro do mundo, distanciando-se dos mitos, alegorias e fábulas que animavam a mentalidade popular. A exacerbada importância do discurso fez dos sofistas “mercantilizadores da retórica”, ou seja, através de amplas disputas, discussões e debates, visavam convencer os ouvintes, cobrando valores dos seus iniciados. Eles almejavam ensinar a arte da retórica. A crítica feita aos sofistas é centrada no relativismo. A idéia de que a justiça não existe enquanto princípio em si, mas é escrava dos interesses ou é mera projeção da subjetividade, tornou os sofistas opositores da tradição. Protágoras chegou a sustentar a relatividade de todas as coisas. No embate entre *phýsis* e *nómos*, os sofistas preferem a arbitrariedade do *nómos*, e tal predileção não é arbitrária, pois o homem é o princípio de si mesmo, e não a natureza, o que rompe com as teses dos pré-socráticos. A partir dessa conclusão, os sofistas consideram que o justo é sempre o *justo legal*, que é arbitrário e mutável. A relativização da justiça tem influências diretas na retórica, tornando-a o palco da opinião.

Como mestres itinerantes da oratória, os sofistas percorriam as cidades-estados fornecendo os seus ensinamentos, e o que os caracterizava era muito mais a prática e a atitude comum do que uma doutrina única. Recentemente, intérpretes e

⁴⁶⁶ BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89.

historiadores têm buscado resgatar a contribuição dos sofistas, que foi ofuscada pelas críticas que sofreram. Os principais sofistas foram Protágoras de Abdera, Górgias de Leontinos, Hípias de Élis, Licofron, Pródicos e Trasímaco, destacando-se entre estes Górgias e Protágoras. Dizia Protágoras: “o homem é a medida de todas as coisas, das que são como são e das que não são como não são”. Este fragmento destaca o relativismo e o humanismo que impregnavam a doutrina de Protágoras, já que o real era o mundo fenomênico, inexistindo qualquer parâmetro supra-sensível, tal como em Platão, que trouxesse algum fundamento último. Não há, portanto, uma verdade única. Os sofistas não eram, entretanto, manipuladores ardilosos da opinião, porque consideravam francamente que não havia nenhuma instância além dela. Nesse sentido, entendiam que todo discurso ou argumento nada mais é que expressão do subjetivismo, e que, portanto, não se pode exigir do orador nada mais do que o convencimento. Ninguém detinha a verdade, logo, o máximo que podia se buscar era o consenso. Górgias defendia a impossibilidade do conhecimento em sentido estável e definitivo, pois “nada existe que possa ser conhecido; se pudesse ser conhecido não poderia ser comunicado, se pudesse ser comunicado não poderia ser compreendido”⁴⁶⁷.

O chamado “ceticismo” representa, avaliando os seus diversos expoentes, um conjunto de concepções diferentes. A chamada tradição cética significou uma tradição construída sem uma unidade radical. Sexto Empírico⁴⁶⁸ já afirmava que havia três tipos de filosofia: a dogmática, a acadêmica e a cética. Os céticos “autênticos” eram aqueles que suspendiam o juízo quanto à possibilidade de algo ser verdadeiro ou falso, influenciados por Pirro de Élis. A afirmação de que a verdade seria inapreensível não era uma afirmação cética, mas uma forma de dogmatismo negativo. O ceticismo teve tendências entre os pré-socráticos, mas foi Pirro de Élis o seu inaugurador. Enesidemo de Cnossos reviveu o ceticismo de Pirro, que nada escreveu, porque ele, como Sócrates, não concebia a Filosofia como uma doutrina, uma teoria, ou um saber sistemático, mas como uma prática, uma atitude ou um *modus vivendi*. Questionado sobre a natureza das coisas, respondia Pirro que nem os sentidos nem a razão nos permitem conhecer as coisas como são, e todas

⁴⁶⁷ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da Filosofia**. 10 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 42.

⁴⁶⁸ Segundo Jean-Paul Dumond, Sexto Empírico foi um médico e filósofo cético do séc. II d.C. Cf. DUMON, Jean-Paul. **Elementos de História da Filosofia Antiga**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 43.

as tentativas resultam em fracasso, logo, a sábia atitude é o distanciamento ou *ataraxia* (impertubabilidade), pois se alcança assim a felicidade⁴⁶⁹.

É fundamental compreender isto para se situar no debate acerca das respostas corretas. Com efeito, embora a “bagagem filosófica” deste trabalho seja a hermenêutica filosófica, fundamentalmente toda a discussão cinge-se a um rechaço ao relativismo, criticado na Antiguidade por Sócrates, Platão e Aristóteles, que Gadamer tão bem refuta⁴⁷⁰, mas que é retomado por Perelman. Diz Lenio Streck:

Numa palavra: jamais existiu um relativismo para a hermenêutica; são antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica um concepção de verdade, a qual não corresponde às suas expectativas fundamentalistas, tranqüiliza-nos Grondin. Dessa forma, na discussão filosófica contemporânea, o relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair da conversação interior da alma. Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos um verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, ex negativo: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. Como razão pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade⁴⁷¹.

É a partir de tais considerações que se pode criticar positivamente ou negativamente a jurisprudência, pois se supera a proposição tão usual no realismo jurídico, de que “O Direito é o que dizem os Tribunais”. Jerome Frank, por exemplo, expoente do realismo jurídico norte-americano, substitui a ciência dos juristas pela psicanálise dos juristas, ao dizer que o Direito está na mente do juiz. Importa avaliar as posturas do STF no mandado de injunção a partir da judicialização do direito de greve do servidor público. Não há qualquer prejuízo na postura adotada pelo STF a partir do MI n. 712 e do MI n. 670. Ao contrário, trata-se de cumprir o texto da CF, que é imperativo ao determinar que será concedido mandado de injunção. A discussão acerca da eventual extrapolação por parte do STF de sua competência é infundada, pois há uma exigência constitucional expressa neste sentido. Além disto, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (art. 5º, §1º da CF)

⁴⁶⁹ MARCONDES, Danilo. *op. cit.*, p. 95.

⁴⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 6 ed., *op. cit.*, p. 314.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 315.

veda que o mandado de injunção seja interpretado como instrumento ineficaz, desprovido de sentido.

É relevante questionar quais foram alguns dos possíveis motivos do grave equívoco interpretativo cometido pela Corte Suprema nos primórdios do mandado de injunção. Entre estes, pode-se elencar:

a) o constituinte poderia ter estipulado qual o tipo de provimento judicial a ser adotado pelo STF, da mesma forma como fez na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Limita-se a Constituição, no inciso LXXI do seu art. 5º a dizer: “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”. Como se observa, o texto não menciona qual deve ser o provimento judicial, mas tão somente ordena a sua concessão. É verdade que isto não justifica a tese da natureza declaratória do *writ* constitucional, mas teria havido menos polêmica se constasse no texto que a Corte deveria regulamentar o direito do impetrante com vistas ao seu exercício de forma provisória. Compare-se o texto retro mencionado com o que dispõe o §3º do art. 103 da CF: “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”. Neste caso o constituinte previu que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem natureza declaratória e mencionou expressamente qual o provimento judicial a ser adotado;

b) o problema da teoria das fontes certamente também é causador da celeuma. Sabe-se que impera ainda a classificação das normas constitucionais em normas de eficácia plena, limitada e contível. Torna-se a Constituição refém da *interpositio legislatoris*⁴⁷². Dá-se mais proeminência à lei infraconstitucional do que a própria Constituição. Pensa-se por vezes na Constituição como mera carta programática;

c) a alegação de invasão da competência legislativa, em que pese o próprio texto constitucional dar competência ao STF para tanto, e um excesso zelo com o princípio da separação de poderes;

⁴⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3 ed., *op. cit.*, p. 478.

d) a crença de que o Congresso Nacional respeitaria as determinações do STF quanto à necessidade de regulamentação e editaria as leis necessárias, o que não ocorreu, frustrando as expectativas dos Ministros.

Friedrich Muller⁴⁷³, ao propor dez reformas para o Judiciário brasileiro, na sua oitava sugestão assim consignou:

(VIII) O mandado de injunção deve ser reformulado tão claramente por meio de lei processual que se torne impossível “matar” (como disse publicamente o ex-Ministro Moreira Alves durante o período de seu mandato) esse importante instrumento, como ocorreu na jurisprudência do STF até os tempos atuais.

O autor entreviu que a Constituição não disciplinou o provimento adequado ao *writ* (e nem seu procedimento), verificando então a necessidade da edição de uma lei que pudesse corrigir as distorções cometidas pela jurisprudência constitucional. Talvez não tenha pensado que tal reforma não seria nem mesmo necessária se houvesse uma “reforma de mentalidade”⁴⁷⁴ por partes dos Ministros do STF. Com efeito, ocorreu no mandado de injunção, especialmente a partir do julgamento do tema da greve do servidor público, aquilo que Dworkin considera como prevalência da integridade sobre a coerência ou retificação dos erros históricos cometidos pela Corte⁴⁷⁵. A partir dos MI n. 712 e MI n. 670, há um rompimento da cadeia interpretativa consolidada em prol de um novo entendimento que finalmente respeita o relevante papel da Justiça no Estado Democrático de Direito. Como foi instituto novo na Constituição de 1988, e o Brasil é um país de baixa tradição constitucional, o mandado de injunção se viu relegado a um papel no mínimo curioso: de “mandado” ou ordem ele não tinha nada, salvo no nome. De “injunção” ele também nada tinha, senão na terminologia. O STF tornou-o uma “notificação constitucional”, descaracterizando os anseios da constituinte, que tinha esperança de ter finalmente criado um remédio para a tutela de direitos subjetivos prejudicados pela omissão do Estado. Diferentemente dos EUA, país de larga tradição constitucional, falar de integridade do Direito no Brasil é algo recente, fruto da busca pela implementação do Estado Democrático de Direito.

⁴⁷³ MULLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil. **Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 27-36, 2005.

⁴⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

⁴⁷⁵ STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 300.

O estudo das novas Técnicas de Decisão praticadas pelos Tribunais Constitucionais deve assumir relevância no Supremo Tribunal Federal, sob pena do mesmo restar anacrônico diante das exigências contemporâneas. A formulação de sentenças interpretativas (aditivas, manipulativas, construtivas, corretivas, diretivas, redutivas e substitutivas) decorre da própria exigência de integridade constitucional. São aditivas e construtivas as sentenças que declaram inconstitucional certo dispositivo por ter deixado de dizer algo que fosse imposto pela lógica do sistema legislativo ou constitucional, operando analogicamente ou extensivamente. Assim, são as sentenças que alargam “o âmbito de incidência de uma certa disposição de norma, de modo a alcançar situações não previstas originalmente”⁴⁷⁶. As sentenças aditivas de princípio visam corrigir as omissões deixadas pelo legislador, declarando-se inconstitucional certa disciplina legislativa, indicando a norma ou princípio que deve ser introduzido em sua substituição e assinalando prazo para o legislador fazê-lo⁴⁷⁷. São manipulativas as sentenças no qual o juiz manipula o texto constitucional ou a sua interpretação com vistas a mantê-lo compatível com a Constituição. São redutivas as sentenças em que há redução do âmbito de aplicação do preceito (nulidade parcial sem redução de texto). São substitutivas as sentenças em que há substituição de uma interpretação inconstitucional por outra que não é, mas não deriva do texto⁴⁷⁸. O próprio Tribunal Constitucional Federal Alemão verificou a importância da interpretação conforme à Constituição, mas desde que conforme à vontade da lei e do legislador:

No presente caso, pode ser incerto até que ponto o mandamento da interpretação conforme a Constituição pode permitir ao juiz ordinário restringir ou complementar a vontade do legislador. O Tribunal Constitucional Federal reconheceu, na decisão de 17 de junho de 1953 – BVerfGE 2, 336 [340, 341], tal possibilidade só se, com base no direito vigente, somente uma regulamentação positiva pode ser considerada como respeitando o princípio da igualdade, sendo isso compatível com o teor da lei. De forma alguma, porém, a interpretação conforme a Constituição pode falsear ou errar na concretização do objetivo do legislador em um ponto essencial. Mas este seria o caso aqui. O § 6 I da Lei de Derrogação (*Änderungsgesetz*) é inequívoco. A “interpretação conforme a Constituição” pretendida pelo Superior Tribunal Estadual atribuiria justamente um sentido

⁴⁷⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 168.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 170.

⁴⁷⁸ HAAS, Andréia. **O princípio da interpretação conforme à Constituição como mecanismo hermenêutico de controle da constitucionalidade e de realização dos direitos fundamentais**. 2007. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz, RS, 2007.

oposto ao do texto legal, que é claro. O Tribunal interviria com isso não apenas nas competências do legislador, mas também na do Tribunal Constitucional Federal, pois nos termos do art. 100 I GG, só a este é reservada a competência de declarar como inconstitucional uma lei – promulgada dentro da vigência da *Grundgesetz*, cujo sentido e texto a contrarie claramente – aqui em seu art. 3 GG⁴⁷⁹.

As decisões do STF no MI n. 712 e MI n. 670 significam típica interpretação conforme à Constituição, ou seja, sentenças aditivas. Somente uma sentença injuncional de índole constitutiva se afina com a exigência do inciso LXXI do art. 5º, com fulcro no princípio da efetividade da Constituição. Qualquer interpretação que vier a subtrair de um instrumento constitucional a sua dignidade, isto é, torná-lo inócuo, não é conforme ao intuito do constituinte originário, que inequivocamente queria que o mandado de injunção tutelasse direitos subjetivos cerceados pela omissão do Estado na regulamentação indispensável de certos direitos e fosse efetivo neste sentido.

É então que o princípio da efetividade da Constituição se torna fundamental face ao mandado de injunção. Se a tese declaratória denegriu a imagem do instituto do mandado de injunção, é porque há algo equivocado nela. A partir de Lenio Streck, é possível sustentar que o que há é uma atribuição de sentido conforme à Constituição e não uma interpretação conforme à Constituição, ou seja, ao invés de *Verfassungskonforme Auslegung* há *Verfassungskonforme sinnggebung*, dado que a atividade hermenêutica é sempre produtiva e nunca reprodutiva⁴⁸⁰.

Além disto, não há que se falar em usurpação da função legislativa pelos juízes quando eles corrigem ou adaptam a lei⁴⁸¹ em sede de atribuição de sentido conforme a Constituição e nem em verificação da “vontade do legislador”⁴⁸², como faz o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ainda preso às vetustas teses objetivistas e subjetivistas. Há que se entender o princípio da efetividade da Constituição como insurgência contra a tese da necessidade de interposição legislativa: se as normas constitucionais irradiam plena eficácia, então os direitos que a Constituição assegura (como o direito de greve do servidor público) devem ser garantidos mesmo diante da inexistência de lei ordinária específica⁴⁸³. Isto é, apesar

⁴⁷⁹ SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlin: Konrad-Adenauer Stiftung, 2005. p. 135.

⁴⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 580.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 582.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 587.

⁴⁸³ *Idem*. **Verdade e Consenso**. 3 ed. p. 478.

de ser importante a regulamentação do exercício de certos direitos, não se pode pensar que eles não existam diante da inexistência da interposição legislativa, como é o caso do direito de greve do servidor público.

Se o mandado de injunção for pensado em termos de substancialismo e procedimentalismo⁴⁸⁴, se verificará que aplicar a teoria procedimentalista no Brasil de forma “tabula rasa” é complicado, eis que, como leciona Lenio Streck, ela tem problemas face à necessidade de concretização de direitos e quanto ao controle difuso⁴⁸⁵. A concepção de que os Tribunais devem ser meros expectadores do jogo político ainda está presa a dogmas do Estado Liberal de Direito. Não se sustenta mais a tese de que os juízes devem ser meros legisladores negativos. Se exige uma postura mais interventiva do Judiciário – inclusive no mandado de injunção – que Habermas nega porque delega o jogo deliberativo e da formação da opinião ao legislador. Mas e se o legislador não cumpre as determinações constitucionais? Até quando se pode esperar pelo debate político? Mesmo tomando como correta a física do consentimento de Jeremy Waldron⁴⁸⁶, em um país como o Brasil a concretização de direitos pelo Judiciário é premente. Sabe-se que realmente a atividade legiferante é incumbência do legislador; mas isto não justifica que o Judiciário “lave as mãos” diante de omissões do mesmo. A sentença injuncional constitutiva é manifestação do poder judicial que o constituinte concedeu ao Judiciário. Habermas, ao considerar a teoria do direito de Dworkin como uma teoria da jurisdição, alerta para o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. Mas a premissa básica do seu pensamento a ser analisada é a seguinte:

⁴⁸⁴ É preciso situar adequadamente a discussão entre procedimentalistas e substancialistas, travada a partir de VIANNA, Luiz Werneck Vianna. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. *op. cit.*, p. 33. Com efeito, é equivocado pensar que inexistem pontos de contato entre ambos. De fato, ao invés de pensar somente “substancialismo vs. procedimentalismo”, se pode dizer que “o substancialismo não abre mão do procedimentalismo”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3 ed., *op. cit.*, p. 468. Além disto, ambos tem em comum “a defesa da democracia, dos direitos fundamentais e do núcleo político essencial da Constituição”. *Ibidem*, p. 36. Portanto, divergem quanto aos meios e não quanto aos fins a serem atingidos. O substancialismo admite posturas mais interventivas dos Tribunais; o procedimentalismo habermasiano somente para garantir a lisura do procedimento democrático.

⁴⁸⁵ Cf. item 1.1.1 do presente trabalho.

⁴⁸⁶ A Física do Consentimento de Waldron busca explicar a decisão majoritária a partir da Física ou da ciência natural. Um corpo político move-se por ordem da maioria porque ela é mais forte. Tal movimento não desintegra ou rompe o corpo. Além disto, apesar da existência de movimentos e forças apontadas em direções diferentes, há a tendência de que o corpo irá mover-se em uma certa direção que representar a maioria. E a influência das partes é igual. Cf. WALDRON, Jeremy. *op. cit.*, p. 160.

[...] Cabe ao governo, na qualidade de órgão máximo do executivo, a tarefa do autocontrole da administração. A decisão constitucional de litígios entre órgãos, em sentido mais amplo, pode ser mais problemática. Essa competência atinge a separação de funções, porém se justifica, plausivelmente, a partir da necessidade técnico-constitucional de solucionar conflitos entre os órgãos estatais que dependem de um entrosamento. **Não obstante, a lógica da divisão dos poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui os meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo.** A concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas. E, para saber se uma lei decidida pelo parlamento é conforme à constituição, ou ao menos, não contradiz a configuração coerente do sistema dos direitos, esta questão é submetida a um reexame judicial. Até a votação, esta é uma questão que o parlamento tem que decidir. **É sempre útil considerar se o reexame desta decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um autocontrole do legislador,** organizado em forma de tribunal, e institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que inclui juristas especializados. Tal internalização da auto-reflexão sobre decisões próprias teria a vantagem de levar o legislador a manter presente, durante as suas deliberações, o conteúdo normativo de princípios constitucionais. [...] ⁴⁸⁷ (destacado)

Como se pode avaliar, Habermas ainda está preso à doutrina da divisão de poderes, de índole liberal, que impede o Judiciário de avaliar o mérito do debate político. E tal seria a ilegitimidade do Judiciário para tanto que o autor pretende que a legislação se configure auto-reflexivamente, isto é, que o legislador disponha do autocontrole de sua atividade. Tudo indica que na teoria habermasiana não haveria espaço para uma interpretação substancial do mandado de injunção, porque isto significaria uma invasão dos juízes na esfera de poderes nitidamente legislativos. Uma interpretação procedimental do mandado de injunção necessariamente só pode conduzir à tese declaratória.

A respeito, questiona Lenio Streck, discorrendo inclusive sobre a necessidade de efeitos coletivo no mandado de injunção:

Insistindo: em cada hipótese de utilização de mandado de injunção não haveria também a necessidade de o Judiciário decidir acerca de que direitos devem ser priorizados? Afinal, o instituto do mandado de injunção é compatível com a democracia procedimental habermasiana e com o papel reservado por Habermas aos Tribunais? Não esqueçamos, ademais, que o mandado de injunção, pela sua característica e em face da primazia da isonomia e da igualdade, assumiria efeitos coletivos ⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 300.

⁴⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** 3 ed. *op. cit.*, p. 125.

A tese central do procedimentalismo habermasiano é a seguinte: o foro de discussão e solução de problemas políticos prementes não é o Judiciário, mas o governo e o parlamento, o que conduz à conclusão de que uma sentença judicial constitutiva (e aditiva), mesmo que provisória, significaria uma intrusão dos juízes em temas correlatos à Política. No MI n. 670, o *locus* onde mais transparece essa preocupação de índole democrática e representativa (e habermasiana) é no voto do Min. Joaquim Barbosa, nos seguintes termos:

O que proponho é que o mandado de injunção não seja configurado como mecanismo do desespero, para suprir o que o Congresso não faz, perpetuando e dando suporte à patológica omissão legislativa. **O que sugiro é que o mandado de injunção seja apenas um instrumento para legitimar a abertura, nas instâncias apropriadas, de um debate constitucional amplo, apenas retirando as amarras da noção de eficácia contida do direito.** (destacado)⁴⁸⁹.

Assim, acredito que a tarefa desta Corte nestes mandados de injunção deve ser mais simples. A meu sentir, a Corte deve apenas declarar que a questão se resolve agora sob a lógica do ônus de demonstração de conformidade constitucional do interesse pleiteado, e da forma de seu pleito.

É bem verdade que poderá surgir um certo grau de conflituosidade, decorrente da complexidade da própria Constituição e das situações de fato⁴⁹⁰.

O cerne da celeuma é se não há a necessidade de uma (re)significação do princípio da divisão de poderes no Estado Constitucional Contemporâneo. É preferível adotar a recomendação de Paulo Bonavides⁴⁹¹, substituindo as expressões “separação de poderes” e “divisão de poderes” por outras mais corretas, e até mesmo mais abonadoras e fiéis à teoria de Montesquieu, como “distinção, coordenação e colaboração” de poderes, porque atentas à integração dos poderes. Em que pese sua desconfiança face ao poder de julgar, Montesquieu não deixa de salientar que os poderes trabalham em conjunto, e não isoladamente, em nome do

⁴⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 178.

⁴⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 182.

⁴⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 73.

soberano. Diz Bonavides que Montesquieu foi desvirtuado pelos seus intérpretes e que aderir radicalmente à tese da separação significaria mutilar a unidade do poder, algo que nunca foi conduzido às últimas conseqüências nem mesmo no constitucionalismo francês, dada a própria característica de indivisibilidade da soberania⁴⁹². Com efeito, na obra *O Federalista*, James Madison desmistifica a tese da separação de poderes, ao dizer que Montesquieu tinha em mira nos seus escritos a Constituição britânica como padrão de liberdade política, e que nesta inexistia qualquer forma de separação de poderes, pois os ramos legislativo, executivo e judiciário não estavam separados e distintos uns dos outros⁴⁹³. Sustenta que a preocupação de Montesquieu não era com a separação de poderes, mas sim com a usurpação de poderes, ou seja, se uma pessoa ou magistrado detiverem todos os demais poderes isso poderia desembocar na tirania⁴⁹⁴. Autores como José Luis Bolzan de Moraes e Walber de Moura Agra⁴⁹⁵ propõem uma redefinição do princípio da separação dos poderes:

O enquadramento das funções estatais dentro do esquema da rígida tripartição de poder não corresponde mais às necessidades das sociedades hodiernas, que devido a sua alta complexidade permite o afloramento das mais diversas necessidades. Em decorrência da alucinante velocidade como os fatos sociais ocorrem, exigindo respostas imediatas dos órgãos públicos, o Poder Legislativo, que para realizar uma lei tem que cumprir um minucioso e longo procedimento, não pode atender de forma eficiente a essas demandas. A concepção do Poder Legislativo como órgão único de produção normativa torna-se insustentável.

Os autores entendem que hoje deve predominar a colaboração, pois apesar dos poderes serem diferentes, o Estado é *uno*, além de que dito princípio não pode mais ser citado como argumento contrário à atuação da jurisdição constitucional⁴⁹⁶. Outro problema a ser analisado é quanto ao problema do prazo razoável. O STF concedeu em alguns julgamentos prazo para a supressão da ausência de regulamentação. No MI n. 232, por exemplo, o Pretório Excelso concedeu prazo de

⁴⁹² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Social*. *op. cit.*, p. 78.

⁴⁹³ MADISON, James. A separação dos poderes – I. *In*: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. p. 394.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 395.

⁴⁹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *In*: **(Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 217-242, 2004. p. 225.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 228.

seis meses ao legislador, assim como no MI n. 283. No MI n. 361 o STF considerou que a mora legislativa deveria se ater ao critério da razoabilidade. Ficou assentado que a mora somente poderia ser reconhecida caso a caso, a partir da análise do tempo decorrido da promulgação da Constituição e o relevo da matéria. Somente após a superação do que o Tribunal entendesse por “prazo razoável” a mora poderia ser verificada. Vencido tal prazo razoável, mesmo que o Tribunal tivesse fixado prazo para o órgão descumpridor legislar, e mesmo que existissem projetos de leis pendentes sobre o assunto, haveria mora. O grande problema de tal decisão é: o que é prazo razoável? Como fixá-lo em cada caso? Observe-se que em nenhum momento o inciso LXXI do art. 5º da CF menciona a necessidade da análise do prazo razoável. Também não reitera a possibilidade do Tribunal fixar prazo ao legislador. Assim é que deve prevalecer o entendimento do Min. Marco Aurélio, consubstanciado no MI n. 670⁴⁹⁷:

Quanto à fixação de prazo para o Congresso legislar, a interpretação sistemática da Constituição Federal não a autoriza. Nem mesmo no processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, isso é possível, o que se dirá em mandado de injunção, a revelar relação subjetiva.

O Min. Joaquim Barbosa também alerta para a inexistência de sanção pelo descumprimento do prazo⁴⁹⁸. Assim é que a fixação de prazo para o Congresso Nacional legislar e a análise casuística do “prazo razoável” são construções jurisprudenciais criadas ao arrepio da lei, mas este não é o problema, eis que se feitas no “mundo perfeito” em que o Congresso cumprisse as determinações do STF seriam bem vindas. Mas como incapazes de satisfazer de forma míngua o direito do impetrante, devem ser tidas como insuficientes e descabidas, pois ainda são perfilhadas à tese declaratória.

Cumpra-se verificar a razoabilidade do emprego da analogia pelo STF e o problema das lacunas diante do mandado de injunção. Sabe-se que o raciocínio por

⁴⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 198.

⁴⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 184.

analogia ou interpretação analógica averigua a identidade, a semelhança relevante e a *ratio legis* das normas, averiguando se há uma relação de similitude suficiente que permita que se possa admitir que a norma integrativa é análoga a outra (*analogia legis*). Pode-se também fazer uma *analogia juris*, que consiste no recurso aos princípios jurídicos ou se utilizar à interpretação extensiva⁴⁹⁹. Bobbio⁵⁰⁰ define a analogia como “o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*”⁵⁰¹. A analogia *iuris* é “o procedimento através do qual se tira uma nova regra para um caso imprevisto não mais da regra que se refere a um caso singular, como acontece na analogia *legis*, mas de todo o sistema ou de uma parte dele”⁵⁰². Entende Castanheira Neves que a analogia *iuris* não é verdadeira analogia, e a analogia *legis* não é uma analogia entre normas ou leis, mas uma analogia:

normativo-problematicamente jurídica entre o caso ou casos referidos por uma certa norma legal (i. é, caso ou casos directamente abrangidos pelo campo de aplicação ou a intencionalidade objetiva dessa norma) e o caso decidendo, justificando-se por isso a utilização dessa mesma norma também como critério judicativamente jurídico deste último caso. Trata-se, assim, na verdade, de uma analogia jurídica (judicativo-decisória) entre casos, posto que pela mediação de uma norma jurídica e num duplo sentido: são os casos referidos directamente pela norma que cumprem a função de casos-*foro* (casos exemplos) e é o sentido normativo jurídico da norma determinante da solução jurídica por ela prescrita para esses casos que, vê-lo-emos também, justifica, como *fundamentum relationis*, a analogia judicativo-decisória relativamente ao caso-*tema* (o caso decidendo) – tomadas as expressões *foro* e *tema* no sentido, já referido, que no problema da analogia lhes deu PERELMAN⁵⁰³

Para a analogia é necessária a existência de semelhança relevante (*ratio legis*). No que tange à greve do servidor público, fica manifesta a semelhança relevante entre a greve no setor privado e a do setor público, pois aplicáveis os artigos 1º a 9º, 14, 15 e 17 da lei 7.783/89. O Min. Ricardo Lewandowski foi o que mais debateu este assunto no MI n. 670⁵⁰⁴, inicialmente pensando que não inexistiria

⁴⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 219-220. A analogia foi estudada pela primeira vez por Aristóteles, no “*Organon*”, nos “Analíticos Primeiros”. Ibidem, p. 216

⁵⁰⁰ Idem. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 151.

⁵⁰¹ Ibidem.

⁵⁰² Ibidem., p. 154.

⁵⁰³ NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 245-246.

⁵⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007.

semelhança relevante entre ambas as greves pelas disparidades existentes, a começar pelo fato de que todos os serviços públicos são essenciais. De fato, seria insustentável aplicar de forma “tabula rasa” toda a Lei n. 7.783/89 ao setor público. Mas o que fez o STF foi uma analogia *legis* “temperada”, eis que estendeu ao servidor público certas normas do setor privado, compatíveis com o mesmo, criando certas normas viabilizadoras do exercício do direito de forma excepcional e provisória, até que o Congresso venha a dispor da matéria⁵⁰⁵.

Os juristas não usam a palavra “lacuna” no seu sentido científico, mas sim ideológico: é uma crítica ao direito vigente, ou seja, os juízes, ao admitirem a existência de uma lacuna, “abandonam, assim, o plano do direito positivo, para se colocarem no plano da política legislativa”⁵⁰⁶; eles alegam a inexistência de uma norma que satisfaça os seus “ideais de justiça”, isto é, eles admitem a imperfeição do direito positivo, a ausência de leis que disponham acerca de temas que eles consideram relevantes, o “vácuo legislativo” que acarreta a inefetividade de variados direitos fundamentais, tendo, então, que integrar as lacunas através das outras fontes do direito; o juiz, no plano da política legislativa, avalia quais são as omissões do Poder Legislativo, em relação ao dever de legislar acerca dos direitos fundamentais. Inexistem, portanto, lacunas técnicas, só há lacunas axiológicas, diz Lenio Streck⁵⁰⁷. A lacuna é “um não-dito enquanto reserva permanente no abismo do *Dasein*”⁵⁰⁸, o estar-aí, o único ente que compreende o ser⁵⁰⁹.

É preciso considerar a relevância da discussão acerca da possibilidade e necessidade de respostas corretas no Direito, mormente no mandado de injunção, que é o maior sintoma da crise da teoria das fontes no Direito⁵¹⁰. Mas para tanto é preciso desconstruir (Derrida) aquilo que o imaginário jurídico “mitificou” quanto ao instituto do mandado de injunção. Isto é, o senso comum teórico⁵¹¹, embebido em

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 82.

⁵⁰⁵ Acerca das diversas posições sobre a eficácia do inciso VII do art. 37 da Constituição, cf. MARTINS, Sérgio Pinto. **Greve do servidor público**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 37.

⁵⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 210.

⁵⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 6 ed. *op. cit.*, p. 107.

⁵⁰⁸ Idem. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. *op. cit.*, p. 581.

⁵⁰⁹ STEIN, Ernildo. **Seis Estudos sobre “Ser e Tempo”**, *op. cit.*, p. 133.

⁵¹⁰ Idem. **Verdade e Consenso**. 3 ed., *op. cit.*, p. 193.

⁵¹¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 13.

pré-juízos inautênticos, deu ao *writ* constitucional uma interpretação manifestamente incongruente com a necessidade de decisões de princípio. Assim é que se passou a conceber a decisão injuncional como naturalmente declaratória, sem a observância da crise de efetividade em que a ação constitucional era inserida. Nestes termos, Jânia Maria Lopes Saldanha⁵¹² acentua que a ineficácia processual é um sintoma da crise da jurisdição que deve ser pensada historicamente. O processo ainda é anacrônico porque afeto às demandas individualistas entre credores e devedores. No séc. XIX jamais seria pensada uma pretensão *erga omnes* preocupada com as demandas coletivas. Esta privatização do litígio é causada pelo individualismo, que é refratário às tutelas coletivas. Ora, uma jurisdição “privatizada” é incapaz de dar uma solução satisfatória ao mandado de injunção, porque nele o pólo passivo é um dos Poderes do Estado e então falta a jurisdição a *potestas*⁵¹³ (na tese declaratória), pois não pode impor ao Legislativo a obrigação de editar a legislação necessária. Outro motivo da crise da é a ausência de autonomia do Direito, pois a jurisdição não escapou da funcionalização, isto é, se tornou uma função de interesses sociais, políticos e econômicos, e o Direito:

tornou-se produto de uma racionalidade formal, distante de qualquer perspectiva axiológica, e, com isso, converteu-se em legalidade. Para romper com essa limitação não seria necessário – e urgente – ter senso histórico? Interrogação abissal, pois ter senso histórico exige do intérprete compreender o passado a partir do próprio presente⁵¹⁴.

A quem interessa a anomia quanto à matéria da greve do servidor público? A todos aqueles que intentam que exista um “estado de natureza” ou “lei da selva”⁵¹⁵ que signifique praticamente uma vedação à greve no setor. Deve-se lembrar que a

⁵¹² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 75-100, 2010. p. 80.

⁵¹³ A *auctoritas* é poder legítimo consentido) e a *potestas* é condensação material de poder. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 143.

⁵¹⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 113-133, 2009. p. 118.

⁵¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 30.

greve, em que pesem as discussões, é um poder de fato, isto é, mesmo sem previsão legal ela sempre ocorrerá. Ela se justifica como resultado da insuficiência da ordem jurídica já que o Estado não pode solucionar o conflito coletivo⁵¹⁶. A greve é um direito, mas não é direito subjetivo porque não existe um sujeito passivo com obrigações recíprocas em relação ao direito. Trata-se de um direito potestativo, ou melhor, de um direito público⁵¹⁷. Ao não intervir diante da anomia legislativa e adotar posturas *self restraining*, o STF durante longo período – justificando-se com o princípio da separação de poderes, que não pode mais ser álibi para omissões inconstitucionais do Judiciário – satisfaz uma ampla gama de interesses políticos e econômicos e a setores que almejam antidemocraticamente vedar a greve no setor público.

Ovídio A. Baptista da Silva⁵¹⁸ destaca que a crise do Judiciário é, na verdade, da modernidade e seus paradigmas. O Judiciário cumpre bem sua função, mas sua estrutura demonstra-se insatisfatória. O autor defende certo grau de discricionariedade, sob pena do juiz se tornar mero declarador do direito pré-existente⁵¹⁹. São problemas estruturais a crença de que o processo civil é uma “ciência”, separado da vida real, o Racionalismo, a glorificação do procedimento ordinário, a universidade impermeável à mudança⁵²⁰. Jânia M. L. Saldanha ainda adita um quinto problema: o fechamento da mentalidade dos juristas à “fertilização recíproca”, ou seja, o aprendizado entre diferentes sistemas jurisdicionais⁵²¹. De resto, como bem alerta Ovídio Baptista⁵²², para tornar a jurisdição adequada às atuais exigências sociais e políticas, urge vinculá-la a questões políticas e não unicamente jurídicas. Cumpre destacar que é a partir daí que o mandado de injunção deve ser pensado, isto é, superando a tese de que a função dos juízes é

⁵¹⁶ CASTILLO, Santiago Pérez del . **O direito de greve**. São Paulo: Ltr, 1994. p. 55.

⁵¹⁷ Ibidem, p. 59.

⁵¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 89-100, 2010.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 94.

⁵²⁰ Ibidem, p. 98.

⁵²¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes Saldanha. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 113-133, 2009.

⁵²² SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 305.

meramente declaratória e não é criativa. O mandado de injunção deve ser pensado visando sempre dar-lhe a maior efetividade possível como instrumento constitucional. A democracia está junto à jurisdição na medida em que esta concretiza direitos, à revelia do descaso do legislador com a produção de certas leis constitucionalmente exigidas.

Uma das piores conseqüências da aquiescência e da guarida que o STF concedeu à tese declaratória é o longo processo de mutação inconstitucional a que foi submetida a Constituição. Com efeito, questiona Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira se a jurisdição constitucional não significaria um poder constituinte permanente⁵²³, afirmando que ela não pode significar um poder legislativo concorrente ou subsidiário, e muito menos poder constituinte permanente. Sabe-se que as mutações inconstitucionais são processos informais de mudança da Constituição. Ao imprimir ao mandado de injunção durante os seus primórdios novos sentidos, o STF alterou a substância dos comandos do legislador, sem afetar-lhes a forma⁵²⁴, esvaziando o sentido do mandado de injunção e prejudicando a efetividade da Constituição. O mesmo pode ser dito do legislador ordinário face ao poder constituinte originário ao não editar as regulamentações necessárias.

Isso pode ficar mais claro a partir da consideração de que existem *limites hermenêuticos na atribuição de sentido*. Com efeito, existem limites textuais e limites principiológicos. São limites textuais aqueles que derivam do próprio texto legal. Com efeito, não há qualquer problema em cumprir fielmente e literalmente a letra da lei, desde que “Lei” seja entendida no sentido de suprallegalidade constitucional. Isto não significa uma postura positivista. O problema era a tese positivista da obediência incondicional à Lei, independentemente do seu conteúdo...^{525 526} Como salienta João Maurício Adeodato⁵²⁷, “o texto limita a concretização e não permite decidir em

⁵²³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 67.

⁵²⁴ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 69.

⁵²⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 80.

⁵²⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

⁵²⁷ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites. In: **(Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 169-188, 2004. p. 176. Cf. também COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, v. 1, n. 3. p. 37-44, 2005.

qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”. A própria expressão “mandado de injunção” já indica que se trata de uma ordem, logo, não há cabimento em interpretá-lo como uma espécie de notificação ao órgão descumpridor. Um dos autores que mais contribuiu para a elaboração de uma nova teoria da norma e para a distinção entre norma e texto foi Friedrich Muller:

A norma não existe, não é aplicável. Ela é produzida apenas no processo de concretização. O operador do direito se vê incluído nesse processo de construção de normatividade, normativa e materialmente vinculada, da mesma maneira como a estrutura do problema do caso ou do tipo de caso. Apesar disso não se reconhece na tarefa de concretização nenhuma liberdade em princípio diante da norma. Mas como a norma não é concebida como previamente dada, carente de geração, tal visão é nessa medida compatível com a visão tópica. A diferença prática mais nítida se evidenciará no papel do teor literal. **No interesse de uma clareza constitucional e da determinada pelos princípios do Estado de Direito, o texto da prescrição deve ser tratado como limite da concretização em circunstâncias a serem detalhadas.** Como, porém, o texto da norma não pode ser igualado à norma e esta por sua vez não é “aplicável” como previamente dada, essa linha de fronteira para a mera tópica se revela como apenas relativa, correspondente à peculiaridade da objetividade jurídica. [...] (destacado)⁵²⁸.

Existe uma distinção e não uma separação entre norma e texto, o que indica que a norma é produto da atribuição de sentido, mas isto não significa que exista uma ampla discricionariedade do intérprete para tanto, já que deverá observar os limites mínimos impostos pelo texto⁵²⁹. Além disto, existem *limites principiológicos*, na medida em que os princípios são responsáveis pelo fechamento e não abertura da interpretação⁵³⁰. Desta forma, o princípio da efetividade da Constituição indica que todas as normas constitucionais são eficazes, sendo importante critério para a aferição de práticas judiciais que atentem contra o primado da Constituição ou neguem eficácia imediata aos seus dispositivos. A acolhida da tese da eficácia limitada das normas constitucionais no mandado de injunção é típica violação do dito princípio, na medida em que impede a plena concretização da Constituição. Também é imperioso sempre valorizar as *possibilidades hermenêuticas legítimas do intérprete na interpretação da Constituição*. O fato é que desde o início do mandado de injunção seria viável uma sentença aditiva ou interpretação conforme à

⁵²⁸ MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

⁵²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3 ed. *op. cit.*, p. 320.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 166.

Constituição, com a exclusão da tese declaratória e a aplicação analógica, mormente porque não é vedado aos Tribunais criar normas com vistas à concretização da Constituição, desde que a partir de certos limites.

2.3.4.1 A postura anti-relativista da hermenêutica filosófica e a tese das respostas corretas no Direito

A tese das respostas corretas é calcada na postura anti-relativista da hermenêutica filosófica. A admissão da teses das respostas corretas não corresponde à possibilidade de uma ditadura do sujeito sobre o objeto. Isto é, como acentua João Maurício Adeodato⁵³¹, é preciso um meio termo: nem a “ditadura do Judiciário” nem uma volta à separação de poderes, “reduzida a mero ornamento retórico no complexo direito dogmático de hoje”. Ao criticar o relativismo é preciso não recair em outro erro, alertado por Ovídio Baptista da Silva⁵³², que é taxar sempre o oponente de ideológico, como se alguém pudesse ser detentor da verdade e sempre fosse o outro aquele que não tem razão. Com efeito, a existência de certas verdades não significa que a verdade absoluta esteja ao homem acessível ou que ela exista. Diz Gadamer:

Toda interpretação correta tem que proteger-se contra a arbitrariedade da ocorrência de “felizes idéias” e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, e orientar sua vistas “às coisas elas mesmas” (mesmo que para os filólogos são textos com sentido, que também tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heróica”, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente “a tarefa primeira, constante e última”. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa, através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das idéias que lhe ocorram. Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. [...]

[...] **Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmados “nas coisas”, tal é a**

⁵³¹ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites. *In: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 169-188, 2004. p. 169.

⁵³² DA SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e Ideologia*. *op. cit.*, p. 8-9.

tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra “objetividade” que a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. **Pois o que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas, senão que no processo de sua execução acabam se aniquilando? A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrarias.** Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examina tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade⁵³³. (destacado).

Fica claro que Gadamer admite a possibilidade de interpretações corretas, mas a condição das mesmas é que as opiniões prévias não sejam arbitrarias. Além disto, Gadamer resgata a importância do primado da pergunta sobre a resposta⁵³⁴. Heidegger diz que o conceito de verdade como concordância de um conhecimento com seu objeto é vazia é universal, pois (§ 44):

Ser-verdadeiro enquanto ser-descobridor é um modo de ser da presença. O que possibilita esse descobrir em si mesmo deve ser necessariamente considerado “verdadeiro” num sentido ainda mais originário. Os fundamentos ontológico-existenciais do próprio descobrir é que mostram o fenômeno mais originário da verdade⁵³⁵.

Heidegger não entende a verdade como adequação entre *intellectus e res*, mas como *presença*, pois “a presença é e está na verdade”⁵³⁶. A verdade (descoberta) deve ser arrancada dos entes, deve ser desencoberta. No § 32 de *Ser e Tempo*, Heidegger diz que a interpretação funda-se no compreender. Ela se move em um círculo (*circulus vitiosus*) e nunca é isenta de pressupostos, pois é influenciada pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia⁵³⁷. Mas o que é central na hermenêutica filosófica de Gadamer é que o compreender deve ser muito mais um acontecer que penetra na tradição do que uma ação da subjetividade, superando o domínio da idéia de procedimento, de método⁵³⁸. Além disto: “O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo”⁵³⁹.

⁵³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 401-403.

⁵³⁴ Ibidem, p. 533.

⁵³⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 291.

⁵³⁶ Ibidem, p. 292.

⁵³⁷ Ibidem, p. 211.

⁵³⁸ GADAMER, Hans-Georg. *op. cit.*, p. 436.

⁵³⁹ Ibidem, p. 444.

Toda interpretação autêntica deve se precaver contra a arbitrariedade de idéias barrocas que afloram ao espírito, bem como contra as limitações provenientes de hábitos inconsistentes do pensamento. É evidente que, para ser autêntico, o olhar da investigação deve dirigir-se à “coisa mesma”, de tal modo que ela seja apreendida, por assim dizer, “em pessoa”. É igualmente evidente que a compreensão fiel ao sentido de um texto, por exemplo, não é questão de um simples desejo, mais ou menos vago, nem de “boas e pias intenções”, mas constitui o sentido mesmo do problema designado por Heidegger como “tarefa primeira, permanente e última” da compreensão interpretativa⁵⁴⁰.

As bases fundamentais da idéia de resposta correta são a *coerência*, a *integridade*, a *tradição*, a *consciência dos efeitos da história no intérprete (história efetual, ou consciência de sua situação hermenêutica)*. A resposta correta depende de uma dimensão anterior à lógica proposicional, pois o *logos hermenêutico condiciona o apofântico*⁵⁴¹. Lenio Streck, apesar de aderir à idéia de resposta correta, não se filia à tese da única resposta certa proposta por Dworkin, pois ela acarretaria uma totalidade que eliminaria o não-dito e que poderia gerar uma resposta diferente em um caso idêntico. Não será a única resposta, mas a resposta correta. Uma única resposta significaria um seqüestro da diferença e do tempo⁵⁴². No mandado de injunção são necessárias, como condições para a possibilidade de respostas corretas, a superação da teoria das fontes, uma nova teoria da norma e do modelo interpretativo subsuntivo, fundado no esquema S-O (sujeito-objeto). Portanto, é preciso ir além de teses como as que sustentam que o direito de greve do servidor público é norma de eficácia limitada, ignorando que o princípio deve superar a regra e que após o giro-linguístico ontológico deve prevalecer a intersubjetividade⁵⁴³.

Ao elevar a historicidade da compreensão ao nível de princípio hermenêutico fundante, Gadamer reconhece que o ser inserido na história precisa se autocompreender constantemente e corrigir a si mesmo de modo a depurar seus preconceitos. Ele reconhece que Heidegger descobriu a pré-estrutura da compreensão, mas busca ir além⁵⁴⁴. Diz Gadamer que quem quer compreender um texto deve deixar que o mesmo lhe diga algo, ou seja, precisa se mostrar receptivo

⁵⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 60.

⁵⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3 ed. *op. cit.*, p. 307.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 313.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 193.

⁵⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. *op. cit.*, p. 402.

para a alteridade do texto. Essa receptividade não significa neutralidade e nem auto-anulamento, mas inclui a apropriação das opiniões prévias. É preciso se dar conta das antecipações de sentido para confrontar a verdade do texto com as mesmas⁵⁴⁵. Preconceito não significa falso juízo, pois existem prejuízos legítimos. O que Gadamer refuta é que uma metodologia possa garantir a correteza da proposição, pois somente a fundamentação confere ao juízo a sua dignidade⁵⁴⁶. O fato é que tradição e consciência histórica andam juntos, pois formam uma unidade de efeito⁵⁴⁷. A ineliminável historicidade da compreensão em Gadamer significa necessariamente que o intérprete deve dar-se conta do significado hermenêutico da distância temporal. A distância temporal dar-se-á, porém, sempre em um círculo hermenêutico:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nos mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”, pois isso sim, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão⁵⁴⁸.

Em Gadamer o distanciamento temporal não é algo que prejudica a compreensão, mas parte desse momento, pois o tempo não é mais um abismo a ser transposto, mas o fundamento do acontecer. A distância temporal não é algo a ser superado, como pensava o historicismo, que buscava entender o passado segundo o espírito da época. A distância temporal é retrato da história e da tradição. O distanciamento face às opiniões objetivas do presente são possibilidades positivas da compreensão histórica⁵⁴⁹. A distância temporal encontra-se sempre sob os efeitos do princípio da história efetual. A consciência da história efetual é sempre “consciência da situação hermenêutica”⁵⁵⁰. A situação hermenêutica é uma posição

⁵⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. *op. cit.*, p. 405.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 408.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 424.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 440.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 446.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 451.

que limita a possibilidade de ver, logo, ela corresponde ao conceito de horizonte hermenêutico, que é um âmbito de visão histórico. O horizonte hermenêutico está sempre sendo posto a prova, na medida em que todos os preconceitos são constantemente testados, mas não se forma à margem do passado. Logo, há uma fusão de horizontes no seio da tradição, na medida em que o velho e o novo crescem juntos⁵⁵¹.

2.3.4.1.1 A tese da resposta correta em Ronald Dworkin: refutações aos argumentos da imprecisão, do positivismo e da controvérsia

No Capítulo VII do *Império do Direito* Dworkin dá a bases para a sua teoria da integridade do Direito. O jusfilósofo americano afirma que as proposições jurídicas serão corretas se estiverem afinadas com os princípios de justiça, equidade e devido processo legal. É importante observar que o autor dá uma interpretação substancial (e não meramente formal) ao princípio do devido processo legal, pois atido à igualdade. O direito como integridade é uma crítica ao convencionalismo e ao pragmatismo⁵⁵². O convencionalismo admite que o Direito decorre de decisões anteriores se estiver explícito nas mesmas, ou se puder ser explicitado por meios e técnicas convencionalmente aceitos pelos juristas. O pragmatismo é uma concepção cética do Direito, pois afirma que os juízes devem tomar as melhores decisões para a comunidade, que lhes pareçam ideais para o futuro, ignorando o passado⁵⁵³. Ao acentuar que a integridade é vinculada à história⁵⁵⁴, Dworkin aproxima-se de Gadamer. O direito como integridade na realidade é constituído como uma romance em cadeia, na qual os juízes são simultaneamente autores e críticos. A crítica dos juízes aos precedentes ou sua aceitação dos mesmos corresponde a um romance em cadeia, já que eles devem trabalhar com aquilo que recebem da história e não tem, portanto, plena liberdade, já que devem ficar atidos ao enredo. A integridade

⁵⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. *op. cit.*, p. 457.

⁵⁵² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. *op. cit.*, p. 271.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 119.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 273.

exige uma coerência de princípio horizontal e não vertical e as leis contêm também um conjunto de princípios necessários para justificá-las⁵⁵⁵.

O *locus* onde Dworkin trabalha a tese da resposta correta é o Capítulo V da obra *Uma questão de princípio*. Dworkin entende que os juízes somente podem impor suas convicções políticas quando acreditam que elas podem representar uma interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade. Diz que mesmo que não exista consenso na comunidade política quanto à resposta correta e mesmo que ela seja incerta e controvertida há uma resposta certa para cada questão⁵⁵⁶. A conseqüência natural do ceticismo na possibilidade da resposta correta é a discricionariedade. O cerne da crítica de Dworkin aos céticos quanto à possibilidade da resposta correta move-se contra três principais argumentos: o *argumento da imprecisão*, o *argumento do positivismo* e o *argumento da controvérsia*⁵⁵⁷.

O *argumento da imprecisão* defende que a textura aberta (Hart) ou imprecisão da linguagem às vezes torna impossível a formação de um juízo quanto à verdade ou falsidade de uma proposição. O erro deste argumento para Dworkin é confundir entre o fato da imprecisão e as suas conseqüências na linguagem jurídica. Os juristas, ao interpretarem uma lei, podem incluir cânones interpretativos ou explicações legais que manipulam a força de uma palavra em um certo caso concreto. Mas o melhor caminho para lidar com a imprecisão da linguagem para Dworkin não é volver à vontade psicológica do legislador, pois:

Pode o jurista afirmar, como eu mesmo fiz, que o impacto da lei sobre o Direito é determinado pela pergunta de qual interpretação, entre as diferentes possibilidades admitidas pelo significado abstrato do termo, promove melhor o conjunto de princípios e políticas que oferecem a melhor justificativa política para a lei na época em que foi votada. Ou pode sustentar a posição muito mais conservadora de que, se uma lei usa linguagem imprecisa, deve-se considerar que mudou o *status quo ante* apenas no âmbito justificado pelo âmago indisputável da linguagem empregada⁵⁵⁸.

O *argumento do positivismo* tem em comum a “idéia de que a lei existe apenas em virtude de um ato ou decisão humanas”⁵⁵⁹. As proposições jurídicas não

⁵⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **El império de la justicia**. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1992. p. 165.

⁵⁵⁶ Idem. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 177.

⁵⁵⁷ Ibidem., p. 188.

⁵⁵⁸ Ibidem., p. 190.

⁵⁵⁹ Ibidem., p. 194.

são falsas ou verdadeiras em face de algum parâmetro externo, mas segundo regras básicas que variam com a prática⁵⁶⁰.

O *argumento da controvérsia ou tese da demonstrabilidade* sugere que se não se pode demonstrar que uma proposição é verdadeira, depois que todos os fatos relevantes sejam conhecidos, então ela não pode ser verdadeira. É uma tese empirista porque depende de fatos concretos. Mas se, além de fatos concretos, se admite a existência de fatos morais, por exemplo, ela se torna equivocada⁵⁶¹. A questão de saber se existe a resposta certa não é uma questão empírica. Como é observável, o argumento da imprecisão é uma crítica direta de Dworkin a Hart. Apesar de Hart negar que o poder discricionário seja arbitrário⁵⁶², Dworkin sustenta que não se pode ficar à mercê das convicções pessoais dos juízes. Hart, diferentemente de Dworkin, não admite uma solução correta, mas tão somente soluções razoáveis ou mais adequadas que outras⁵⁶³.

Não somente Hart, mas os teóricos dos *Critical Legal Studies* refutam a tese da resposta correta em casos difíceis⁵⁶⁴, dizendo que esta tese é baseada em critérios metafísicos ou parâmetros de correção, pois os sistemas jurídicos contêm normas contraditórias, baseadas em conflitivas concepções políticas e éticas. A contradição ideológica presente no âmago dos sistemas jurídicos impossibilitaria a possibilidade de alcançar uma resposta correta⁵⁶⁵. Dworkin não admite tais conclusões, dizendo que os princípios não são contraditórios, mas competitivos. Em matéria penal, Dworkin defende uma lógica bivalente, excluindo uma terceira possibilidade: ou o indivíduo é culpado ou é inocente. César Rodríguez⁵⁶⁶ diz que a descrição de Hart é mais fiel à prática interpretativa que a de Dworkin, pois os juízes e advogados tem muitas incertezas quanto ao que “realmente diz” o Direito, apesar de que a dimensão normativa de Dworkin e sua exigência de uma vigorosa

⁵⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. *op. cit.*, p. 204.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 205.

⁵⁶² RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 1997. p. 84.

⁵⁶³ À respeito da discricionariedade judicial em Hart, cf. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regra e o conceito de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 70. A respeito de Hart, cf. BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Quanto ao debate Dworkin-Hart, cf. também OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 174.

⁵⁶⁴ RODRÍGUEZ, César. *op. cit.*, p. 86.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 87.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 88.

consistência na fundamentação são necessárias em um Estado Democrático de Direito. Apesar desta consideração de Rodriguez, é possível pensar que mesmo sendo muito forte na prática interpretativa o “agulhão semântico” ou divergência quanto aos fundamentos do Direito, isso não vem a derrocar a concretude da teoria dworkiniana, porque as divergências poderiam ser diminuídas consideravelmente se passassem a levar em conta as exigências da teoria do Direito como integridade.

2.3.4.1.2 A necessária (re)visualização do princípio da separação de poderes no Estado Democrático de Direito como condição de possibilidade para a obtenção de respostas corretas no mandado de injunção

Diante do instituto do mandado de injunção a resposta correta depende de uma (re)visualização do princípio da divisão de poderes a partir do Estado Democrático de Direito. José Adércio Leite Sampaio⁵⁶⁷ propõe a superação do modelo clássico de “separação de poderes” (ou estrutural-mecanicista), que supõe uma separação rígida entre os poderes, sem possibilidade de confusão ou concentração de funções, pelos seguintes modelos: a) modelo guiado pela idéia de equilíbrio funcional (teleológico ou relacional): há uma flexibilização na atribuição das funções, pois já se fala em interdependência orgânica e interdependência de funções, com atribuições precípua e não mais exclusivas; b) modelo de divisão de poderes (funcionalista, procedimentalista, garantistas ou objetivista): admite a concentração funcional e acumulação de poderes, mas com procedimentos que confirmam segurança contra excessos ou ilegalidades. Salienta o autor que o princípio da separação de poderes tem sofrido muitas críticas, entre os quais:

a) cuida-se de uma teoria artificial e equivocada, pois partiu de uma interpretação da Constituição inglesa, distorcida da realidade, criando uma doutrina irreal, impraticável e esquemática; b) que fere a indivisibilidade da soberania, por não identificar o titular da soberania; c) rompe com a unidade orgânica do Estado; e d) é produto da ideologia burguesa e liberal, pois

⁵⁶⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 430.

Montesquieu procurou descrever a forma de funcionamento do poder na Inglaterra. De se notar que o liberalismo burguês, sempre que quis, fugiu do esquema de independência e harmonia dos poderes, para adotar formas autoritárias e totalitárias. Além do mais, e) ela gera instabilidade política; f) é contrariada pelos fatos, levando-se em conta que, em diversos sistemas constitucionais, ocorre, na prática, um concordância de poderes e não a sua divisão: tal é o caso do Gabinete na Grã-Bretanha. Sua importância se reduziria à exigência de independência do Judiciário; g) desconsidera o papel dos Partidos Políticos, os debates e os controles recíprocos que se estabelecem entre a maioria e a minoria parlamentar e não entre os órgãos constitucionais. A divisão de poderes não está assim em fazer e executar leis, mas nesse jogo entre o poder da maioria, no governo, de decidir e executar e o poder da minoria (no parlamento) de criticar e controlar; e, enfim, h) não leva em conta uma quarta função, a governamental, que específica, define e determina fins políticos que servem de pauta a toda atuação do Estado⁵⁶⁸.

Sabe-se que a própria expressão “separação de poderes” é problemática. O que existe é uma tripartição de funções, eis que o poder é uno e indivisível. Bonavides⁵⁶⁹ diz que dito princípio é uma das mais excelsas garantias constitucionais da preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista. É ainda fruto da doutrina liberal que vive até hoje, “escoimado dos vícios e das incompreensões derivadas da extrema rigidez de sua aplicação nos ordenamentos constitucionais do liberalismo”⁵⁷⁰. Adaptado aos novos tempos e “purificado” da ortodoxia que lhe foi atribuída, o princípio pode realizar um importante papel na tutela dos direitos subjetivos, mas não deve mais ser um argumento contrário à atuação da jurisdição constitucional em matéria de concretização de direitos, sob pena de volver-se contra sua própria finalidade protetiva liberal.

Leciona Canotilho⁵⁷¹ que a teoria da separação de poderes de Montesquieu engendrou um mito, em que cada poder desempenharia uma função específica sem interferência dos demais, o que nunca correspondeu à prática. Além disso, na verdade, segundo o autor, sempre houve uma combinação de poderes. Dito princípio pode ser considerado em vista da separação horizontal de poderes (de órgãos e funções, como as funções legislativa, executiva e judicial) e quanto à repartição vertical de poderes (competência do Estado, das regiões e órgãos

⁵⁶⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. *op. cit.*, p. 428.

⁵⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 554.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 557.

⁵⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *op. cit.*, p. 115.

locais)⁵⁷². Para defender o mencionado princípio, já foi trazida a teoria do núcleo essencial, segundo o qual “a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro”⁵⁷³.

Na verdade, como bem mencionou Cattoni⁵⁷⁴, o argumento da separação de poderes foi uma das principais teses trazidas pelo STF para reforçar a tese declaratória, como se observa no MI 107:

Esse julgado, que passa a ser considerado o precedente na matéria, **consagra não somente uma interpretação inadequada da separação dos poderes, como, em razão de uma compreensão da norma jurídica reduzida à regra, não reconhece ao ordenamento o seu caráter principiológico**, carente não somente de concreção legislativa mas também jurisdicional, pois cada uma dessas distintas tarefas cumpre papel próprio e específico no processo de possibilitar que a liberdade e a igualdade que reciprocamente nos reconhecemos tenham garantida a chance de se enraizarem em nossa vida concreta cotidiana de tal sorte a efetivamente regerem as expectativas de comportamento internalizadas e por nós compartilhadas⁵⁷⁵ (destacado).

Bem compreende Cattoni que por detrás do raciocínio dos juízes prevalecem certas tendências de pensamento e paradigmas que são decisivos na decisão judicial. Além disto, apesar de admitir que o Judiciário tem um papel democrático importante, não podendo simplesmente cingir a Política a um problema do governo, critica a imposição de certas “verdades” pelo Supremo Tribunal Federal, na esteira da teoria habermasiana, que o autor defende, dizendo que concentrar demais no STF as esperanças, tornando-o um tutor da Política, é um problema.

A disputa de dois paradigmas jurídicos, torna-se, assim, explícita. Por um lado, o daqueles juristas formados na velha escola formalista, liberal conservadora, diga-se de passagem, e, por outro, o dos novos representantes de uma tardia jurisprudência dos valores.

Os primeiros, fundados numa concepção privatista do Direito, compreendem os conflitos sociais como inter-individuais, e a isso acrescentam uma concepção autoritária de Estado, para a qual, mesmo agindo em prol de “questões sociais”, assume caráter polícialesco, ao apropriar-se paternalisticamente das demandas político-sociais. E, nesse sentido, uma postura excessivamente individualista combina-se com a velha “doutrina da segurança nacional” e das “razões de Estado”, em que direitos

⁵⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *op. cit.*, p. 556.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 559.

⁵⁷⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social)**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 26 out. 2010.

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

sociais devem ser concedidos “de cima para baixo”, os conflitos coletivos devem ser resolvidos de modo populista e peleguista, sem mobilização social autônoma, sem participação política, quando e como a tecnocracia assim o definir. **Afinal, tratar-se-ia de “questões políticas” com as quais o Judiciário não deve se intrometer. Lavando as mãos para os problemas sociais, tal postura vê a política como uma questão de composição quase privada, entre Legislativo e Executivo, em que na maioria das vezes, o primeiro deve ceder ao segundo, e o Judiciário, sob a desculpa suicida de pretensamente estar garantindo a separação de poderes, assume um papel secundário de buscar garantir o mínimo, como se fosse possível garantir os princípios do Estado de Direito sem democracia.**

Já a segunda postura judicializa a política e a julga à luz de pretensos valores supremos da comunidade, a que os tribunais superiores teriam acesso privilegiado. Partidários desse tipo de ativismo judicial atribuem ao Judiciário o papel de tutor da política, um super-poder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios a um Estado de Direito. É o Judiciário, ou melhor, os Tribunais superiores e, na sua crista, o Supremo Tribunal Federal, quem deve zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de “direitos” e de realização da democracia. Assim, o Supremo Tribunal Federal converter-se-ia em *guardião da moral e dos bons costumes*, uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um *codex* e um *index* de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo. Trata-se, pois, de uma postura que esconde uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos, com a qual quem perde, mais uma vez, é a cidadania.

Todavia, as duas visões podem ser compreendidas normativamente como alternativas concorrentes, embora equivocadas, de garantia dos direitos privados, que desconsideram o ponto central para a realização, no tempo, do projeto de constituição de um Estado Democrático de Direito: nas palavras de Habermas, a coesão interna entre autonomia privada e autonomia pública, de que não se asseguram direitos privados sem direitos políticos, e vice versa⁵⁷⁶.

A crítica que faz Cattoni a esta excessiva judicialização da política, marcada pela defesa da teoria habermasiana, afirma que a democracia não pode ser realizada mediante a regência de alguém (nem mesmo do STF), e que incumbe à jurisdição assegurar condições de possibilidade para a cidadania, levando em conta o pluralismo.

Sob as condições modernas de um mundo da vida plural e de uma sociedade descentrada, em que competem com a mesma dignidade vários projetos do que seja o florescimento humano, tal compreensão não somente parece chocar-se com o pluralismo político e de identidades individuais e coletivas, próprio da modernidade e da tradição do constitucionalismo, como

⁵⁷⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social).** *op. cit.*

coloca em risco, com seu desprezo por nossas próprias vivências de cidadania, a democracia entre nós. Pois a democracia, como já afirmado alhures, não pode ser concedida, nem realizada, mediante a tutela ou regência de quem quer que seja. Como afirma Habermas, não há autonomia pública sem autonomia privada, e vice-versa, e as condições sob as quais o exercício da autonomia deve dar-se, como única fonte possível de legitimidade política moderna, só se estabelecem através de um processo de aprendizado social, sujeito a tropeços, a ser vivido pelos próprios cidadãos de uma República democrática. Como já afirmado por Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em *Jurisdição constitucional democrática*, e por mim, em *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, o constitucionalismo democrático necessita da atuação de uma jurisdição constitucional comprometida com a democracia, na garantia das condições processuais para o exercício da cidadania, que leva em consideração as desigualdades sociais e o pluralismo de identidades culturais e individuais, mas que não deve, nem precisa, ser um substituto para a cidadania que deve garantir⁵⁷⁷.

Na verdade este é um eterno debate da jurisdição constitucional: até que medida a atuação do Supremo Tribunal Federal é democrática e representativa? Alexy⁵⁷⁸ faz a defesa de uma representatividade argumentativa dos Tribunais, exigindo que um número suficiente de pessoas aceite os argumentos judiciais por razões de concordância ou correteza. Esta representatividade, sendo contramajoritária, pode ser inclusive dos direitos de uma minoria. Diz Alexy (destacado)⁵⁷⁹:

The existence of good or plausible arguments is enough for deliberation or reflection, but not for representation. **For this, it is necessary that the court not only claim that its arguments are the arguments of the people; a sufficient number of people must, at least in the long run, accept these arguments for reasons of correctness.** Only rational persons are able to accept an argument on the ground that it is correct or sound. This shows that there are two fundamental conditions of true argumentative representation: (1) the existence of sound or correct arguments, and (2) the existence of rational persons, that is, persons who are able and willing to accept sound or correct arguments for the reason that they are sound or correct. One might call these persons, by analogy to John Rawls's concept of the liberal person,¹⁷ "constitutional persons." Constitutional review can be successful only if the arguments presented by the constitutional court are sound and only if a sufficient number of members of the community are able and willing to exercise their rational capacities.

⁵⁷⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social)**. *op. cit.*

⁵⁷⁸ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *In: Oxford University Press and New York University School of Law*. 2005, v. 3, n. 4, p. 573. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=42>. Acesso em: 07 out. 2008.

⁵⁷⁹ *Ibidem*

Em termos de mandado de injunção a necessidade desta representatividade argumentativa do STF é patente (no asseguramento dos direitos do cidadão garantidos pela Constituição e dos servidores públicos). Na avaliação do deputado Regis de Oliveira (PSC-SP), a consequência da ausência de legislação é que o STF ocupa o lugar do Legislativo. Admite o deputado Eliseu Padilha (PMDB-RS) que a demora na elaboração do parecer quanto à greve do servidor público demonstra o pouco interesse do governo no assunto⁵⁸⁰.

Ao atuar contra os que querem a anomia quanto à matéria, o STF regulamentou uma “terra de ninguém”, um vazio da Política que sempre foi um obstáculo ao interesse dos servidores públicos. A própria necessidade de criação de normas disciplinadoras do tema não é consenso no Congresso Nacional. O deputado Vaccarezza diz que é possível aplicar a Lei 7.783/89, logo, não seria necessária a criação da Lei. O deputado Vicentino (PT-SP) é contra a regulamentação, pois isso significaria amarrar o direito de greve⁵⁸¹. Mesmo com a edição do Decreto Legislativo 206/10, de 15/06/2010, no qual o Brasil adere a Convenção 151 da OIT, devendo adotar a norma até 15/06/2011, assegurando aos servidores públicos o direito de livre organização sindical e de realizar negociações coletivas com o governo, ainda não há possibilidade de forçar o cumprimento do que foi acordado, pois o governo não é obrigado a enviar a negociação ao Legislativo para que se torne Lei. Logo, a Justiça Comum não pode impor sanções pelo descumprimento do que foi acordado⁵⁸².

Veja-se o estado da arte da Política no Brasil: mesmo existindo disposição constitucional expressa que *exige* a edição de lei respeitante a greve dos servidores públicos (art. 37, VII da Constituição), há deputados que agem como se a disposição não fosse obrigatória, ou mesmo são contrários à edição da lei faltante! Isto é, se dependesse só deles (como se não precisassem prestar contas ao cidadão ou ter *accountability*) e se o STF não tivesse disciplinado o tema, até hoje o Brasil sofreria

⁵⁸⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Sem regulamentação, direito de greve é decidido na Justiça.** Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/150826-SEM-REGULAMENTACAO,-DIREITO-DE-GREVE-E-DECIDIDO-N> <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/150826-SEM-REGULAMENTACAO,-DIREITO-DE-GREVE-E-DECIDIDO-NA-JUSTICA.html>> JUSTICA.html> Acesso em: 16 out 2010.

⁵⁸¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Criação de norma não é consenso entre deputados.** Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/150828-CRIACAO-DE-NORMA-NAO-E-CONSENSO-ENTRE-DEPUTADOS.html>> Acesso em: 16 out 2010.

⁵⁸² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Convenção da OIT é insuficiente, dizem especialistas.** Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/150827-CONVENCAO-DA-OIT-E-INSUFICIENTE,-DIZEM-ESPECIALISTAS.html>> Acesso em: 16 out 2010.

de uma total anomia normativa, porque há muitos que não têm interesse na edição da Lei. Mas cumpre lembrar que eles não constituintes, logo, não é a eles que incumbe avaliar a conveniência e oportunidade da criação da lei. Não há discricionariedade legislativa quanto a isto, porque o constituinte determinou que a lei fosse feita. Não há liberdade de conformação do legislador neste sentido⁵⁸³. O fato é o Congresso Nacional sofre de um sério problema: a falta de fundamentação das suas decisões.

Neste aspecto o STF é mais democrático, ao possibilitar o debate acerca das razões pelo qual decidiu. A atuação incisiva do STF diante do mandado de injunção é um remédio forte para uma crise que existe no Brasil e no mundo, a crise política e de representação⁵⁸⁴. Não se pode negar a importância do respeito ao pluralismo e o papel do Parlamento, mas, diante da falta de vontade política, resta ao STF assumir a dianteira em certos assuntos. A preocupação de Habermas de que os Tribunais tomem conta da Política é justificada, afinal, sempre há riscos de que o Judiciário imponha sua vontade, em detrimento do pluralismo político. Referindo-se a Habermas, afirma Douglas Cesar Lucas:

Ao tratar dos Tribunais Constitucionais, o autor alemão refere que os mesmos não podem substituir os discursos políticos e engendram uma rejustificação (sic) do direito através de decisões que disponham dos argumentos legitimadores do direito como se fossem legisladores indiretos⁵⁸⁵.

Ocorre que no momento em que os discursos de justificação do direito feitos pelo legislador são inconstitucionais – observe-se que não há razão para pensar que à jurisdição estão reservados somente os discursos de aplicação, como bem salienta Streck⁵⁸⁶ – ou quando a Política se manifesta incapaz de decidir e de elaborar a lei exigida pelo art. 37, inciso VII, por exemplo, se torna justificável pensar em uma postura mais ativa do Judiciário.

⁵⁸³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Contribuição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 216-218.

⁵⁸⁴ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. *op. cit.*, p. 53.

⁵⁸⁵ LUCAS, Douglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. *In*: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 206.

⁵⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 102.

2.3.4.1.3 A resposta constitucionalmente adequada no mandado de injunção: dos efeitos constitutivos da sentença à tutela jurisdicional adequada à pretensão

Os Tribunais estão vinculados ao princípio do *non liquet*⁵⁸⁷, isto é, devem obrigatoriamente decidir (dando efetividade às suas decisões), lembrando que a Constituição é a própria ineficácia de seus dispositivos⁵⁸⁸. Ao deslegitimar o mandado de injunção o STF enfraqueceu sua própria legitimidade institucional⁵⁸⁹. A resposta correta – a partir de uma teoria da decisão judicial calcada em Gadamer e Dworkin – não é um produto solipsista, mas síntese hermenêutica baseada na fusão de horizontes e no (des)velamento dos pré-juízos inautênticos. No Direito a resposta correta é a constitucionalmente adequada. A aposta na vontade do intérprete sofre de um déficit democrático⁵⁹⁰. É a sua inserção na tradição constitucional e sua fidelidade aos princípios jurídicos constitutivos da comunidade política que podem legitimar a possibilidade de respostas corretas. O mandado de injunção deve ser interpretado à luz do Estado Democrático de Direito. Portanto, argumentos como o princípio da separação de poderes e a eficácia limitada de certas normas constitucionais devem ser (re)avaliados a partir da necessidade premente de concretização de direitos fundamentais. Pois o mandado de injunção deve ser compreendido à luz das novas exigências da jurisdição constitucional contemporânea no Estado Democrático de Direito. Trata-se de simplesmente concretizar os valores públicos fundamentais e constitutivos do Estado Democrático de Direito, isto é, ter o Direito como razão pública⁵⁹¹.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a jurisdição só pode ser compreendida autenticamente ao se compreender que a historicidade do Direito não lhe pode ser sonogada. Dito de outro modo, a jurisdição tradicional, que sonoga a força da história, construída sob a égide da filosofia da consciência, não mais encontra lugar num mundo permeado de desafios, complexidades, conflitos macrossociais, novos ambientes de regulação e decisão, imediatismos e tecnicismos. Como a jurisdição está inserida no contexto constitucional (nunca fora dele), há que se compreender que a Constituição é um “caminho a ser caminhado”,

⁵⁸⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Iberamericana, 2002. p. 370.

⁵⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3 ed. *op. cit.*, p. 292.

⁵⁸⁹ AGRA, Wálber Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁵⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3 ed. *op. cit.*, p. 433.

⁵⁹¹ FISS, Owen. **El Derecho como razón pública**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons: 2007.

dependendo essa caminhada de uma “atitude hermenêutica” por parte dos juristas no sentido de desvelar o seu sentido e, conseqüentemente, o sentido da jurisdição no Estado Democrático de Direito pela provocação dos seus pré-juízos⁵⁹².

Como condição de possibilidade para uma jurisdição constitucional adequada à atualidade se faz necessária a construção de uma nova teoria da norma, o principal problema causador da inefetividade do mandado de injunção. Ao “ver a Constituição como ela é”, isto é, como Lei Fundamental do Estado, se supera a tese da necessidade de *interpositio legislatoris*, pois ela deixa de ser “refém” da lei. Não há distinção entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional, eis que toda jurisdição é sempre constitucional⁵⁹³. A possibilidade e necessidade de respostas corretas⁵⁹⁴, baseada em autores como Dworkin, Gadamer e Lenio Streck, no mandado de injunção pode ser justificada a partir da história efetual e da fusão de horizontes: passados quase vinte anos da Constituição, era preciso ver o velho com os olhos do novo. O distanciamento temporal não é algo ruim, pois possibilita que o intérprete tome consciência de sua situação histórica. Ou seja, se o passado se funde com o presente e o futuro, então a superação da tese declaratória no mandado de injunção em prol da tese constitutiva representou o produto da fusão de horizontes e da história efetual, pois é sempre o momento do intérprete (re)interpretar o passado com vistas no presente, e o mandado de injunção sempre necessitou deste novo olhar constitucionalizante.

Este novo olhar constitucionalizante é aquele que medeia o passado e o futuro, isto é, que observa a “tradição inautêntica” como “tradição inautêntica”. Para tanto, porém, é indispensável, senão uma *conditio sine qua non*, entender que o processo visa, acima de tudo, uma tutela jurisdicionalmente adequada. Neste sentido é expressiva a lição de Marinoni ao dizer que um dos problemas atuais do Direito é o *panprocessualismo*, isto é, ver o processo como se o direito material não existisse⁵⁹⁵. Para tanto, defende o autor a necessidade da construção da ação adequada ao caso concreto. Além disto, diferencia as técnicas processuais (como as sentenças) da tutela do direito material, alegando que nem todas as sentenças são

⁵⁹² HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

⁵⁹³ Ibidem, p. 147.

⁵⁹⁴ Cf. ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 183.

⁵⁹⁵ MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 102.

bastantes em si mesmas, como é o caso da sentença condenatória, em que só há satisfatividade se o réu de vontade própria observa a decisão, senão haverá o ingresso na fase executiva.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira⁵⁹⁶ observa que o processo deve servir a sua finalidade, de forma que o procedimento deve ser construído a partir daí e não o contrário. Sendo um dos primeiros a denunciar a problematidade da interpretação anacrônica conferida pelo STF ao princípio da separação de poderes⁵⁹⁷, Cattoni defende que os efeitos da decisão no mandado de injunção devem ser constitutivos e mandamentais, pois regulamentam a aplicação do exercício de um direito e ordenam ao impetrado que se submeta a disciplina estabelecida pelo Tribunal⁵⁹⁸. O fato é que não se pode esquecer a existência, como bem salienta Manuel Gonçalves Ferreira Filho, de uma crise do Parlamento. Diz o autor: “É notório que os Parlamentos não dão conta das “necessidades” legislativas dos Estados contemporâneos; não conseguem, a tempo e a hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam”⁵⁹⁹.

Para dar ao mandado de injunção uma interpretação constitucionalmente adequada, o STF teve que enfrentar a tese que defende a necessidade de ele mesmo editar a norma faltante⁶⁰⁰, o que não foi aceito por isto ser atividade propriamente legiferante. Efetivamente, defender isto seria violar a teoria do núcleo essencial, lembrada por Canotilho⁶⁰¹. Não caberia mandado de injunção diante dos direitos que exigem organização prévia de determinados serviços ou alocação específica de recursos (ou seja, diante da reserva do possível)⁶⁰². A interpretação correta, no mandado de injunção, depende de um provimento jurisdicional adequado.

A chamada “jurisprudencialização” da Constituição vem marcada pela transição de um direito constitucional legislativo para um direito constitucional *jurisprudencial*, ou seja, passa-se do texto da norma para o

⁵⁹⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 270.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 267.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 276.

⁵⁹⁹ FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Do Processo Legislativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 14.

⁶⁰⁰ CLEVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 375.

⁶⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *op. cit.*, p.559.

⁶⁰² CLEVE, Clemerson Merlin, *op. cit.*, p. 383. Acerca da reserva do possível, cf. item 2.2.

texto da decisão judicial. Tal posição leva a uma mudança da paradigma do constitucionalismo, antes pautado na postura positivista, para percebê-lo em sua forma aberta e viva, para além da *neutralidade* do texto normativo⁶⁰³.

Deve-se sublinhar a complexidade do conceito de Constituição, que é muito mais do que um texto e vai além da vontade constituinte manifestada legislativamente. As Constituições são “contextos culturais pertencentes a uma certa tradição constitucional”⁶⁰⁴, dependentes de decisões jurisdicionais e de políticas públicas, ou seja, o que se pode chamar de “cultura constitucional”. O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, tem estado em foros de tensão permanente. Tem sofrido toda sorte de críticas. Mas não se pode ignorar que o estado da arte constitucional em um país depende do nível de “cultura constitucional” da nação, ou seja, do respeito ao papel da Constituição.

E como a Constituição não é somente um texto, mas também é contexto, a interpretação judicial não pode ficar alienada da realidade político-social-econômica. Ora, sabe-se que há um forte interesse na inexistência de regulamentação do direito de greve do servidor público, inclusive por parte de parlamentares, como já retro mencionado, o que acarreta um atentado à força normativa da Constituição (Konrad Hesse). Nesta esteira, um Judiciário submisso ao governo ou meramente contemplativo – que fica na espera de uma decisão política que nunca acontece – ruma na contramão do intento do Estado Democrático de Direito. E onde o Judiciário não é forte há sérios riscos de se tornar um brinquedo na mão do Poder Executivo, ainda mais em países presidencialistas como o Brasil, em que há hipertrofia do poder do Presidente da República, diz com razão Adroaldo Furtado Fabrício, afirmando, ainda, que “o Legislativo está morto, não reage a nada, é indiferente a tudo”⁶⁰⁵. E o único remédio para evitar o ocaso do Poder Judiciário é o cumprimento da Constituição.

O papel exercido pela jurisdição constitucional contramajoritária é insubstituível, já que somente os juízes podem desempenhar essa função. As

⁶⁰³ NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Constitucionalismo e cidadania**: para uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

⁶⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. Parecer n. 14.742. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: v. 31, n. 65, jan. jun. 2007, p. 209-217.

⁶⁰⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário no constitucionalismo contemporâneo. *In: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, n. 20. p. 84.

Constituições do pós-guerra são um importante elemento integrador do tecido da sociabilidade, lembra Alfonso de Julios-Campuzano:

O dever mais importante que a Constituição desempenhou é o de possibilitar a unidade e a integração a partir da promoção de princípios e valores que necessitam ser assumidos de forma flexível, afastando toda concepção dogmática com base material pluralista das sociedades contemporâneas. Dessa maneira, a Constituição assume um papel absolutamente decisivo nas complexas, heterogêneas e plurais sociedades contemporâneas, dado que a diversidade de interesses em conflito transborda para o próprio ordenamento jurídico, e, com ele, a lei como principal fonte de produção jurídica no Estado de Direito. [...] **A Constituição como elemento que possibilita uma unidade precária e plural, mas imprescindível para salvar o ordenamento da confusão purificadora em que parece mesclar-se: o império da lei já não é garantia de racionalidade e de ordem, de unidade e de paz. O trono vazio deste monarca desajustado só pode ser ocupado pela Constituição...** [...] ⁶⁰⁶ (destacado).

Veja-se que o constitucionalismo possibilita a busca de uma integração social mesmo com a existência do desacordo político razoável, tão citado por Waldron. A existência de respostas corretas no Direito é negada por autores como Ricardo Luis Lorenzetti⁶⁰⁷, que afirma que somente existem respostas fundamentadas em princípios e valores e que é possível estabelecer critérios mínimos de correção. Invoca, ainda, a tese que existem princípios e valores em tensão, face a diversos paradigmas concorrentes, mas há um “metavalor” que é o pluralismo de valores⁶⁰⁸, que deve ser observado pelo juiz. Mas a Teoria da Decisão Judicial apregoada por Lorenzetti ainda está presa ao dedutivismo e à teoria da argumentação.

É necessário esclarecer um ponto: a mudança paradigmática da interpretação do STF no mandado de injunção significa um remédio forte para a crise política. Não se ignora que a cidadania deve ter condições de manifestação e o ideal é um amplo debate político, começando pela sociedade e indo em direção ao governo. Mas se esta discussão inexistente – como é o caso da indiferença do Parlamento na edição da lei faltante quanto à greve dos servidores públicos – a situação conjuntural brasileira aponta para a necessidade do STF atenuar os vazios políticos decorrentes da omissão estatal.

⁶⁰⁶ CAMPUZANO, Alfonso de Julios. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47

⁶⁰⁷ LORENZETTI, Luis Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 178.

⁶⁰⁸ Ibidem, p. 184.

Vale lembrar que mesmo após todas as críticas que a hermenêutica filosófica sofreu – foi tachada de subjetivismo, relativismo, conservadorismo, submissão cega à tradição, e teve negada a sua pretensão de universalidade por Habermas, que afirmou que ela não poderia refletir acerca da carga ideológica presente na linguagem – permanece muito vivo o seu debate com a teoria do discurso⁶⁰⁹. Para tanto, Gadamer teve que demonstrar a possibilidade de um círculo *virtuoso* na interpretação. Isso fica mais claro se pensarmos que a tradição não é um dado, mas um constructo, e a experiência hermenêutica é uma totalidade, isto é, algo que medeia toda a existência do intérprete. Sobretudo, é equivocada a crítica de que a hermenêutica resgataria o racionalismo, já que Gadamer se embrenhou em um combate contra as pretensões do Iluminismo.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz⁶¹⁰, em debate com Lenio Streck, afirma que a teoria discursiva habermasiana possibilita a sustentação da existência da resposta correta, mesmo que ela não seja perfeita. Se dois juízes que seguem o mesmo rito e chegam a respostas discrepantes, isto significa que a sujeita a menos reparos será a certa, já que mesmo a resposta correta não pode escapar de um processo infinito de aprendizagem. Também não admite que por ser procurada procedimentalmente a resposta correta não tenha conteúdos substantivos. Lenio Streck diz que, embora Habermas defenda a resposta correta, ainda fica preso aos discursos de fundamentação e discursos de aplicação, sendo que a aplicação fica descompromissada com o discurso de fundamentação⁶¹¹.

Como já demonstrado, no mandado de injunção a resposta correta depende de um provimento judicial adequado. Cumpre, portanto, estudar a eficácia constitutiva da sentença. Ovídio A. Baptista da Silva, embora concorde com Marinoni quanto ao fato das formas de tutela não equivalerem aos direitos, critica o processualista pela redução do direito material a puras formas de tutela processual.

⁶⁰⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 56. Acerca do debate entre Habermas e Gadamer acerca da universalidade da hermenêutica cf. FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 74. O autor diz que Habermas rejeitou a universalidade da hermenêutica ao sustentar que a tradição pode significar coação, evitando a possibilidade do consenso. Para rebater a isto, Gadamer busca explicar seu conceito de tradição afirmando que ela privilegia o diálogo. Cf. também, acerca da teoria discursiva da democracia de Habermas, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da contribuição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 38.

⁶¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 246.

⁶¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3 ed., *op. cit.*, p. 314.

Sublinha que Marinoni substituiu as ações pelas tutelas, mas não explicou como surge, por exemplo, a “tutela declaratória”, se por geração espontânea ou por “nomeação” do juiz. As formas de tutela confundem o direito com a pretensão. A redução do direito às formas de tutela implicaria na perda de substância do direito material⁶¹². Ou seja, Marinoni teria incorrido no equívoco do *procedimentalismo*, que separa o direito (e as pretensões) das formas de tutela, pondo em risco da distinção entre direito material e processo.

As ações e sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, diz Ovídio, seriam, segundo os processualistas, criações do direito processual, operando efeitos somente no plano normativo e independentemente dos litígios. Uma ação seria constitutiva ou declaratória porque o legislador assim o quer e não em razão da diversidade das pretensões de direito material. Mas como a ação, que é *una* e abstrata, poderia ter conteúdo declaratório, constitutivo ou condenatório? Assim, “a classificação das ações e sentenças diz respeito às eficácias de direito material de cada uma delas, segundo seus respectivos conteúdos”⁶¹³. Na verdade isto é um resgate da doutrina de Pontes de Miranda, vinculando as ações às eficácias do direito material⁶¹⁴. Ovídio, porém, faz alguns ajustes na doutrina de Pontes, fundamentalmente ao rejeitar a idéia de “ação condenatória”, já que não passaria de uma declaração e não existe no direito material uma pretensão à condenação⁶¹⁵.

É importante ressaltar o seguinte: Ovídio A. Baptista da Silva é contrário a qualquer forma de arbitrariedade interpretativa, mas não a confunde a discricionariedade, que deve se ater à razoabilidade. Ele não admite o Direito como um sistema unicamente de regras e tem a discricionariedade (em sentido fraco) como uma espécie de proporcionalidade. Exige uma decisão fundamentada, proferida por um juiz responsável e democrático, que assuma respeito pela justiça e coerência⁶¹⁶. Não admite soluções certas ou erradas, mas somente razoáveis, porque alicerçadas em fundamentos racionais e válidos⁶¹⁷. Refuta a

⁶¹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 8.

⁶¹³ Idem. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 180

⁶¹⁴ MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. *op. cit.*, p. 296.

⁶¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. *op. cit.*, p. 167.

⁶¹⁶ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério: Uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 146

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 155

discricionariedade em sentido forte, que também é rechaçada por Dworkin, mas tem como inelutável a existência de uma discricionariedade em sentido fraco pelo juiz.

Em sede de mandado de injunção, fica clara a falta de satisfatividade da sentença declaratória, eis que inapta para assegurar a pretensão do impetrante. Marinoni sustenta a existência do direito à ação adequada e a uma tutela adequada ao direito material⁶¹⁸ como corolário da necessidade da construção de uma nova teoria da ação. Considera, ainda, que não existe tutela condenatória, mandamental e executiva (seriam técnicas para a tutela do direito material), mas há tutela declaratória e constitutiva⁶¹⁹. Acerca da sentença declaratória e constitutiva, diz o autor⁶²⁰:

O autor requer a sentença declaratória quando necessita obter, como bem jurídico, a declaração da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica, porque pairava sobre ela uma situação de incerteza ou de dúvida objetiva.

A sentença constitutiva cria, modifica ou extingue uma relação jurídica. Por isso é dita positiva ou negativa – essa última também chamada de desconstitutiva. A sentença que interdita o demente é constitutiva positiva, ao passo que a sentença que anula um contrato é constitutiva negativa.

O direito à tutela jurisdicional efetiva depende de um provimento judicial adequado. As sentenças declaratória e constitutiva são suficientes por si mesmas para atender ao direito material, enquanto as sentenças condenatória, mandamental e executiva dependem de meios executivos⁶²¹. No mandado de injunção a sentença declaratória não é satisfativa, já que ao impetrante não importa a declaração de mora do Congresso Nacional, esta não é sua pretensão. A sentença constitutiva é satisfativa na medida em que possibilita ao impetrante o exercício do seu direito judicialmente. Descabe sentença condenatória, já que o STF não pode impor ao Legislativo a edição de lei mediante sanção ou *astreintes*. Pode caber sentença mandamental, como a que determina a desobstrução do impedimento ao direito de greve e eficácia executiva, com vistas ao cumprimento do mandado. A partir da classificação pontiana, a eficácia do mandado de injunção pode ser tida como preponderantemente constitutiva.

⁶¹⁸ MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. *op. cit.*, p. 268.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 256.

⁶²⁰ *Ibidem*, p. 269.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 270.

Observe-se que o problema da efetividade do mandado de injunção é, sobretudo, uma questão de Direito Processual Constitucional, que na lição de Cattoni “é o instrumento através do qual a jurisdição constitucional opera”, enquanto o Direito Constitucional Processual pode ser definido como “conjunto de princípios constitucionais que estrutura e fundamenta a validade das normas jurídico-processuais”⁶²², apesar de que, como salienta, esta é uma divisão artificial, já que todo direito processual encontra seu fundamento na Constituição e atualmente qualquer processo, pela via difusa, é processo constitucional.

As eficácias da sentença, diante do mandado de injunção, tem uma peculiaridade: trata-se da omissão de outro Poder da República. Daí porque a dificuldade em encontrar um provimento judicial adequado que pudesse tutelar o direito do impetrante. Não se discute que a via de solução é a legislativa, mas diante da estagnação política o STF passou a avocar para si a responsabilidade de atenuar os males da desídia legislativa através de sentenças aditivas/constitutivas.

Observe-se o seguinte: as sentenças aditivas que o STF proferiu no âmbito do direito de greve do servidor público não elidem o problema da omissão inconstitucional, que permanece como omissão legislativa inconstitucional. O que ocorre é atenuação dos efeitos dessa omissão (mutação constitucional) e o fato de que o Judiciário não pode ser taxado de desidioso ou irresponsável quanto à matéria. Trata-se de clara adjudicação do poder de decidir (Alstyne)⁶²³.

Na esteira de Zagrebelsky⁶²⁴, o posto do legislador no Estado Constitucional é diferente do Estado Liberal. Os juízes, segundo Zagrebelsky, são os atuais “senhores do Direito”, porque se dão conta de todas as dimensões do Direito: a Lei, os direitos e a justiça. É preciso realçar o seguinte: o constitucionalista italiano refuta a tese de que o Direito é a Lei, pois a Lei é somente ato do Poder Legislativo, ou seja, como diz expressamente, é somente parte do Direito. A legislação não seria, pergunta o autor, uma mera função de que serve à consecução dos direitos e da justiça, totalmente vinculada a Constituição? A grande diferença entre o constitucionalismo e o legalismo é esta: enquanto no legalismo a lei é suprema, no constitucionalismo ela cai seu pedestal e passa a se sujeitar à Lei das leis.

⁶²² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. *op. cit.*, Apresentação.

⁶²³ Cf. item 1.3 deste trabalho.

⁶²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 150.

El constitucionalismo envuelve complemente la legislación en una red de vínculos jurídico que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales. El legalismo, por el contrario, se preocupa por la autonomía del legislador y por eso exige que ele control de la jurisdicción sobre ele legislador discorra dentro de limites compatibles con tal autonomía. Desde la óptica de la doctrina de las fuentes, para ele constitucionalismo la Constitución es un programa positivo de valores que ha de ser actuado por ele legislador; para el legalismo, la Constitución es un bosquejo orientativo que ha de ser simplemente respetado por el legislador. Los jueces, en este segundo caso, se verán inducidos a reconocer al legislador amplios âmbitos de libertad no prejuizados por normas constitucionales, mientras que en el primero se sentirán autorizados a realizar un control de fondo e ilimitado sobre todas suas decisiones y en todos sus aspectos⁶²⁵.

Zagrebelsky afirma que diante da ausência de leis, se faz legítima a criação de normas jurídicas pelos juízes como algo necessário para satisfazer no caso concreto pretensões fundadas em direitos reconhecidos por normas constitucionais. Excluir a possibilidade de integração judicial significa o esvaziamento dos direitos reconhecidos na Constituição. É exatamente isto que fez o STF no caso da greve do servidor público. Mas alerta que os juízes não são os senhores do Direito como era o legislador no Estado Liberal, pois se tornaram “los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”⁶²⁶, e o Direito não é propriedade de ninguém, mas de todos. As críticas a igualação entre Lei e Direito estão muito presentes na Filosofia do Direito⁶²⁷.

Afirmando a necessidade dos juízes julgarem bem os litígios que lhe são trazidos, Garapon⁶²⁸ afirma que o intérprete nunca está isento de juízos antecipados, que influem no seu convencimento. Logo, julgar bem exigiria não tanto uma progressão à análise do juízo, mas uma regressão à análise do pré-juízo. Para bem julgar o juiz precisa de transparência, escrúpulo, imparcialidade, pois deve se fazer “um terceiro em relação a si mesmo”⁶²⁹.

Mas a necessidade de bem julgar é ainda mais crucial diante do STF, que não pode errar por último. Alçado a guardião da Constituição, o STF carrega consigo um imenso peso de responsabilidade. Uma das primeiras obras a devassar a

⁶²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. *op. cit.*, p. 151.

⁶²⁶ *Ibidem*. p. 153.

⁶²⁷ Cf. VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes: 2003. p. 382.

⁶²⁸ GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 317.

⁶²⁹ *Ibidem*, p. 319.

instituição do STF foi a de Aliomar Baleeiro, ex-ministro da Corte. Baleeiro⁶³⁰, que já gizava em 1968 a sua atuação política e de governo. Destaca que o Judiciário nem sempre foi independente, pois pela supremacia do Legislativo na Europa (especialmente na França) o ato de julgar já significou mera delegação, verdadeira modalidade da administração. A independência é algo indispensável no ato de julgar. Se o Parlamento decidiu não decidir, ou seja, regulamentar o direito de greve do servidor público, o Judiciário não pode também incorrer na mesma omissão.

Ora, a vedação do *non liquet*⁶³¹ implica a obrigatoriedade da tomada de uma decisão, e ela não pode ser tímida quando a Constituição exige que ela seja forte. Referentemente à decisão tomada pelo STF nos mandados de injunção referentes ao direito de greve do servidor público, havia necessidade de uma interpretação conforme a Constituição. É para tanto é necessário compreender, na esteira de Lenio Streck⁶³², que a(s) regra(s) nunca pode(m) ser interpretada(s) à revelia dos princípios. Separar regras e princípios é um erro, já que há uma distinção, mas uma separação radical. Na verdade o princípio está implícito ou oculto na regra, e pode ser desvelado na interpretação. Assim, as interpretações do art. 37, inciso VII, e art. 5, inciso LXXI da Constituição Federal não podem se elidir a observância do princípio da máxima efetividade da Constituição, que é princípio constituidor do constitucionalismo.

Canotilho⁶³³ sustenta que é insito à jurisdição constitucional uma ineliminável “intranqüilidade discursiva”, na medida em que tomar o Poder Judiciário como *countermajoritarian institution* significa inserí-lo em torno do debate acerca das perplexidades do pensamento contemporâneo. Na verdade a tensão permanente que a jurisdição constitucional contramajoritária provoca é proveniente do embate entre Direito e Política e a difícil equação entre a juridificação do político e a politização do jurídico. Diz o mestre português que a maior justificativa para a existência dos Tribunais Constitucionais não é tanto o aperfeiçoamento do Estado

⁶³⁰ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 101. Certamente que com a exposição do STF na televisão, na mídia e na internet, além da globalização, o STF hoje já não é mais tão desconhecido.

⁶³¹ Acerca da decidibilidade como problema central da dogmática jurídica, cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 88.

⁶³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 502.

⁶³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranqüilidade discursiva. *In*: MIRANDA, Jorge (Org.) **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 871-887.

de Direito, mas a possibilidade de abertura de canais semântico-procedimentais ou comunicativo-discursivos entre o Direito e a Política, com vantagens para ambos. Quando os Tribunais abusam de sentenças manipulativas, modulam os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade ou fixam em termos restritos os pressupostos de inconstitucionalidade eles podem afetar tanto a decisão política a ponto de poderem ser chamados de “superlegisladores”. Ainda mesmo no domínio da interpretação conforme à Constituição corre-se o risco dos Tribunais alterarem o sentido do produto legislativo de forma antidemocrática.

A problematidade da relação entre Direito e Política é fruto da dificuldade de encontrar o limite exato entre ambos – embora se defenda a autonomia do Direito – e a compatibilizar a profunda influência que devem sofrer reciprocamente sem anularem a si mesmos. Mas a partir do que foi destacado, se pode dizer que os Tribunais Constitucionais têm, inequivocamente, impulsionado o desenvolvimento do Estado de Direito e a que a jurisprudência do STF no mandado de injunção, a partir da sua mudança paradigmática, contribuiu neste sentido, ampliando ainda mais o debate acerca da responsabilidade do legislador e do juiz no Estado Democrático de Direito. O dilema em que situaram os Tribunais no período do Estado-Providência é bem explicado por Boaventura de Sousa Santos *et al* (destacado):

O dilema em que se colocaram os tribunais foi o seguinte. Se continuassem a aceitar a neutralização política vindo do período anterior, [está se referindo ao Estado liberal] perseverando no mesmo padrão de desempenho clássico, reactivo, de micro-litigação, **poderiam certamente continuar a ver reconhecida pacificamente pelos outros Poderes do Estado a sua independência, mas fá-lo-iam, correndo o risco de se tornarem socialmente irrelevantes e de, com isso, poderem ser vistos pelos cidadãos como estando, de fato, na dependência do poder executivo e do poder legislativo.** Pelo contrário, se aceitassem a sua quota-parte de responsabilidade política na actuação promocional do Estado – nomeadamente através de uma vinculação mais estreita do direito ordinário à Constituição de modo a garantir uma tutela mais eficaz dos direitos de cidadania – corriam o risco de entrar em competição com os outros poderes e de, como poder mais fraco, começar a sofrer pressões do controle externo, quer por parte do poder executivo, quer por parte do poder legislativo, pressões tipicamente exercidas por uma das três vias: noemação dos juizes para os tribunais superiores; controle dos órgãos do poder judicial; gestão orçamental⁶³⁴.

⁶³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas.** Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 65, Nov. 1995, p. 16.

Como diz contundentemente Calamandrei⁶³⁵, uma verdadeira democracia, digna de uma cidade de homens livres, depende de um engajamento, de um compromisso, e não admite que juiz e legislador se olhem de soslaio, que empurrem um para o outro a responsabilidade da decisão. Afinal, ambos são inevitavelmente co-responsáveis perante a comunidade pelas suas (in)decisões e pela construção da democracia, do Estado de Direito e da justiça, já que a partir do Estado Democrático de Direito os tribunais passaram a ter sua quota-parte de responsabilidade política intransferível. Logo, antes de visualizar os deveres jurídico-constitucionais do legislador, deve o juiz avaliar os seus. Deve fazer a sua parte. É isto que se espera de uma jurisdição constitucional adequada ao Estado Democrático de Direito, que faça jus ao papel relevante da Justiça Constitucional: imparcialidade, independência e responsabilidade política, e acima de tudo, o cumprimento da Constituição.

⁶³⁵ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960. p. 83.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do neoconstitucionalismo há um fenômeno que se pode denominar de Constituição “invasiva” ou embededora do social, do político e do público. O novo constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é transformador e busca modificar o *status quo*. Por uma decorrência ineliminável do mesmo, a jurisdição constitucional sofre fortes influxos, que consubstanciam exigências político-sociais da comunidade politicamente estruturada e organizada. A jurisdição constitucional contemporânea do Estado Democrático de Direito deve estar adequada à hodiernidade. Cumpre à jurisdição constitucional contemporânea (re)visualizar seus limites e possibilidades hermenêuticos na era democrática. No Brasil o guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. A sua atuação fortalece as expectativas da sociedade na implementação das promessas constitucionais. Para tanto a Corte necessita estar “aparelhada” das mais recentes tendências interpretativas, entre as quais a interpretação conforme a Constituição e a possibilidade de sentenças aditivas, como condição de possibilidade para que possa dar azo à concretização de direitos fundamentais frente à complexidade do Estado Contemporâneo.

Com Gadamer, Dworkin e Lenio Streck é possível construir uma teoria da decisão judicial que refute a discricionariade judicial e traga fundamentos para a possibilidade e necessidade de respostas corretas no Direito. Para tanto, é necessário superar uma série de obstáculos opostos pelo senso comum teórico, principalmente através da construção de uma nova teoria das fontes, da norma e da superação do modelo subsuntivo, que resta definitivamente anacrônico diante das novas tendências projetadas pela hermenêutica filosófica, que explicita de forma muito mais satisfatória a complexidade do ato interpretativo ao dar ênfase ao nível de racionalidade hermenêutico sobre o apofântico, isto é, Gadamer tem ciência de que não se interpreta em fatias, nem de forma alheia à história e ao que somos. É um grande salto pensar que o papel da pré-compreensão, que havia sido deturpado, ignorado ou mal interpretado por muitas teorias, passa a ter proeminência, a tal ponto de ser o fundamento central para a possibilidade de respostas corretas, junto a toda a construção hermenêutica de Gadamer.

Falar em jurisdição constitucional nestes tempos de neoconstitucionalismo significa uma redundância, eis que toda jurisdição deve ser constitucional. Não se pode imaginar que a Constituição ainda seja alçada a mera carta de diretivas ou conselhos, como se não tivesse normatividade. Como bem salienta Lenio Streck, a hermenêutica é condição de possibilidade da jurisdição constitucional. Isto significa que urge avaliar o *modus* interpretativo dos juristas no Brasil, com vistas à crítica da “baixa constitucionalidade”. Neste ponto tem razão Dworkin ao sustentar que a Constituição não se resume ao seu texto, pois tem um conjunto de princípios que tem força obrigatória, ou seja, devem ser necessariamente avaliados no caso concreto. A submissão da regra ao que pensa o intérprete, tão defendida no pragmatismo jurídico norte-americano, deve ser (re)pensada com vistas à submissão do intérprete ao(s) princípio(s). A tese da possibilidade e necessidade de respostas corretas não significa, portanto, uma ditadura do sujeito. O sujeito, que nas teorias positivistas discricionárias tinha ampla liberdade – uma discricionariedade em sentido forte – para deliberar passa a prestar uma *accountability* hermenêutica, isto é, a prestar contas dos fundamentos de sua decisão.

Foi a partir da judicialização do direito de greve que o Supremo Tribunal Federal deu os passos mais largos para a superação da tese declaratória. No MI n. 20 o STF entendeu que o inciso VII do art. 37 da CF era norma de eficácia limitada, ou seja, dependente de ato legislativo, e predominou a tese da natureza declaratória do mandado de injunção, em que pese às divergências levantadas pelos Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso. O mesmo entendimento ocorreu face aos mandados de injunção n. 438, 485, 585 e 631. No MI n. 689 ficou assentado que o *writ* não é sucedâneo do mandado de segurança e não é ação condenatória, não pode determinar ao Congresso Nacional obrigação de fazer, nem cominar pena pecuniária pela omissão legislativa. A mudança paradigmática que alterou a jurisprudência da Corte ocorreu com o voto do Min. Relator Eros Grau no MI n. 712 e do Min. Gilmar Mendes no MI n. 670, relativamente à greve do servidor público. Em termos de impacto, é a partir daí que a jurisprudência da Corte dá uma guinada em direção a um novo entendimento.

Nos mandados de injunção 670 e 712 o Supremo Tribunal Federal entendeu, superando seu entendimento anterior – de que o Judiciário e a sociedade deveriam esperar pela decisão do legislador de editar a lei – que tinha legitimidade

institucional para resolver o problema da ineficácia do mandado de injunção através de sentenças de cunho aditivo, em vez de adjudicá-lo improficuamente ao Parlamento. A Corte avocou para si a responsabilidade – que de resto sempre lhe foi atribuída pelo constituinte – de decidir. Ao fazê-lo, não invadiu a função legislativa, mas possibilitou ao impetrante a satisfação do seu direito. A tese declaratória nunca trouxe satisfatividade às pretensões na medida em que o Congresso sempre restou inerte, evidenciando falta de consenso ou vontade política.

É preciso salientar dois pontos fulcrais: primeiro, a possibilidade de sentenças aditivas no mandado de injunção não significa que o foro principal de solução do problema da omissão legislativa não deva ser o Legislativo. O mandado de injunção deve ser interpretado como solução precária, pois enquanto a lei exigida pela Constituição não for promulgada permanece o problema da omissão legislativa. O Supremo Tribunal Federal simplesmente trata de garantir o direito do impetrante, mas a sua solução, mesmo na tese constitutiva, é sempre provisória, eis que o foro de deliberação política é o Legislativo. Daí não decorre, porém, que o Judiciário fique de “mãos atadas” diante do problema, porque se não pode dispor provisoriamente de forma abstrata acerca da lei faltante – o constituinte não o permitiu nem mesmo na ação direta de inconstitucionalidade por omissão – pode satisfazer o direito do impetrante.

É contraditório dizer que a Constituição assegura o direito de greve do servidor público, mas enquanto não for editada a lei ele inexistente ou não pode ser exercido, pois se a Constituição tem normatividade, então ele não pode estar refém da lei infraconstitucional. Afinal, a Constituição é a Lei!

Em segundo lugar: não se nega a necessidade da abertura de um amplo processo de deliberação e discussão com vistas ao consenso, na esteira de Habermas, mas se afirma que o STF não pode esperar indefinidamente pelo legislador. É inequívoco que o Judiciário deve respeitar os limites impostos pela Constituição a sua atuação. Entretanto, o mandado de injunção representa, por si só, um fruto da crise de representatividade política, da qual os juízes devem oferecer uma solução satisfatória.

Legítima-se a intervenção judicial, neste sentido, na medida em que ela deve responder à crise. Corre-se o risco, é verdade, da perpetuação da omissão legislativa, e então a decisão judicial tornar-se-ia quase “definitiva”. Mas este é um

problema legislativo. Lembre-se a advertência de Cappelletti, de que o Judiciário é o mais democrático dos poderes ao possibilitar amplo acesso do cidadão.

Não é possível “digerir” o significado positivo da tese constitutiva olhando o novo com os olhos do velho. Ou seja, separação de poderes, representação argumentativa pelos Tribunais, sentenças aditivas, interpretação conforme à Constituição, tese constitutiva, legitimidade democrática dos Tribunais, novo constitucionalismo, judicialização da política, ativismo judicial e contramajoritarismo, para citar somente estes temas, devem ser vistos com os olhos do novo, isto é, a partir do Estado Democrático de Direito. Olhar o novo com os olhos do velho significa ignorar o novo. No Estado Democrático de Direito há cada vez mais uma transferência da responsabilidade para o Judiciário. Se no Estado Liberal de Direito não podia se esperar muito do Judiciário, no Estado Democrático de Direito ele passa a trabalhar com as promessas incumpridas. É um novo Judiciário, portanto, o que existe hoje, uma ruptura com o passado. Não se nega que o compromisso da Política seja do governo. Mas a diferença é que hoje o Judiciário é “fiador” da mesma, isto é, ele se responsabiliza para que a irresponsabilidade do governo não signifique um descumprimento da Constituição.

A tese constitutiva não significa, de forma alguma, criação do Direito *ex nihilo nihil*. Trata-se de criar normas que possibilitam o exercício de direito que já existe na Constituição. A grande diferença entre a regulamentação dada pelo Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção e a legislação é que a primeira é provisória e busca somente dar condições para o exercício do direito, enquanto a segunda é definitiva e pode dispor com maior liberdade acerca do assunto, apesar de adstrita à conformação do legislador, como lembra Canotilho.

Um dos mais fortes argumentos contra a atuação do Supremo Tribunal no mandado de injunção é que ele significa intrusão em poderes nitidamente legislativos. Mas a tese constitutiva visa somente garantir o direito do impetrante e não legislar abstratamente. Parece que uma equivocada compreensão da separação de poderes pode ser a causa da celeuma. Esvai-se o argumento, porém, diante da interpretação adequada da própria Constituição. Não haveria porque existir um instituto – o mandado de injunção – se seus efeitos fossem idênticos à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Seria melhor então que não tivesse sido

criado, porque seria uma porta de acesso ampla aos que não tivessem legitimidade ativa diante da via abstrata.

O princípio da efetividade da Constituição exige que a todas as normas constitucionais sejam atribuídas a máxima eficácia possível. Resta incongruente com este princípio tornar o mandado de injunção instituto impotente. Para tanto, porém, é preciso superar três grandes obstáculos à concretização da Constituição: a teoria das fontes, da norma e o modelo subsuntivo. É preciso interpretar a lei a partir da Constituição e não vice-versa, superar a tese da eficácia limitada das normas constitucionais e rejeitar o modelo subsuntivo, ainda preso ao positivismo jurídico exegético. Todos estes três obstáculos, ainda presos ao positivismo jurídico, atentam contra a primazia da Constituição. Na medida em que a Constituição deve subordinar todo o direito infra constitucional, seria sem sentido permitir que a ausência de regulamentação normativa ocasionasse o ocaso das normas constitucionais, propiciando o fenômeno da mutação inconstitucional. Salienta-se que o próprio Kelsen já dizia que um mínimo de eficácia é condição de validade... Não se pode interpretar a regra como se o princípio não existisse ou fosse subsidiário.

Há limites hermenêuticos na atribuição de sentido, que são textuais e principiológicos. Ou seja, a norma criada a partir do texto é vinculada a este e deve respeitar o conjunto de princípios jurídicos vinculativos, sob pena da ocorrência de mutação inconstitucional, ou alteração não formal do sentido e alcance dos dispositivos constitucionais. A tese da possibilidade e necessidade de respostas corretas é calcada no anti-relativismo da hermenêutica filosófica, que não admite a absolutização da *doxa*. Ao contrário, a opinião deve ceder espaço ao diálogo e à intersubjetividade. A hermenêutica rejeita o relativismo, afirmando que a existência da verdade (não da verdade absoluta) possibilita que se possa distinguir o erro do acerto, isto é, refuta a tese de que tudo é questão de opinião. Afinal, se tudo fosse questão de opinião, por que então debater tanto acerca do (des)acerto das decisões do Supremo Tribunal Federal?

A democracia não pode esperar indefinidamente pelo legislador. O legislador não mais monopoliza o Direito tal como no Estado Liberal, já que é adstrito ao que determina a Constituição, diz Zagrebelsky. Logo, não é aceitável que o legislador elabore juízos de conveniência e oportunidade quanto à necessidade da elaboração

da lei faltante no art. 37, inciso VII da Constituição. Ao fazê-lo, pretende se alçar à função de constituinte. E é necessário convir que a omissão do legislador não justifica a judicial.

Conforme foi demonstrado, ao dizer que a eficácia do mandado de injunção era declaratória o Supremo Tribunal Federal equiparou seus efeitos à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, nos moldes do sistema português. Quando alterou radicalmente sua jurisprudência, passando a entender que a eficácia era preponderantemente constitutiva, a mais alta Corte do país resgatou a dignidade do instituto e demonstrou que o Poder Judiciário Brasileiro está apto para pensar soluções de vanguarda para a atenuação ou resolução de problemas críticos constitucionais, que envolvem tanto a anemia da democracia representativa quanto o papel transformador do Estado Democrático de Direito e os percalços que ele deve enfrentar. Isto é, o STF passou de uma jurisdição constitucional meramente contemplativa a uma jurisdição constitucional ativa, determinando o cumprimento da Constituição. O STF tomou um passo adiante, o que demonstra independência – pois contrariou o interesse de muitos, inclusive no governo – e responsabilidade política.

Se o Legislativo está imerso no fisiologismo, que termina por corromper a democracia pela preponderância de interesses individuais sobre o da coletividade, cumpre aos juízes darem uma resposta jurídico-constitucional firme e independente, pois o Judiciário é um legítimo Poder e também é responsável pelo resgate das promessas incumpridas da modernidade no Brasil. Neste sentido, na medida em que o Judiciário toma uma decisão fundamental, em contraposição à omissão legislativa, decorrente da falta de vontade política ou da desídia, ou mesmo da incapacidade para obter a maioria – embora se saiba que existem parlamentares que são contrários a regulamentação do direito de greve do servidor público – ele possibilita o avanço da democracia brasileira, e o mandado de injunção é um exemplo sintomático das possibilidades hermenêuticas que a jurisdição constitucional tem para buscar a concretização de direitos mesmo diante do descaso legislativo. O mandado de injunção é um remédio forte e genuinamente brasileiro – embora lembre a injunção inglesa – que foi brilhantemente pensado pelo constituinte com propósitos de concretização da Constituição. A este grande instituto não pode ser dada uma interpretação tímida, que atente contra as suas reais possibilidades, sob

pena do enfraquecimento das garantias processuais constitucionais e, conseqüentemente, da Constituição. Pode-se dizer que o mandado de injunção “renasceu” nas célebres e históricas decisões do STF quanto ao direito de greve. E demonstrou o compromisso do Judiciário com a cidadania e a democracia, através de uma jurisdição constitucional comprometida com o avanço do Estado de Direito e com a força normativa da Constituição. Afinal, se a Constituição é a Lei das leis, cumpra-se a Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira: situação e limites. *In: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 169-188, 2004.

AGRA, Wálber Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. *In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.) Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos; Editora Renovar: 2006, p. 190-195.

ALSTYNE, William Van. Judicial Activism and Judicial Restraint. *In: LEVY, Leonard W; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis (Org.) Judicial Power and the Constitution*. New York: Macmillan Publishing Company, 1990, p. 58-72.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *In: Oxford University Press and New York University School of Law*. 2005, v. 3, n. 4, p. 573. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=42>. Acesso em: 07 out. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In: Revista de Direito do Estado*. Jan./mar, 2009. Ano 4. n. 13, p. 71-91.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. *In: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 101-120, 2004.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 118, p. 401-415, 2008.

BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. The Concept of the Political: a key to understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory. *In: DYZENHAUS, David (Org.) Law as Politics: Carl Schmitt critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 101-105.
 _____. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
 _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros.
 _____. **Do Estado Liberal ao Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOUDON, Raymond. **A ideologia**. São Paulo: Ática, 1989

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Sem regulamentação, direito de greve é decidido na Justiça**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/150826-SEM-REGULAMENTACAO,-DIREITO-DE-GREVE-E-DECIDIDO-N>> Acesso em: 16 out 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Criação de norma não é consenso entre deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/150828-CRIACAO-DE-NORMA-NAO-E-CONSENSO-ENTRE-DEPUTADOS.html>> Acesso em: 16 out 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Convenção da OIT é insuficiente, dizem especialistas**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/150827-CONVENCAO-DA-OIT-E-INSUFICIENTE,-DIZEM-ESPECIALISTAS.html>> Acesso em: 16 out 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154300>> Acesso em: 15 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em 17 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3128-7/DF. Associação Nacional dos Procuradores da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 18 de Agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3128&processo=3128>>. Acesso em: 26 set. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610/07. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.733/08. Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>> Acesso em: 07 maio 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999. Partido Social Cristão e Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 12 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009. p. 75.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 284. Sérgio Cavallari e Congresso Nacional e União Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107. José Emídio Teixeira Lima e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de Novembro de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283-5. Alfredo Ribeiro Daudt e União Federal e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de Novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 232. Centro de Cultura Prof. Luiz Freire e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 27 de Março de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 03 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 114. Plínio José de Arruda Cimino e Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 04 de Abril de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 26 de dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 311. Heliete Greco de Pinho e Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 16 de Novembro de 1995. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 323. Irconso Materiais para construção Ltda e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 08 de Abril de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 361. Simpec RJ e Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 23 de Junho de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 430. Itamalgnesto Nordeste S/A e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 26 de Maio de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 457. Calçados Guaraldo Ltda e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 26 de Maio de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 477. Cowa do Brasil Serviços Especiais Indústria e Comércio Ltda e Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 26 de Outubro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 507. Companhia Terperman de Estofamentos e Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 26 de Maio de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 542. Companhia Paulista de Plásticos e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de Agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 95. Paulo Marcelo Aguiar Carneiro de Albuquerque e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 07 de Outubro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 124. Carlos Antonio Rossini e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 07 de Outubro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 369. Neisser Cardoso Minervino e Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 19 de Agosto de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 695. Issac Ribeiro Silva e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 01 de Março de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721. Maria Aparecida Moreira e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 80 de Agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 758. Carlos Humberto Marques e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 01 de Julho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 788. Maria Aparecida Caetano Lenarduzzi e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 795. Creuso Scapin e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 14 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 796. Jorge Pereira Gonçalves e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 797. Jorge Pereira dos Santos e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 808. Eduardo Barbosa de Souza e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 809. Osnir Custódio da Silveira e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 815. Ciro Hiroki Nabeshima e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 825. Ernande da Costa e Silva e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 de Abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 828. Lazaro Fernandes Azeredo e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 14 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 841. Telma Veronica Carneiro Lima e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 850. Antonio Carlos Tavares de Souza e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 857. SINAL e Presidente da República. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009.

Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 879. Genildo Machado Lira e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 905. Marcelo Fernandes Camargos e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 927. Josue Peter de Oliveira e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 938. Jorge Luiz Gomes Paim e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 962. Ivan Wladimirsky e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 998. Sérgio Rebellato e Congresso Nacional. Relator: Min. Carmen Lucia. Brasília, 15 de Abril de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 628. Antônio Inocêncio Chaves e Congresso Nacional. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 19 de Outubro de 2002. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 20. Confederação Nacional dos Servidores Públicos do Brasil e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 de Maio de 1994. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 438. SINTEGO e Presidente da República e e Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 16 de Junho de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 485. SINDEPO/MT e Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Correa. Brasília, 24 de Abril de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 585. SINDIFISCAL e Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 15 de Maio de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 631. SINDIJUS e Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 15 de Maio de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 689. SINJEP e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 07 de Julho de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708. Heliete Greco de Pinho e Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, 16 de Novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 384. Eurilo Campelo de Assis e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 05 de Agosto de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 447. Luiz de Holanda Moura e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 05 de Maio de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 562. Avelino Iost e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 20 de Fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 626. Idibel Matto Pivetta e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de Março de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 701. UNIMED Paulistana e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de Setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 702. UNIMED Tatuí e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de Setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 703. UNIMED Limeira e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de Setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712. SINTEM e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de Outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 15 de jun. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Contribuição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. Jurisdição constitucional e intranqüilidade discursiva. *In*: MIRANDA, Jorge (Org.) **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 871-887.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

CASTILLO, Santiago Pérez del . **O direito de greve**. São Paulo: Ltr, 1994.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, XLIV, 2009, p. 315-335.

_____. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, 23, nov. 2004, p. 115-126.

CARVALHO, Carlos Araújo de. **Ativismo judicial em crise**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1278>>. Acesso em: 23 dez. 2009.

CHUERI, Vera Karam de. Dworkin, Ronald. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos; Editora Renovar: 2006, p. 259-263.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 4 ed. Rio de Janeiro: Luhmen Júris, 2009.

_____. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *In*: **Alceu**, v. 5, jul./dez. 2004.

CLEVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. **Crítica à dogmática**: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, v. 1, n. 3. p. 37-44, 2005.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**. Milão, 1952.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A Constituição na vida dos povos**: da idade média ao séc. XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Is a Law a system of rules? *In*: DWORKIN, R. (ed.) **The philosophy of Law**. Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 38-65. Tradução de Wladimir Barreto Lisboa.

_____. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **El império de la justicia**. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1992.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3 ed. Paris: Fontemoing, 1927, 5. v.

DUMON, Jean-Paul. **Elementos de História da Filosofia Antiga**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

EAGLETON, Terry. **Ideologia**. São Paulo: Unesp: Boitempo, 1997.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

_____. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. **Isonomia**, n. 16, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FILHO, Diomar Ackel. **Writs Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **Do Processo Legislativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário no constitucionalismo contemporâneo. *In: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, n. 20.

FISS, Owen. **El Derecho como razón pública**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires. Marcial Pons, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **O problema da consciência histórica**. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia e pureza no direito dos USA". *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 239. p. 359-388, Jan./Mar. 2005.

GEIGER, Theodor. **Ideologia e Verdad**. Buenos Aires: Amorrortu editores, [s.d]

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Oxford University Press, [s.d].

HAAS, Andréia. **O princípio da interpretação conforme à Constituição como mecanismo hermenêutico de controle da constitucionalidade e de realização dos direitos fundamentais**. 2007. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz, RS, 2007.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. O Supremo constituinte. Uma visão crítica do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2319, 6

nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13805>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. *In: Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 353-410, 2006.

LISBOA, Wladimir Barreto. A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação. *In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 207-220, 2009.

_____. O direito, a moral e os limites da justiça: algumas dificuldades legadas pelos modernos. *In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.) Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 277-292, 2005.

_____. A nova sofística de Chaim Perelman. *In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 267-275, 2010.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LORENZETTI, Luis Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. *In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Iberamericana, 2002.

MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, 2002, n. 57, p. 113-133. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452002000200006&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0102-6445> Acesso em: 16 de nov. de 2009.

MADISON, James. A separação dos poderes – I. *In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da Filosofia**. 10 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Greve do servidor público**. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3 ed. 1 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Paulo Roberto S. Perelman, Chaim. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos, Editora Renovar, 2006.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia deliberativa. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Editora Unisinos; Editora Renovar: 2006, p. 195-199.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *In*: **(Neo)Constitucionalismo. Ontem, os códigos, hoje as constituições**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 217-242, 2004.

_____; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. *In*: **20 Anos de Constitucionalismo Democrático – e agora?** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 207-238, 2008.

_____. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002;

_____; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: para uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Parecer n. 14.742. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: v. 31, n. 65, jan. jun. 2007, p. 209-217.

MELLO, Cláudio Ari. **Kant e a dignidade da legislação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros: 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 2 ed. Livraria do Globo, 1933.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: Uma crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MULLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil. **Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 27-36, 2005.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Pontes. **Tratado das Ações**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.
_____. **Tratado das Ações**. Tomo II. Campinas: Bookseller, 1998.

NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.

OHLWEILER, Leonel Pires. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico administrativo. **(Neo)Constitucionalismo: ontem os códigos, hoje as Constituições**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 285-329, 2004.

_____. **Direito Administrativo em perspectiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

O'DONNELL, Guilherme. Democracia delegativa? *In: Novos Estudos Cebrap*, n. 31, out/91.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Ativismo judicial, autorestrição judicial e o “minimalismo” de Cass Sustain**. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/27004.pdf>>. Acesso em: 22 Dez. 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jurgen Habermas. *In: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – e agora?* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 347-366, 2008.

_____. *A injunção* anglo-americana e as origens do mandado de injunção. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte, v. 3, p. 203-225, 1999.

_____. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? *In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social)**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 26 out. 2010.

_____. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. **Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da contribuição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Luhmen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 25, n. 100, out./dez. de 1998.

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

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação: a nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

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

RAZ, Joseph. Kelsen's Theory of the Basic Norm. *In:* PAULSON, Stanley L; PAULSON, Bonnie Litschewski (Org.) **Normativity and norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes.** Oxford: Clarendon Press Oxford, 1998. p. 47-67.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Contrarrazões de Apelação na Ação Civil Pública n. 0030645001.00830. Município de Alvorada e Ministério Público. Da lavra da Dra. Rochelle Jelinek em 31 de janeiro de 2008.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia.** 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005. ‘

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin.** Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Martin Claret, 2003

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SAINT-SERNIN, Bertrand. Niilismo. *In:* CANTO-SPERBER, Monique (Org.) **Dicionário de Ética e Filosofia Moral.** São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 250-255. v. II.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada.** São Paulo: Ática, 1994.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jurgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhman.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. *In:* SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro

Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 65, Nov. 1995.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 75-100, 2010.

_____. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 113-133, 2009.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: v. 25, n. 56, dez. 2002.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 229.

SCHILLING, Voltaire. **As grandes correntes do pensamento**. 2 ed. Porto Alegre: AGE, 1999.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. Rio de Janeiro: Petrópolis, Vozes, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 89-100, 2010.

_____. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Jurisdição, direito material e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Verdade e Consenso.** 2 ed. Rio de Janeiro: Luhmen Juris, 2008;

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** 3 ed. Rio de Janeiro: Luhmen Juris.

_____. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *In: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – e agora?* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 273-311, 2008.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=42>. Acesso em: 12 Maio 2010.

_____. *In: OAB in foco.* Agosto/Set. de 2009, ano IV, n. 20, Uberlândia, MG. p. 15.

_____. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica: perspectivas jurídicas e políticas.** Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *In: Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais.* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 83-128, 2006.

_____. **Ativismo judicial não é bom para a democracia.** Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=1>. Acesso em: 22 dez. 2009.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Berlin: Konrad-Adenauer Stiftung, 2005.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo: uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano. **Jus Navegandi,** Teresina,

ano 11, n. 1418, 20 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9897>>. Acesso em: 21 out. 2009.

TRINDADE, André Karam. **A Filosofia no Direito**: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo. 351 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2006.

_____; CASTRO, Fábio Cáprio Leite de. A filosofia no direito e a temporalidade jurídica. **A filosofia no direito e a filosofia do direito**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 41-68, 2007.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

VALLINDER, T; TATE, C. Neal. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York: New York University, 1995.

VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Reus, 1985.

VIANNA, Luiz Werneck Vianna, *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição Constitucional e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

WALDRON, Jeremy. **Liberal rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
_____. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. **Introdução Geral ao Direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ADENDO – TABELA ESQUEMÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/decisão adotada
107-3	José Emídio Teixeira Lima; Presidente da República	Min. Moreira Alves	21/11/1990	Não conhecido	Art. 42, § 9 CF (estabilidade do servidor público)
4	Edmison da Silva Martins; Banco Central do Brasil	Min. Moreira Alves	13/10/1988	Não conhecido	Matéria de competência do TFR
20	Confederação dos Servidores Públicos do Brasil; Congresso Nacional	Min. Celso de Mello	19/05/1994	Declaratória	Art. 37, VII CF (direito de greve dos servidores públicos)
32	Roper de Souza Nogueira e Vera Lúcia Pereira Santos; TJ/DF	Min. Octavio Galloti	07/11/1990	Não conhecido	Matéria de competência do STJ
36	Ruy Fernandes Lima; Governado e TJ/MA	Min. Sydney Sanches	15/05/1991	Não conhecido	Remessa dos autos ao TJ/MA
58	Airton de Oliveira e outros; Presidente da República	Min. Carlos Velloso	19/04/1991	Não conhecido	Impossibilidade de regulamentação normativa do princípio da isonomia
73	Confederação das Associações de Microempresas no Brasil; Presidente do CN	Min. Moreira Alves	07/10/1994	Não conhecido	Inexistência de falta de regulamentação do art. 179 CF. Permanece em vigor a lei 7.256/84, recepcionada.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
95	Paulo Marcelo Aguiar Carneiro de Albuquerque; Congresso Nacional	Min. Carlos Velloso	07/10/1992	Declaratória	Ausência de lei regulamentadora do direito ao aviso prévio proporcional (art. 7, XXI, CF)
99	Ivete Santos Barreto e Universidade Federal de Goiás; Congresso Nacional	Min. Marco Aurélio	15/08/1990	Não conhecido	Competência da Justiça do Trabalho
102	Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Pombos; Congresso Nacional	Min. Marco Aurélio	12/02/1992	Prejudicado	Prejudicado em face da superveniência da MP disciplinando o art. 7, XI CF
114	Plínio José de Arruda Cimino; Congresso Nacional	Min. Octavio Galloti	04/04/1991	Inexistência de mora legislativa	Mora não configurada, porquanto suprida provisoriamente pelo constituinte, pelo art. 10 dos ADCT, não restando inviabilizado o direito
124	Carlos Antonio Rossini; Congresso Nacional	Min. Carlos Velloso	07/10/1992	Declaratória	Ausência de lei regulamentadora do direito ao aviso prévio proporcional (art. 7, XXI, CF)
135	João Baptista Moreira e outros; União Federal	Min. Carlos Velloso	05/08/1994	Indeferido	Inexistência do direito a gratificação pleiteada
144-8	Associação Profissional dos Bombeiros Civis; Congresso Nacional	Min. Sepúlveda Pertence	18/05/1993	Inexistência de interesse processual	Regulamentação da competência para o reconhecimento do Sindicato. Recepção do direito anterior à CF. Não há inviabilização do direito.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
168	Humaitá S.A – Comércio e Indústria; Presidente da República e DNER	Min. Sepúlveda Pertence	23/03/1990	Não cabimento do mandado de injunção	A determinação de pagamento de crédito do impetrante, suprimindo a omissão inconstitucional, transcende as virtualidades do novo remédio constitucional.
183	Dirceu Barzotto e outra; Presidente da República, CN e Ministro da Previdência e Assistência Social	Min. Moreira Alves	28/02/1992	Prejudicado	Falta de regulamentação do disposto no art. 202, I, CF. Prejudicado face à superveniência da lei 8.213/91.
188	Marlene Campos de Brito Cavalcanti e outras; Presidente da República	Min. Sepúlveda Pertence	11/06/1990	Indeferido	Inexistência de direito aos procuradores das autarquias federais à integração no futuro quadro da AGU. Art. 29, <i>caput</i> , dos ADCT
204	Everardo Luz de Magalhães; Presidente da República	Min. Sydney Sanches	16/05/1991	Não conhecido	O <i>writ</i> não é o meio adequado à impugnação de ato do Poder Executivo.
211	Amália de Jesus Amaral e outras	Octavio Galloti	10/11/1993	Não conhecido	Omissão na regulamentação do disposto no art. 20 dos ADCT.
219	José Serra e outros; Congresso Nacional	Octavio Galloti	22/08/1990	Declaratória	Referente ao vazio jurídico ocasionado pela inexistência da lei complementar prevista no art. 45, §1º da CF. Condição para o exercício de prerrogativa inerente à cidadania e à soberania.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
232	Centro de Cultura Prof. Luiz Freire; Congresso Nacional	Min. Moreira Alves	27/03/1992	Declaratória ou constitutiva	Falta de regulamentação do disposto no art. 195, §7º da CF. Descumprimento do disposto no art. 59 dos ADCT. Prazo de seis meses para que o Congresso Nacional adote as providências legislativas, sob pena do impetrante gozar o benefício após este prazo.
233	Michel Temer e outros; Congresso Nacional	Min. Moreira Alves	02/08/1990	Não conhecido por falta de legitimação para a causa	Omissão face ao art. 45, §1º da CF.
241	Josué Guedes; Presidente da República	Min. Moreira Alves	08/02/1991	Não conhecido	Alegação do art. 23, parágrafo único ter concedido aos censores federais direito de serem transformados em delegados de polícia.
263	Albertina Mendes Brandão e outros; União Federal	Min. Célio Borja	10/11/1993	Não conhecido	Referente ao art. 40, §5º da CF. Não necessita de lei regulamentadora para ser viabilizado o direito das pensionistas.
269	Wenceslau Guerra Werneck e outros; Presidente da República	Carlos Velloso	05/10/1990	Não conhecido	Referente ao art. 40, §9º CF. Inexistência de direito concedido pela CF e que reste inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
278	SINTTEL; Congresso Nacional e Presidente da República	Min. Carlos Velloso	03/10/2001	Declaratória	Referente ao art. 7, I e XXI da CF. Primeiro pedido não conhecido, diante do que decidiu a Corte no MI 114. Deferido quanto ao segundo pedido para declarar a mora do Congresso Nacional.
283	Alfredo Ribeiro Daudt; União Federal e Congresso Nacional	Min. Sepúlveda Pertence	14/01/1991	Declaratória ou constitutiva.	Referente ao art. 8º, §3º dos ADCT. Concedeu prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial de projeto de lei. Após este prazo, cabe sentença líquida de perdas e danos. Prolatada a sentença, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada.
284	Sérgio Cavallari e outros; União Federal e Congresso Nacional	Min. Marco Aurélio	22/11/1991	Declaratória ou constitutiva.	Idem. Referente ao art. 8º, §3º dos ADCT. Portarias reservadas ao Ministério da Aeronáutica que impossibilitaram os requerentes de exercer atividades profissionais específicas a que estavam habilitados. Omissão face ao direito à reparação de natureza econômica.
292	Antônio José Romeiro; Presidente da República e CN	Min. Octavio Galloti	05/09/1991	Não conhecido	Delegados da PF. Pretensão à isonomia de vencimentos com as carreiras jurídicas.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
296	Estado de Rondônia; Presidente da República e Congresso Nacional	Min. Néri da Silveira	28/11/1991	Não conhecido.	Não se tratam de normas de nível constitucional, nem lhes emprestou esta natureza o art. 14, §2º dos ADCT.
306	Rômulo Galvão; Presidente da República e Congresso Nacional	Idem	02/04/1993 (D.J)	Prejudicado	Suposta omissão face aos art. 202, I, e art. 59 dos ADCT. Prejudicado face a superveniências das leis 8.212 e 8.213/91.
311	Heliete Greco de Pinho e outros; Congresso Nacional	Min. Octavio Galloti	16/11/1995	Falta de interesse processual de agir.	Art. 192, §3º da CF (taxa de juros de 12% ano). Falta de legitimação.
316	Sindicato dos Trabalhadores em Água, Esgoto e Meio Ambiente do Estado de SP; Presidente da República e CN	Min. Néri da Silveira	06/02/1993	Prejudicado	Art. 202, §1º da CF. Prejudicado por ter sido editada a norma regulamentadora faltante para pleno exercício do direito alegado na inicial
322	Francisco David Consorte e outro; INSS	Idem	29/06/1992	Não conhecido	Art. 201, §5º da CF. Não enquadramento no 102, I, letra "q" da CF.
323	Irconso Materiais para Construção Ltda. e outro; CN	Min. Moreira Alves	08/04/1994	Declaratória	Comunicação da mora ao CN face ao art. 192, §3º da CF.
347	Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal em SC; Presidente da República	Min. Néri da Silveira	07/05/1993	Não conhecido	Art. 39, §1º da CF. Não conhecido porque não é via para discutir isonomia de vencimentos.
356	Isak Reich; Presidente da República	Min. Carlos Velloso	14/10/1993	Não conhecido	Não enquadramento no art. 22 dos ADCT. Falta legitimidade.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
361	SIMPEC/RJ; Congresso Nacional	Min. Nérida da Silveira	08/04/1994	Declaratória	Mandado de injunção coletivo. Possibilidade pela aplicação analógica do art. 5º, LXX. Análise no caso concreto do prazo de espera razoável para caracterizar a mora. Ultrapassado o prazo razoável, a pendência de projetos de lei e a inexistência de prazo constitucional para o dever de legislar não podem evitá-la. Declarada a mora face ao art. 192, §3º.
369	Neisser Cardoso Minervino; União Federal e CN	Min. Neri da Silveira	19/08/1992	Declaratória	Art. 7º, XXI da CF. Declarada a mora.
384	Eurilo Campelo de Assis e outro; Congresso Nacional	Min. Carlos Velloso	05/08/1993	Constitutiva	Art. 8º, §3º dos ADCT. Portarias do Ministério da Aeronáutica. Desnecessidade de nova comunicação ao CN. Possibilidade de ajuizamento de ação de reparação. Ver voto do Min. Marco Aurélio e Carlos Velloso. Precedentes nos MI 283 e 284.
388	Sindicato dos Empregados em Empresas de Transportes de Passageiros por fretamento da Grande SP	Min. Nérida da Silveira	24/06/1993	Não conhecido	Art. 8º CF. Não é o mandado de injunção a via adequada para discutir os limites de atuação e representação sindical.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
414	Paulo Lemos dos Santos e Ministério da Agricultura e Reforma Agrária	Min. Nérida Silveira	25/03/1994	Não conhecido	Competência do STJ.
420	Irmandade da Santa Cruz dos Militares e CN	Min. Marco Aurélio	31/08/1994	Não conhecido	Recepção do art. 14 do CTN. Referente do art. 150, VI, "c" da CF.
424	Luiz de Valois Correia e outro; Presidente da República	Min. Nérida Silveira	11/11/1994	Prejudicado	Não é o mandado de injunção sucedâneo do mandado de segurança
426	Abrão Batista dos Santos e outros; CN	Min. Ilmar Galvão	19/10/1995	Prejudicado	Art. 7º, XI da CF. Perda do objeto face à MP 1136.
430	Italmagnésio Nordeste S.A; CN	Min. Marco Aurélio	26/05/1995	Declaratória	Sobre Art. 192, §3º da CF (taxa de juros de 12% ano). Declarada a mora.
438	SINTEGO; Presidente da República e Congresso Nacional	Min. Nérida Silveira	16/06/1995	Declaratória	Direito de greve. Art. 37, VII da CF. Reconhecimento de mora.
447	Luis de Holanda Moura e outros; Presidente do CN	Min. Moreira Alves	05/05/1994	Constitutiva	Art. 8º, §3º dos ADCT. Assegurado o direito do ajuizamento de ação de perdas e danos
448	Antonio Jorgeli Ribeiro e outros; CN	Min. Marco Aurélio	05/09/1994	Declaratória	Art. 203, V. Declarada a mora.
457	Calçados Guaraldo Ltda; Congresso Nacional	Min. Moreira Alves	26/05/1995	Declaratória	Sobre Art. 192, §3º da CF (taxa de juros de 12% ano). Declarada a mora.
462	Paulo Henrique Alem; Presidente da República	Idem	06/09/1995	Não conhecido.	Art. 40, §1º da CF. Faculdade do legislador legislar. Impossibilidade jurídica do pedido.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
468	Carledes Elias do Carmos; Advogado-Geral da União	Min. Néri da Silveira	18/10/1995	Não conhecido	Regulamentação do art. 230, da lei 8112/90
470	CNS Nacional de Serviços Ltda; CN	Min. Celso de Mello	15/02/1995	Declaratória	Sobre Art. 192, §3º da CF (taxa de juros de 12% ano). Declarada a mora
472	CNA; Congresso Nacional	Idem	06/09/1995	Idem	Idem
475	IPMC; Congresso Nacional	Min. Néri da Silveira	17/04/2002	Prejudicado	Art. 202, §2º. Perda do objeto face a superveniência da Lei n. 9.796/99.
477	Cowa do Brasil Serviços Especiais Industria e Comércio Ltda; CN	Idem	26/10/1995	Não conhecido	Art. 192, §3º da CF
485	SINDEPO/MT; Congresso Nacional	Min. Maurício Correa	25/04/2002	Declaratória	Direito de greve. Art. 37, VII CF.
498	CNT; Presidente da República	Min. Marco Aurélio	06/02/1997	Não conhecido	O <i>writ</i> não é meio próprio para declaração de inconstitucionalidade por omissão.
506	SINPRF/MS; Presidente da República	Min. Néri da Silveira	05/06/1997	Não conhecido	Pretensão à isonomia de vencimentos com as carreiras jurídicas.
507	Cia Teperman de Estofamentos; Congresso Nacional	Idem	26/05/1997	Não conhecido. Declaratória	Art. 192, §3º da CF. Deferido em parte para comunicar o Poder Legislativo da mora em que se encontra.
516-8	Cia Teperman de Estofamentos; Congresso Nacional	Min. Moreira Alves	24/04/1997	Extinção sem julgamento do mérito	Existência de litispendência e coisa julgada face ao MI 513

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
539	ALGOESTE; Congresso Nacional	Min. Moreira Alves	26/06/1997	Prejudicado	Prejudicado face à superveniência da Lei Complementar n. 87/96.
542-7	Cia Paulista de Plásticos; Congresso Nacional	Min. Celso de Mello	29/08/2001	Declaratória	Art. 192, §3º da CF. Direito à legislação.
543	Renato Arantes Tinoco e outros; Congresso Nacional	Min. Octavio Galotti	26/10/2000	Declaratória ou constitutiva.	Art. 8º, §3º dos ADCT. Portarias do Ministério da Aeronáutica. O MI não é sucedâneo de ação indenizatória.
545	Adair Greff de Moraes e outro; CN	Min. Ilmar Galvão	24/04/2002	Não conhecido	Art. 144, §3º da CF
562	Avelino Iost e outro; CN	Min. Carlos Velloso	20/02/2003	Declaratória ou constitutiva	Art. 8º, §3º dos ADCT. Portarias do Ministério da Aeronáutica
582	Marcelo Garcia de Jesus e outro; Ministro de Estado do Exército	Min. Syndey Sanches	28/08/2002	Não conhecido.	Art. 142, §3º, I a IV. Impossibilidade jurídica do pedido.
584	Comércio e Retífica Teval Ltda; CN	Min. Moreira Alves	29/11/2001	Declaratória	Art. 192, §3º da CF.
585	SINDIFISCAL; Câmara dos Deputados	Min. Ilmar Galvão	15/05/2002	Declaratória	Direito de greve do servidor público. Art. 37, VII, CF
587	Abraão Armoa Zacarias e outro; CN	Min. Sepúlveda Pertence	03/10/2001	Declaratória	Art. 192, §3º da CF.
588	COPOBEL; CN	Min. Ellen Gracie	03/10/2001	Idem	Idem
589	D. G. Informática; TSE	Min. Gilmar Mendes	15/05/2003	Não conhecido	Ausência de lacuna técnica
593	Maria Anésia de Araújo e outro; CN	Min. Moreira Alves	20/05/2002	Prejudicado	Prejudicado pela revogação da norma do art. 153, § 2, II, CF.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
605	ABEFS; CN	Min. Ilmar Galvão	30/08/2001	Carência de ação	Art. 195, §7°. O <i>writ</i> não é via idônea para arguição de inconstitucionalidade
611	Distribuidora de Automóveis Firenza Ltda; CN	Min. Sydney Sanches	21/08/2002	Declaratória	Art. 192, §3° da CF. Ausência de auto-aplicabilidade. Nos termos da ADIn 4, o limite de 12% para os juros reais depende de edição da Lei regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional
616	Creche Arquinha; CN	Min. Nelson Jobim	17/06/2002	Carência de ação	Existência de regulamentação pelo art. 55 da lei 8.212/91.
621-1	Osvaldo Miranda de Mello e outros; CN	Min. Maurício Correa	29/08/2001	Declaratória	Art. 192, §3° da CF.
624	Pedro Leonel de Pinto de Carvalho; Presidente da República, Presidente do Congresso Nacional, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal	Min. Menezes Direito	21/11/2007	Não conhecido	Alegada ausência de norma regulamentadora dos crimes de responsabilidade praticados por Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados. Inexistência de direito subjetivo. Cabimento de ADIn por omissão. Não é o <i>writ</i> a via processual adequada
626-1	Idibal Matto Piveta; Presidente da República e CN	Min. Marco Aurélio	14/03/2001	Não conhecido	Art. 8°, §3° dos ADCT. Não é o <i>writ</i> a via adequada para o ressarcimento de danos materiais e morais

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
627	Sindipoffesp; Congresso Nacional	Min. Néri da Silveira	22/04/2002	Não conhecido	Art. 144, III e §3°.
628	Antônio Inocêncio Chaves; Congresso Nacional	Min. Sydney Sanches	19/08/2002	Não conhecido	Mora não configurada, porquanto suprida provisoriamente pelo constituinte, pelo art. 10 dos ADCT, não restando inviabilizado o direito
631-8	SINDIJUS/MS; Congresso Nacional	Min. Ilmar Galvão	15/05/2002	Declaratória	Art. 37, VII, CF. Direito de greve do servidor público. Comunicação ao órgão competente.
670	SINDPOL; Congresso Nacional	Min. Gilmar Mendes	25/10/2007	Constitutiva	Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, CF. Fixação do prazo de 60 dias para que o Congresso legisle sobre a matéria. Aplicação analógica das Leis n. 7.701/88 e 7.783/89
685	Antônio Tadeu Ribeiro; Presidente do Senado, Presidente da Cd, Presidente do STF	Min. Joaquim Barbosa	13/10/2004	Não conhecido	Art. 37, XI CF. Inexistência de direito subjetivo do impetrante.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
689	SINJEP; Congresso Nacional	Min. Eros Grau	07/06/2006	Não conhecido	Direito de greve dos servidores públicos. O mandado de injunção não é sucedâneo do mandado de segurança. É ação constitutiva, e não condenatória, pois não se presta a determinar obrigação de fazer ao Congresso Nacional e não pode cominar pena pecuniária pela omissão
695	Issac Ribeiro Silva; Congresso Nacional	Min. Sepúlveda Pertence	01/03/2007	Declaratória	Art. 7º, XXI da CF.
701	UNIMED Paulista; Congresso Nacional	Min. Marco Aurélio	29/09/2004	Não conhecido	Art. 146, III, "c". Não é o mandado de injunção a via para argüir inconstitucionalidade formal. O <i>writ</i> não pressupõe insuficiência da disciplina normativa, mas a inexistência da mesma.
702	UNIMED Tatuí; Presidente do Congresso Nacional	Idem	29/09/2004	Idem	Idem
703	UNIMED Limeira; Presidente do Congresso Nacional	Min. Marco Aurélio	29/09/2004	Idem	Idem
708	SINTEM; Congresso Nacional	Min. Gilmar Mendes	25/10/2007	Constitutiva	Art. 37, VII, CF. Cf. decisão adotada no MI 670.

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
712	SINJPEP; Congresso Nacional	Min. Eros Grau	25/10/2007	Constitutiva	Art. 37, VII, CF. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico
721	Maria Aparecida Moreira; Presidente da República	Min. Marco Aurélio	30/08/2007	Constitutiva	A carga da declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Aposentadoria especial do servidor público. Art. 40, § 4º CF. Aplicação analógica do art. 57, §1º da lei 8.213/91.
725	Município de Nova Brasilândia do Oeste	Min. Gilmar Mendes	10/05/2007	Não conhecido	Art. 18, § 4º CF. Inexistência de direito obstaculizado.
788	Maria Aparecida Caetano Lenarduzzi; Presidente da República	Min. Carlos Britto	15/04/2009	Constitutiva	A carga da declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Aposentadoria especial do servidor público. Art. 40, § 4º CF. Aplicação analógica do art. 57, §1º da lei 8.213/91.
795	Creuso Scapin; Presidente da República	Min. Carmen Lúcia	Idem	Idem	Idem
796	Jorge Pereira Gonçalves; Presidente da República	Min. Carlos Britto	Idem	Idem	Idem

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
797	José Pereira dos Santos; Congresso Nacional	Min. Carmen Lúcia	15/04/2009	Constitutiva	Aposentadoria especial do servidor público. Art. 40, § 4º CF. Aplicação analógica do art. 57, §1º da lei 8.213/91.
808	Eduardo Barbosa de Souza; CN	Min. Carlos Britto	Idem	Idem	Idem
809	Osnir Custódio da Silveira; CN	Min. Carmen Lucia	Idem	Idem	Idem
815	Ciro Hiroki Nabeshima; CN	Min. Carlos Britto	Idem	Idem	Idem
825	Ernande da Costa e Silva; Presidente da República	Idem	Idem	Idem	Idem
828	Lazaro Fernandes Azeredo; Presidente da República	Min. Carmen Lucia	Idem	Idem	Idem
841	Telma Veronica Carneiro Lima; Presidente da República	Idem	Idem	Idem	Idem
850	Antônio Carlos Tavares de Souza; Presidente da República	Idem	Idem	Idem	Idem
857	SINAL; Presidente da República	Idem	Idem	Idem	Idem
879	Genildo Machado Lima; Presidente da República	Idem	Idem	Idem	Idem
905	Marcelo Fernandes Camargos; Presidente da República	Idem	Idem	Idem	Idem

Número do MI	Impetrante e Impetrado	Relator do Acórdão	Data	Tese adotada	Omissão inconstitucional debatida/ decisão adotada
927	Josué Peter de Oliveira; Congresso Nacional	Min. Carmen Lúcia	15/04/2009	Constitutiva	Aposentadoria especial do servidor público. Art. 40, § 4º CF. Aplicação analógica do art. 57, §1º da lei 8.213/91.
938	Jorge Luiz Gomes Paim; Presidente da República	Idem	Idem	Idem	Idem
962	Ivan Wladimirsky; Presidente da República e Câmara dos Deputados	Idem	Idem	Idem	Idem
998	Sérgio Rebellato; Presidente da República	Idem	Idem	Idem	Idem