V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

WILSON ENGELMANN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidad de la República, em Montevidéu, no Uruguai, propiciou a aproximação de pesquisadores e alunos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros e pesquisadores uruguaios. Com o foco na internacionalização da pesquisa jurídica do Brasil, o Grupo de Trabalho 55 dedicou-se à discussão de uma variada gama de temas, que foram reunidos sob a temática de Direitos e Garantias Individuais. A seguir se destacam, em linhas gerais, os artigos que foram apresentados neste GT, integrantes desta publicação.

O primeiro trabalho é intitulado A preservação do direito fundamental à saúde: um estudo do princípio da reserva do possível, sendo de autoria de Cloris Patricia Pimente e Anisio Monteschio Junior, e aborda a repercussão das dificuldades de acessar o SUS e a judicialização do direito à saúde. Esta última vem afetando a complexidade do sistema administrativo, gerando dúvidas sobre a origem dos recursos, que são escassos. Como cumprir a decisão judicial constante de busca individualizada do direito coletivo à saúde? O direito fundamental à saúde está atrelado ao direito à vida, por isso não é absoluto. Os autores destacam a necessidade de políticas públicas, ao invés do recurso ao Poder Judiciário, o que acaba refletindo numa questão orçamentária.

O segundo texto, intitulado: Mandado de Injunção e Jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI nº 943, escrito por Renata de Marins Jaber Rosa, discute a função do Mandado de Injunção no contexto jurídico-constitucional brasileiro. Desde 2007, o STF definiu a solução normativa do MI. A questão sobre os efeitos ainda é polêmica, sejam efeitos inter partes ou erga omnes. Na questão do MI 943, ao julgar o pedido, o STF acabou gerando um reflexo forte sobre o Poder Legislativo, que editou a legislação, sobre o aviso prévio proporcional, objeto deste Mandado de Injunção. Trata-se de um instrumento jurídico ainda pouco utilizado no Brasil, em que pese ainda existirem muitos artigos da Constituição do Brasil sem regulamentação ordinária.

O texto que segue, intitulado O bem de família do fiador e seu direito de moradia, da lavra de Daniele Ferron D'Avila e Nicholas Augustus de Barcellos Nether, traz a discussão acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador. O problema que buscou enfrentar: Isso é ou não constitucional? Estão em oposição o direito de moradia do fiador e o direito de

proteção à locação que é do proprietário. O art. 827, do CC, traz o benefício de ordem, o fiador poderá, no prazo da defesa, indicar bens do locatário que poderão ser objeto de penhora, desde que no mesmo município onde está o imóvel locado. Este artigo acaba não viabilizando uma solução para o locador. Os diversos Tribunais de Justiça ainda não harmonizaram o entendimento, mas há uma sinalização no sentido da penhorabilidade do bem do fiador. O STJ entende que o fiador, quando assina o contrato e dá o bem em garantia, está ciente dos efeitos jurídicos e, por isso, não há uma violação constitucional. A simples aplicação da lei ao caso concreto é insuficiente, se deve lê-la à luz dos princípios da CF/88. Se deveriam utilizar outras formas de garantia, ao invés da fiança, que somente caberia se o fiador tivesse dois imóveis.

Na sequência se poderá ler o texto: A identidade de gênero do transexual na principiologia da igualdade numa perspectiva neoconstitucional, escrito por Anna Priscylla Lima Prado e Angélika Souza Veríssimo da Costa, que aborda a perspectiva de gênero, sustentado a possibilidade de ir além da apresentação binária, que ainda é muito enraizada na sociedade brasileira. A norma constitucional exige uma hermenêutica principiológica, a fim de dar execução aos direitos sociais. Um ponto importante é a identidade social dos transexuais, mesmo após a cirurgia de redesignação sexual. O "ser transexual" ainda é motivo para um elevado e crescente número de homicídios no Brasil, apontando a necessidade da prática da efetiva igualdade entre as pessoas. A discussão de e sobre o gênero nas escolas é um caminho importante para se fomentar o respeito a essa temática.

Na sequência, o leitor encontrará o artigo: A Lei de acesso à informação no Brasil e Uruguai: um estudo comparativo ante a trasnacionalidade do direito à informação, de autoria de João Francisco da Mota Júnior. O autor inicia o texto distinguindo "transnacionalização" de "globalização". Aqui se estuda a transcendência de Estado, sem preocupação com os limites territoriais. O direito à informação é um direito sem fronteiras. Por isso, terá cada vez mais dificuldades para ser efetivamente protegido pelo Direito. A lei brasileira é de 2011 e a lei uruguaia é de 2008. Ambos os textos legais apresentam pontos positivos e negativos. No Uruguai existe um recurso especial – que traz características distintas do recurso de amparo, para proteger a integridade e a confidencialidade das informações. No Uruguai ainda existe a possibilidade do sigilo eterno, o que não existe no Brasil. O estudo de Direito Comparado se apresenta como uma ferramenta metodológica significativa para a compreensão da evolução de determinados ramos novos que surgem no cenário da inovação tecnológica.

O artigo intitulado Análise dos aspectos jurídicos legais decorrentes da redesignação sexual como forma de exercício dos direitos da personalidade, escrito por Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, aborda o tema relacionado às dificuldades da inserção do transexual em uma

categorização da distinção binária. O nome social não atende às necessidades dos transexuais e a questão registral trazem questões jurídico-sociais que ainda carecem de uma solução que menos ofenda a dignidade da pessoa humana. No bojo das discussões levantadas por estas duas questões se verifica a complexidade da plenitude do exercício dos direitos da personalidade, que se encontram inscritos no Código Civil atual.

O próximo artigo, intitulado: Capitalismo, defesa do consumidor e justiça: uma visão a partir da perspectiva da sociedade de consumo instituída enquanto modo de vida no contexto social do século XX, escrito por Renata de Carvalho Ferreira Machado e Emerson Duarte de Souza Pires, aborda a importância do direito à informação na rotulagem dos produtos transgênicos e os seus reflexos na chamada "sociedade de consumo", a partir de Baumman, Lipovetzky, Nancy Fraser, entre outros. O art. 170, da CF/88, como um referencial para a defesa do consumidor, o que se mostra ineficaz, a partir das estruturas do capitalismo, que se nutrem por meio do consumo em massa e, muitas vezes, sem uma devida informação dos diversos efeitos que tal postura social contemporânea poderá gerar.

Por meio do artigo: Crítica ao conceito de mínimo existencial na perspectiva da Teoria das Necessidades de Agnes Heller, da lavra de Léa Maria Massignan Berejuk, é trazido o estudo o mínimo existencial – hoje, é uma espécie de mínimo vital; as necessidades humanas – e a partir desta perspectiva a autora do artigo apresenta as contribuições de Agnes Heller, que trabalha a teoria das necessidades, expressas em sentimentos, não apenas alimentação, medicamentos, mas amar e ser amado. De acordo com Heller, todo ser humano tem as seguintes necessidades: o consumo; a democracia formal, a estrutura das necessidades – que vem da tradição – as transformações são lentas e graduais; a participação democrática, para inserir as pessoas no contexto; o trabalho; necessidades manipuladas – o reflexo da sociedade de consumo, as necessidades acabam sendo infinitas; participação política; o lazer e a dificuldade de conciliá-lo com o trabalho; incentivo aos jovens na participação política; a necessidade da religião; a ética; liberdade de escolha; socialização; tradições e mudanças. Por meio destes elementos é que se deveria avaliar a extensão e a medida do atendimento a tudo aquilo que se pretende inserir sob o título do "mínimo existencial".

O artigo que tem como título: Contradição fática na efetivação dos direitos fundamentais sociais, de autoria de Filipe Augusto Silva, estuda algumas contradições presentes na satisfação de direitos básicos, com um aporte financeiro significativo por parte do Estado. Existe uma limitação nesta questão, pois se estabelece uma relação entre a escassez de recursos e as necessidades da sociedade (as demandas por efetivação de direitos fundamentais). Medidas propostas pelo trabalho: a integração informacional entre os 3 poderes, em forma de decisões dialógicas, buscando uma prestação qualitativa dos direitos

fundamentais, especialmente por meio de políticas públicas para atender às demandas a médio e longo prazos.

Em continuação, se poderá ler o trabalho intitulado: Direito à saúde como manifestação de vida-digna, escrito por Juliana Cristina Borcat e Alinne Cardim Alves Martha, examina a saúde como um exemplo do núcleo existencial do indivíduo. O estudo se deu a partir dos casos de fissurados do lábio palato, que são tratados pela área da saúde da USP, por uma equipe multidisciplinar. O trabalho pretende inserir o Direito nesta equipe, especialmente a partir de um tratamento/acompanhamento desde o nascimento das crianças que apresentam as características deste caso de saúde.

O artigo que tem como título: Neoconstitucionalismo e tutela das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário: perspectivas de uma jurisdição inclusiva na América do Sul, de autoria de Mariana Camilo Medeiros Rosa, traz o estudo comparado a partir do Brasil, Colômbia e Argentina, que possuem índices consideráveis de pessoas com deficiência. Aí a justificativa para a sua escolha no contexto da América Latina. No Brasil, em dados de 2010, são 23% de pessoas que se declaram com alguma deficiência. Nos outros 2 países os índices são bem menores. O artigo examina, ainda, a força normativa dada aos princípios, no Brasil, a partir da CF88, na Argentina em 1990, e na Colômbia em 1994. Discutiu-se a passagem do princípio da igualdade para o direito à igualdade. As ações afirmativas ou discriminação positiva são mecanismo para implantação da inclusão das pessoas com alguma deficiência.

No seguimento se encontra o artigo: O direito de tentar: a utilização de substância experimentais em pacientes terminais como hipótese concretizadora dos direitos à vida e à felicidade, de autoria de Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha e Alicio de Oliveira Rocha Júnior, onde os autores trazem os contornos de um “novo” direito fundamental, ou seja, de um direito de tentar usar substâncias experimentais, com fundamento na dignidade da pessoa humana e da auto-determinação de cada indivíduo. Vale dizer, cada pessoa sabe o que é melhor para ela mesma e este direito subjetivo deverá ser reconhecido pelo Ordenamento Jurídico. A questão que se contrapõe ao direito de tentar são os riscos que poderão ser gerados ao usuário. Este direito tem uma dupla perspectiva: é uma forma de concretizar o direito à vida, mas também é um direito de relativizar este direito. Por isso, deverá receber atenção por parte do Direito, fundado no amplo esclarecimento sobre todos os possíveis desdobramentos que este “direito de tentar” poderá trazer para o seu titular. Este direito tem previsão constitucional na Colômbia.

A seguir se encontra o artigo intitulado O dever constitucional de emancipação das minorias, escrito por Sérgio Tibiriçá Amaral e Flademir Jeronimo Belinati Martins, que traz as

contribuições oriundas de decisões judiciais produzidas na Alemanha, França e Estados Unidos, buscando defender um direito/dever constitucional das minorias. Os autores observam que a criação de políticas de cotas é insuficiente, notadamente pela falta de candidatos, em muitos casos, para utilizá-las. Por isso, apontam para a necessidade de ações emancipatórias, expressas por meio de políticas públicas que busquem concretizar a emancipação das minorias.

Depois se pode ler o artigo O dever fundamental dos pais de educar os filhos: porque a educação necessita de esforços pessoais, elaborado por Adriano Sant'Ana Pedra, que destaca a necessária interrelação entre os direitos e os deveres fundamentais, especialmente no tema relacionado à educação dos filhos, que acaba aproximando os pais e o Estado. Ambos têm parcelas específicas na concretização deste direito fundamental, cujo titular são os filhos. Mesmo em escolas privadas se terá a ingerência do Estado, assim como nas escolas públicas deverá haver a efetiva participação dos pais.

Na sequência se encontra o texto intitulado O trabalho infantil e a violação dos direitos fundamentais, da lavra de Suzete da Silva Reis e André Vianna Custodio, que estuda os efeitos que o trabalho prematuro poderá gerar no desenvolvimento das crianças. Apesar das diversas ações para minorar a ocorrência desta situação, o índice do trabalho infantil ainda é bastante elevado. Atualmente existem diversas atividades que acabam atraindo as crianças, como o trabalho de modelo, de artista, como jogador de futebol, entre outros, que disfarçam um trabalho infantil. Há diversos pontos de atenção, pois os efeitos são gerados do presente para o futuro destas crianças, notadamente na qualidade de vida e os custos à saúde pública.

Se percebe a grande diversidade de temas novos que se inscrevem sob o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, sinalizando a ampla gama de possibilidades para a promoção da inovação no Direito. Espera-se que os textos a seguir apresentados possam ser o ponto inicial para ampliar os horizontes de sentido para o Direito no Século XXI.

Os organizadores desejam uma excelente leitura.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA

Prof. Dr. Wilson Engelmann - Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; e Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS

MANDADO DE INJUNÇÃO E JURISDIÇÃO DIALÓGICA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A PARTIR DO CASO DO MI N.º 943

BRAZILIAN WRIT OF INJUNCTION AND DIALOGIC JURISDICTION: SOME CONSIDERATIONS ON THE BASIS OF MI N.º 943 CASE

Renata de Marins Jaber Maneiro [1]

Resumo

A pesquisa visa verificar a possibilidade de aplicação de teorias de diálogos constitucionais no julgamento da injunção, a fim de minimizar eventuais efeitos deletérios à democracia, quando da efetivação de direitos nessa via. Cogita-se da análise do MI 943, visto que ocorreu uma situação de impulsionamento da atividade legislativa antes da conclusão do julgamento do writ; o que aponta para uma perspectiva dialógica. Primeiro haverá descrição do referido caso; após, abordagem sobre eventual teoria dialógica compatível com um sistema de jurisdição constitucional; por fim, será verificado a possibilidade do mandado de injunção figurar como propulsor de diálogos constitucionais.

Palavras-chave: Mandado de injunção, Jurisdição dialógica, Mi n.º 943

Abstract/Resumen/Résumé

This research aims to verify the applicability of the theory of constitutional dialogue to minimize any harmful effects to democracy, when the realization of fundamental rights in this via. It develops this MI 943 case, since there was a situation thrust of legislative activity, even before the judgment of the writ was completed, which somehow points to the dialogical perspective. The first will be allocated to the description of that case; later, following approach any more dialogical theory compatible with the paternal constitutional jurisdiction system; last, there is a possibility that the injunction included as a driver of constitutional dialogues.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian writ of injunction, Dialogic jurisdiction, Mi n.º 943

[1] Mestre em Direito Público (UNESA); Professora de Processo Civil (UFRJ); Especialista em Processo Civil (PUC-Rio); Pós-graduada em Direito (EMERJ); Integrante do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional; Advogada

1. Introdução: considerações gerais sobre o mandado de injunção

O mandado de injunção é garantia constitucional prevista no art. 5º, inc. LXXI, da Constituição de 1988 de forma inédita no Brasil e sem precedente no Direito comparado, que tem por objetivo a proteção de direitos fundamentais cujo exercício esteja inviabilizado por omissão legislativa.[1] Esses fatores, aliados à inexistência de norma regulamentadora do próprio desenvolvimento do processo de mandado de injunção[2], fez com que juristas e a Suprema Corte empenhassem esforços para interpretá-lo ao longo desses anos; que representa mais de vinte e sete anos de promulgação da Magna Carta.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exercendo relevante papel na construção do instituto, consolidou o seu posicionamento acerca de determinadas questões, tais como, legitimidade ativa e possibilidade de impetração coletiva (MI 361; MI 472)[3], legitimidade passiva e ausência de litisconsórcio necessário (MI 352 QO; AgRg no MI 1011), caracterização e natureza da omissão constitucionalmente relevante (MI 543); bem como, a partir de 2007, sedimentou o entendimento em relação ao conteúdo da sentença.

Hodiernamente, não remanesce dúvida que o mandado de injunção tem por essência tornar viável o exercício de direito subjetivo constitucional pendente de regulamentação, sendo necessário não só a declaração de inconstitucionalidade por omissão, como também a respectiva normatização, em caso de concessão da ordem. Ocorre que, uma vez aceita a solução normativa como conteúdo necessário da sentença de procedência, surgem novas controvérsias, sobretudo no que se refere aos efeitos subjetivos da coisa julgada.

Eis a atual problemática ainda não pacificada pelo Supremo, cujo entendimento oscila entre a adoção da teoria da resolutividade e teoria da independência jurisdicional, ora concedendo a injunção com efeitos *inter partes* (MI 788; MI 795; MI 1083), ora, com eficácia *erga omnes* (MI 670; MI 708; MI 712). No ponto, cumpre esclarecer que é justamente a extensão ou não dos limites subjetivos da coisa julgada que diferencia uma e outra tese.

---

[1] Sem prejuízo do que ora se afirma, é possível constatar algumas similitudes com a *injunction* do Direito inglês, *writ of injunction* do Direito norte-americano e *Verfasungsbeschwerde* do Direito Alemão (PIOVESAN, 2003, p. 176-178)

[2] *Ab initio*, firmou-se o entendimento de que o *writ* em cotejo é garantia constitucional auto-executável, não dependendo de norma jurídica que o regulamente, "aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator" (MI 107 QO). Cabe mencionar que, atualmente, o parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.038/1990 determina expressamente a aplicação da lei de mandado de segurança (Lei 12.016/2009) ao procedimento de mandado de injunção, no que couber. Outrossim, recentemente aprovado nas duas Casas Legislativas, o PL 18/2015 (PL 6128/2009) fora encaminhado à sanção presidencial, destinado a regulamentar o procedimento de injunção.

[3] As referências de todos os julgados citados ao longo do texto foram reunidas em tabela localizada após considerações finais da pesquisa.

Assim é que para a primeira, o mandado de injunção é instrumento hábil a viabilizar o direito fundamental no caso concreto, não podendo estender abstratamente os efeitos subjetivos àqueles que não participaram da demanda, sob pena de substituir a própria função legislativa (PIOVESAN, 2003. p. 158). Já para a segunda, o *writ* injuntivo tem natureza de garantia constitucional contra omissão legislativa, devendo extirpá-la do ordenamento jurídico como um todo, em atenção ao princípio da isonomia, até que o próprio braço especializado de poder retome a normalidade funcional e elabore a lei (PASSOS, 1989, p. 123). Nesta linha de raciocínio, a extensão dos efeitos subjetivos da solução normativa de forma geral e abstrata não induz violação à separação dos Poderes, uma vez que se trata de medida de caráter provisório, valendo tão somente enquanto perdurar a situação de infidelidade constitucional.[4]

Adepto da teoria mista, a qual propugna pela análise circunstancial da concessão de efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, a depender da natureza do direito fundamental obstado, Hachem (2012, p. 176) entende que deverá haver uma cooperação entre os Poderes, ou seja: "o Estado Constitucional reclama, para a garantia da normatividade da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais, uma postura judicial ativa, sempre que esta se fizer necessária para contrabalancear o silêncio transgressor dos demais poderes estatais". Cabe mencionar, no entanto, que o autor adverte para a necessidade de fundamentação quando da concessão de tal ou qual efeito.

A presente pesquisa não tem por objetivo adentrar no mérito do acerto ou equívoco de cada uma dessas teorias acima mencionadas,[5] mas sim, a partir de uma realidade observável – de que a Corte vem apontando para a concessão da ordem de injunção com efeitos *erga omnes*, a exemplo dos MI's 670, 708 e 712 – verificar a possibilidade de aplicação de fórmulas mais comparticipativas entre os Poderes, tal como aquelas decorrentes de teorias de diálogos constitucionais.

Isso poderia ocorrer não só como uma forma de minimizar eventuais efeitos deletérios à democracia quando da efetivação de direitos fundamentais via injuncional; mas

[4] Hachem, adepto da teoria mista, a qual propugna pela análise circunstancial da concessão de efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, a depender da natureza do direito fundamental obstado, defende "que o Estado Constitucional reclama, para a garantia da normatividade da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais, uma postura judicial ativa, sempre que esta se fizer necessária para contrabalancear o silêncio transgressor dos demais poderes estatais" (HACHEM, 2012, p. 176).

[5] Para o aprofundamento sobre as teorias da independência jurisdicional, da resolutividade e mista, cf.: JABER MANEIRO, 2014, s/p; e JABER MANEIRO e VALLE, 2015, p. 141-164. Neste último artigo, os efeitos subjetivos e temporais da coisa julgada em sede de injunção foram analisados sob o prisma do princípio da vedação ao retrocesso.

também como uma maneira de contribuir com o alcance da finalidade última dessa espécie de *writ*, que é a perspectiva macro de superação da omissão.

Nesse diapasão, propugna-se pela análise do MI 943, visto que, para além do fato de a ordem ter sido concedida com *efeito erga omnes*, ocorreu uma situação inusitada de impulsionamento da atividade legislativa, antes mesmo que o julgamento do *writ* fosse concluído; o que de certa forma reforça a perspectiva dialógica aqui cogitada. Verificando-se, assim, se essa perspectiva contribui para um novo amoldamento da injunção, que a torne mais efetiva e democrática.

Para tanto, será utilizado o método crítico-dialético, buscando o confronto doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto. Assim ocorre em razão de ser aquela que se demonstra útil à análise de possíveis dificuldades a serem superadas a partir da adoção de uma teoria de diálogos constitucionais adequada à injunção, e capaz de trazer possíveis soluções ao problema democrático da omissão inconstitucional de que aqui se cogita.

Pelo exposto, a primeira etapa será destinada à descrição do caso do MI 943; posteriormente, será realizada uma abordagem sobre a teoria dialógica que poderia se enquadrar em um sistema de jurisdição constitucional; e, por derradeiro, finaliza-se o estudo com a análise sobre a possibilidade de se vislumbrar o mandado de injunção como instrumento propulsor de diálogos entre os Poderes.

2. O caso do MI n.º 943

O direito fundamental ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço está previsto no art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, nestes termos: "aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei". O MI 943 foi impetrado com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da ausência de lei, à época, prevendo os devidos critérios de proporção.

Com o início do julgamento, o Relator Ministro Gilmar Mendes, pronunciou-se pela procedência do pedido, no que foi acompanhado pelos demais presentes. Cabe mencionar que, durante os debates em torno do processo, eles observaram que a Suprema Corte deveria manter o avanço em relação a decisões anteriores, adotando-se o critério normativo para a regulamentação provisória do direito, até mesmo para estimular o Poder Legislativo a editar a lei.

Outra questão analisada em plenário, fora a circunstância de que, diferentemente de outros casos, como no direito de greve em que foi apontada a Lei 7.783/89 como critério

normativo, ou como no direito à aposentadoria especial de servidor público em que foi assinalada a Lei 8.213/91, na hipótese em cotejo não havia nenhuma lei que pudesse ser apontada, devendo a Corte proceder à criação do parâmetro a ser seguido.

Observou-se, também, que qualquer solução nesse sentido acabaria se projetando para além do caso concreto. Nesse sentido, oportuno transcrever trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

> Interessante ressaltar, ainda, a extensão possível dos efeitos advindos de decisão em mandado de injunção. O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção gerarem efeitos concretos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, **estendendo-os também aos demais casos que guardem similitude**.
> Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, **com eficácia *erga omnes***, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a concretização de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei.
> No julgamento da medida liminar da Reclamação Constitucional n.º 6.200/RN, no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, deferi parcialmente o pedido de liminar, **reforçando o entendimento dos efeitos *erga omnes* decorrentes da dimensão objetiva das decisões proferidas nos Mandados de Injunção nº 670/ES, n.º 708/DF e nº 712/PA, para sua aplicação direta em casos semelhantes em que se discuta o exercício do direito de greve pelos servidores públicos** (Rcl 6200/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 6.2.2009). (GRIFADO; inteiro teor do acórdão, p. 10)

Diante disso, iniciou-se o debate entre os Ministros para a escolha do parâmetro a ser utilizado, e a respectiva viabilização do direito ao aviso prévio proporcional (inteiro teor do acórdão, p. 14-32).

O Ministro Luiz Fux sugeriu a conjugação do dispositivo constitucional com o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que admite a aplicação do direito comparado, quando da existência de lacuna legislativa; lembrou, ainda, que existe uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho sobre a extinção da relação dessa natureza, a qual sugere o direito a um aviso prévio razoável ou a uma indenização compensatória.[6] Nesse contexto, relatou experiências da Alemanha, Dinamarca e Suíça, onde o aviso prévio pode chegar entre três e seis meses, dependendo da duração do contrato de trabalho e da idade do trabalhador; já na Itália, pode chegar a quatro meses, *verbis*:

[6] Recomendação 119 da Organização Internacional do Trabalho, item 7: "O trabalhador cujo emprego se dê por extinto deverá ter direito a aviso prévio razoável ou em seu lugar uma indenização compensatória".

> [...] na Alemanha e na Dinamarca, por exemplo, países da Europa Continental e, por isso, de origem romano-germânica como a nossa, o aviso prévio pode chegar a até 3 (três) meses para os operários e a 6 (seis) para os empregados da administração da empresa. Mas não vamos levar isso em consideração, porque pode ter gerente, pode ter empregado. Na Itália, pode chegar até 4 (quatro) meses, conforme a categoria do trabalhador; em Luxemburgo, 12 (doze) semanas; na Bélgica 56 (cinquenta e seis) dias. Mas o que achei mais apropriado para nós foram dois sistemas: o da Suíça e o da Argentina. Na Suíça, 3 (três) meses quando o empregado atinge 10 (dez) anos de serviço. E, na Argentina, de 2 (dois) meses para os trabalhadores com cinco ou mais anos de casa. (inteiro teor do acórdão, p. 16)

Já o Ministro Marco Aurélio sugeriu que, além do direito ao aviso prévio de 30 dias, fossem acrescentados 10 dias por ano. Assim, ao cabo de 30 anos, o trabalhador demitido imotivadamente teria direito a 300 dias de aviso prévio, a serem por ele cumpridos ou indenizados (inteiro teor do acórdão, p. 18).

O então presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso, sugeriu a indenização de um salário-mínimo a cada cinco anos, adicionalmente ao direito mínimo a 30 dias de aviso prévio (inteiro teor do acórdão, p. 21).

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski observou que há um projeto do senador Paulo Paim (PT-RS) em tramitação no Congresso Nacional, o qual poderia ser utilizado como critério normativo. Segue trecho da respectiva sugestão, a seguir:

> O paradigma é o próprio Projeto de Lei 112, de 2009, que tramita no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados, que é de autoria do Senador Paulo Paim, e que está na Comissão de Constituição e Justiça. E nós sabemos que esse parlamentar é conhecido estudioso das questões trabalhistas. Sua Excelência, nesse projeto, sugere o seguinte:
> "I – 30 (trinta) dias corridos, se contratado há menos de 1 (um) ano; II – 60 (sessenta) dias corridos, se contratado há mais de 1 (um) ano e menos de 5 (cinco) anos; III – 90 dias (noventa) dias corridos, se contratado há mais de 5 (cinco) e menos de 10 (dez) anos; IV – 120 (cento e vinte) dias corridos, se contratado há mais de 10 (dez) e menos de 15 (quinze) anos". (inteiro teor do acórdão, p. 22).

Considerando a ampla gama de cogitações do critério normativo a ser utilizado, o julgamento foi suspenso por sugestão do próprio Relator e decisão do Plenário (inteiro teor do acórdão, p. 34-35), para que fosse possível o melhor exame dos parâmetros explicitados; o que acabou por acelerar o processo legislativo e culminou com a promulgação da Lei 12.506/2011, sendo esta própria posteriormente adotada pelo STF como critério normativo aos mandados de injunção até então impetrados, conforme se verifica da ementa do MI 943 a seguir transcrita:

> Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado procedente.

De forma assemelhada com o que ocorreu no julgamento do MI 943, articula-se a possibilidade de a Suprema Corte, quando do julgamento do mandado de injunção, avançar no exercício da solução normativa, com indicação dos parâmetros constitucionais a serem seguidos, e fixar prazo para deliberação parlamentar; ato contínuo, suspender o julgamento com a advertência de que, ultrapassado o referido prazo sem a respectiva edição da lei, valerá a solução normativa indicada pelo Judiciário. Importante salientar que não se trata de simples concessão da ordem (sem solução normativa) com prazo para deliberação legislativa, como já ocorreu em outras oportunidades a exemplo do MI 283, mas verdadeira incorporação do diálogo dentro do próprio julgamento; razão pela qual o próximo item será dedicado ao estudo das teorias existentes sobre a matéria.

3. Concepção dialógica e jurisdição constitucional

Alguns estudos sobre teorias de diálogos constitucionais localizam o tema como sendo uma contraposição ao próprio modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, partindo-se de uma premissa de desconfiança e descrença no Poder Judiciário (HOGG e BUSHELL, 1997, p. 75-124). Essa linha de raciocínio está baseada, sobretudo, na Constituição do Canadá, onde em tese seria possível afirmar que o Judiciário não teria o monopólio da última palavra na interpretação constitucional; entre outras peculiaridades, basta fazer alusão à *override clause*, que permite ao Parlamento rejeitar a decisão da Suprema Corte canadense[7].

Com base nesse aspecto, Tushnet (2003, p. 2.781-2.802) aponta a jurisdição canadense como modelo de um sistema fraco de controle de constitucionalidade,

[7] Trata-se da denominada cláusula não obstante, mecanismo colocado à disposição do Legislativo para oferecer substituição à decisão judicial. Sobre o mecanismo dialógico formal canadense, cf.: SILVA *et al*, 2010, p. 61-70.

diferentemente do modelo norte-americano que para o autor, em contrapartida, estaria inserido em um sistema forte.

Convém observar, no entanto, que esta visão formal do modelo canadense, restrita à cláusula não obstante, não representa verdadeiro diálogo constitucional (TREMBLAY, 2005, p. 617-648), tendo em vista que se restringe à solução simplista de retirar o monopólio da última palavra do Judiciário, transferindo-lhe ao Legislativo. Por essa razão, registra-se a crítica à pretensa incorporação da referida cláusula no ordenamento jurídico pátrio, a exemplo do teor da Proposta de Emenda Constitucional n. 33 de 2011, de autoria do Deputado Nazareno Fonteneles[8].

Por sua vez, há estudos sobre a experiência canadense que ampliam a visão do diálogo para toda a sociedade (BATEUP, 2007, p. 1-66), a exemplo do caso Vriend v. Alberta (1 S.C.R. 493, 1998), em que a Corte canadense considerou aplicável a igualdade sexual também com relação aos casais homossexuais; mas, apesar do inicial clamor público e político contra a referida decisão, não foi utilizado qualquer procedimento formal de reação. Ainda assim, o Tribunal funcionou como verdadeiro agente articulador do debate, onde o tema ganhou destaque na mídia, nos seguimentos religiosos e nos mais variados grupos sociais; o que tornou possível a redução de desacordos sobre a matéria, inclusive, com relação a novos debates sobre a extensão de benefícios, redefinição de casamento, etc.

No eixo de articulação teórica, é possível identificar que os mecanismos dialógicos são direcionados à busca da reconciliação da tensão entre constitucionalismo e democracia, por intermédio de interações entre as instituições políticas e, também, entre estas e a sociedade, para a construção da interpretação constitucional.[9] Como bem salienta Bateup (2006, p. 10-11), a principal diferença entre as teorias interpretativas e dialógicas reside na circunstância de que, as primeiras, negam a referida tensão a partir de critérios hermenêuticos a serem utilizados em casos constitucionais; já, as segundas, centram-se no processo institucional em que são elaboradas as decisões sobre o significado da Constituição, a partir

[8] Art. 102: "§2º-A. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B. A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C. É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à *erga omnes* por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal" (BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional n.º 33 de 25 de maio de 2011).

[9] Em defesa da democracia, procedimentalistas sustentam essa ideia de interpretação constitucional a partir de uma deliberação entre instituições políticas e sociais; em oposição do que afirmam substancialistas (ESCOSSIA e COURA, 2014, p. 341-342).

da interação e harmonização entre a função jurisdicional, representação política (legislativa e executiva), e, ainda, do autogoverno do povo.

Portanto, as teorias próprias do constitucionalismo dialógico[10] assumem uma posição intermediária entre a supremacia judicial e legislativa, negando o poder da última palavra a qualquer das instituições políticas; ou seja, a preocupação central do sistema está direcionada à supremacia da Constituição, que incide sobre direitos ao invés de recair sobre qualquer das estruturas de poder (SILVA *et al*, 2010, p. 23-33).

Outrossim, no eixo dos objetivos é adequado identificar a prática dialógica como um instrumento para o alcance de resultados específicos, tais quais: a) garantia de direitos fundamentais; b) balanceamento entre o majoritarianismo e a questão democrática; c) construção de um processo deliberativo compatível com a complexidade das questões constitucionais; d) prevenção à prática judicial ativista (SILVA *et al*, 2010, p. 102-103).

Pelo exposto, é bom frisar que a presente pesquisa vislumbra a possibilidade de aplicação de teorias dialógicas sem desprestigiar a jurisdição constitucional, até porque tal função decorre do desenho institucional delineado na Carta de 88. Atentando-se para a necessidade de legitimação democrática de tal controle, sobretudo em um contexto sensível de judicialização da política (por vezes, agravado por uma postura ativista assumida pelo Supremo Tribunal Federal), faz-se mister uma escolha teórica que leve em consideração as peculiaridades do sistema pátrio.

Cabe mencionar que "em um regime onde haja controle de constitucionalidade, compete ao Judiciário, em caráter final, dirimir lides e aferir a constitucionalidade de leis" (BRANDÃO, 2012, p. 287); isso não significa, porém, que a interpretação judicial do sentido constitucional seja imutável, ou de atribuição exclusiva do Judiciário.[11] Seguindo essa esteira de raciocínio, Brandão destaca:

> Ao contrário, é fundamental para a realização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito um desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja 'supremo', mas, antes, que cada um dos 'poderes' contribua com a sua específica capacidade institucional. Como visto na seção 6.4, os modelos dialógicos se inspiram na tradição norte-americana da separação dos poderes como freios e contrapesos, onde nenhum dos 'poderes' tem a última palavra sobre todas as questões politicamente controvertidas. (2012, p. 287)

[10]Gargarella (2013a, p. 1-32) utiliza a expressão constitucionalismo dialógico para identificar a possibilidade de incorporação de diálogos entre os Poderes e a sociedade no exercício da jurisdição constitucional.

[11]Mendes (2008) cogita da "última palavra provisória" a ser dada pela instituição que detiver tal prerrogativa, que, em um sistema de controle de constitucionalidade, seria a Corte; o que não estaria a impedir que o Parlamento iniciasse uma nova rodada procedimental.

A propósito da questão da separação de Poderes, interessante é o esclarecimento de Gargarella (2013a, p. 28) no sentido de que os países latino-americanos e, portanto, de tradição romano-germânica, são inspirados na lógica da *guerra* social e política como forma de conter o confronto institucional de poder. Em palestra, o autor elucida que a lógica do *checks and balances* norte-americana não pressupõe essa lógica de *guerra*, mas sim a harmonia entre os Poderes, o que favoreceria o ambiente dialógico mais adequado ao Estado Democrático de Direito (GARGARELLA, 2013b).

Assim é que, entre as concepções dialógicas sistematizadas por Bateup (2006), defende-se a denominada "teoria de parceria", que sugere uma contribuição voltada à interpretação da Constituição pelo Judiciário e demais braços especializados de Poder. Não deixa de reconhecer, no entanto, uma posição de destaque do Tribunal, seja em razão do seu insulamento político, seja porque a ele cabe a função institucional de exercer o controle de constitucionalidade; além de considerar o seu importante papel de agente catalizador e articulador do debate público sobre o sentido constitucional. Nesse sentido, comentando a referida teoria, Silva *et al* esclarecem o seguinte:

> Assim, o Judiciário, por suas atribuições típicas e por seu isolamento político, põe-se em vantagem para identificar situações nas quais os objetivos fixados pelo legislador restrinjam indevidamente direitos individuais (questões de princípios), sem que isso acarrete uma maior competência para resolver o desacordo sobre o significado dos direitos. A combinação das duas perspectivas – a legislativa, acostumada a estabelecer políticas coletivas, e a judicial, destinada a interpretar o significado das disposições de direitos – seria o caminho para que o diálogo possa servir para fortalecer os direitos fundamentais. (2010, p. 99)

Mas não é só. Bateup (2006) propõe a conjugação da tese acima mencionada com a "teoria do equilíbrio", esta última privilegia também o diálogo social, em que o Judiciário seria uma instância de discussão, para que a própria sociedade alcance a concepção mais desejável ou com um âmbito maior de consenso; e, assim, associada à "teoria da parceria", há a abrangência dos diálogos institucionais e sociais.

Tal sugestão – parceria e equilíbrio[12] – demonstra-se apropriada, sendo perfeitamente possível a sua incorporação no sistema brasileiro de controle de

[12]A fusão dialógica conjuga, pois, a teoria de parceria com a teoria de equilíbrio, com o objetivo de propiciar o mais amplo diálogo entre os atores constitucionais, incluindo-se as instituições políticas e a sociedade (BATEUP, 2006, p. 76-82).

constitucionalidade, restando verificar a sua adequação e eventuais adaptações no que se refere ao mandado de injunção.

4. Mandado de injunção como instrumento propulsor de diálogos

É possível verificar que a promessa trazida pelas teorias de diálogos constitucionais, seja em termos de diminuição da tensão democrática em certa medida causada pelo exercício da *judicial review*, seja no que concerne à preocupação com a efetivação de direitos fundamentais, pode ser uma solução positiva para o amoldamento da injunção, que tem por finalidade última a cessação do estado de infidelidade constitucional por omissão; o que somente é possível com a participação do Legislativo na construção da decisão pública de regulamentação do direito fundamental inviabilizado.

Para além de soluções próprias de um sistema de supremacia judicial, cogita-se da utilização de fórmulas mais comparticipativas entre as instituições políticas e até mesmo a sociedade, a partir da ideia central trazida por teorias de diálogos constitucionais de traduzir ou introduzir um intercâmbio em prol da construção da interpretação constitucional, capaz de garantir a efetivação de direitos fundamentais de forma democrática.

A evolução da compreensão do mandado de injunção pelo STF, com admissão de solução normativa para viabilização do direito fundamental obstado, ora com efeitos *inter partes*, ora com efeitos *erga omnes*, sem um critério racional de distinção previamente estipulado que possa fundamentar tal variação, além de ser alvo de críticas, é fator que se agrega à cogitação de aplicação de mecanismos dialógicos com vistas ao aperfeiçoamento da *judicial review* em sede de injunção.

Interessante a tese de Kauffmann (2013, p. 300-331), para quem o mandado de injunção seria um poder-atribuição, e não propriamente uma ação, sob o fundamento de que não haveria como desvincular a integração da omissão legislativa da avaliação política; nessa perspectiva, argumenta o autor que a "visão político-constitucional força a releitura do instituto, impondo uma realidade que necessariamente deverá ser composta pela atuação dialógica e em parceria entre o Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal" (KAUFMANN, 2013, p. 318). Perfeita a conclusão se não fosse a desconsideração do *writ* como ação, o que parece decorrer da equivocada crença de que a adoção de teorias dialógicas pressupõe ausência do exercício jurisdicional de controle de constitucionalidade, o que já foi desmistificado no item anterior.

De um lado, as teorias de equilíbrio preocupam-se com a opinião popular e com a forma pela qual a visão predominante da sociedade sobre direitos poderá ser levada em consideração pelo Judiciário, a partir de um diálogo entre os atores judiciais e sociais apto a conduzir a um equilíbrio constante sobre o significado constitucional. Cabe apontar Friedman (2005, p. 257-337) como defensor desta teoria, para quem dificilmente o Judiciário se opõe a valores sociais prevalecentes e, quando o faz, é possível identificar uma reação da sociedade em prol de pressioná-lo a rever o seu posicionamento. Ou seja, de um lado a opinião pública acaba por exercer um papel de controle das decisões judiciais e, de outro, os Tribunais atuam como um formador ou facilitador do debate público sobre o significado constitucional. Sob essa ótica, há de se pressupor um diálogo a longo prazo para o estabelecimento do equilíbrio constitucional relativamente duradouro.

De outro lado, as teorias de parceria propõem a necessidade de implementação de arranjos institucionais capazes de absorver as distintas contribuições de cada Poder, sem qualquer hierarquia ou privilégio entre eles; o que se aponta para, como na concepção de Mendes (2008, p. 215), um efetivo diálogo em deliberação interinstitucional.[13] Significa dizer que os atores constitucionais portam-se como parte de um único desenho e, em um ambiente perfeito para a fala (porque há escuta), utilizam-na não para vencer, mas sim para persuadir e porventura alcançar novos entendimentos, vislumbrando-se também utilidade em figurar na posição de ouvinte.

Enquanto a teoria do equilíbrio mantém em foco o papel do Judiciário na facilitação e promoção do debate constitucional na sociedade, a teoria da parceria chama a atenção para os arranjos institucionais que possibilitam a interação dialógica entre o Judiciário e os demais braços de poder político. Diante de uma visão ampla de diálogo, é possível dizer que ambas são complementares, onde ocorreria uma fusão dinâmica entre esses dois modelos dialógicos do equilíbrio e da parceria (BATEUP, 2006, p. 76-82);[14] razão pela qual, o diálogo há de ser visto não só como uma interação realizada a longo prazo entre os atores judiciais, políticos e

[13]Cabe mencionar a distinção elaborada por Mendes sobre deliberação intrainstitucional e interinstitucional (2008, p. 215). Na primeira hipótese o autor argumenta que não haveria um verdadeiro diálogo, mas sim uma atitude adversarial em que a fala é utilizada para se impor e, portanto, não há escuta porque o que importa é figurar como a instituição com a melhor resposta. Na segunda, haveria um verdadeiro diálogo na medida em que os participantes se portam como parte de um único desenho e, em atitude deliberativa manuseiam a fala para persuadir, para criar novos entendimentos, vislumbrando-se também utilidade em figurar na posição de ouvinte.

[14]Na doutrina nacional, embora sem mencionar expressamente, verifica-se Souza Neto e Sarmento como adeptos dessa visão de diálogos institucionais e sociais decorrente da fusão entre as teorias do equilíbrio e participação (SOUZA NETO e SARMENTO, 2013, p. 1-35).

sociais, mas também com necessárias interações sequenciais de curto prazo que contribuem para a construção do sentido constitucional em cadeia.[15]

O caso do MI 943 em que a Corte, conforme abordado no item 2, após julgar procedente o pedido e iniciar debates sobre possíveis critérios de proporcionalização, entendeu por bem suspender o processo para melhor análise das diferentes propostas; e com isso – diante dos parâmetros cogitados – acabou por acelerar o processo legislativo e culminou com a promulgação da Lei 12.506/2011. Quando da retomada do julgamento, foi esta própria lei posteriormente adotada pelo STF como critério normativo aos mandados de injunção até então impetrados. Valle (2013) identifica nesse tipo de abordagem, à semelhança do caso Fourie da África do Sul,[16] "aproximação às relações entre Judiciário e Parlamento, que tem em conta não a perspectiva da deferência (muitas vezes equivocamente identificada com subordinação), mas sim aquela da fidelidade com o ideal democrático" (VALLE, 2013, p. 26-27).

Isso sinaliza para a compreensão de que, quando a Corte estiver diante de uma questão constitucional que envolva considerável margem de deliberação política – e isso sempre ocorre na injunção – é possível que ela emita um comando político com as respectivas diretrizes a serem utilizadas, e suspenda o julgamento para oportunizar a atividade legislativa. Veja que nesses casos a abertura dialógica se daria durante o julgamento, como forma de assegurar a ausência de esvaziamento da política ordinária. Nesse primeiro momento, estaria a se prestigiar um diálogo de curto prazo com aplicação da teoria da parceria.

Daí a se cogitar de uma decisão entrecortada como possibilidade decisória no mandado de injunção e respectivo diálogo interdecisional. Ou seja: a Corte emite um comando político para oportunizar o diálogo antes mesmo de finalizar o julgamento. Caso a lei venha a ser promulgada dentro do período de suspensão do processo, o Tribunal estaria obrigado a adotar o critério parlamentar na decisão judicial final de concessão da ordem.

Assim, incorporado o diálogo no julgamento do *writ*,[17] para além de assumir a situação jurídica pura e simples de impetrado, o órgão, autoridade ou entidade a quem foi atribuído o dever constitucional de legislar assume verdadeira postura de parceria com o

[15]A denominada "última palavra provisória" de Mendes (2008) coaduna-se com essa ideia.

[16]Nesse caso, embora a Corte sul-africana tenha declarado a inconstitucionalidade de lei local que bloqueara o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, concomitantemente, decidiu pela devolução da matéria ao Legislativo, no prazo de um ano, sob pena de valer a aplicação da interpretação constitucional pró uniões homoafetivas consignada.

[17]Convém mencionar que Valle (2014), tratando de manifestações dialógicas ocorridas no âmbito do STF, cita o mandado de injunção como estratégia desse experimentalismo, partindo da premissa de que o diálogo constitucional está ínsito à natureza do referido *writ*.

Judiciário, sendo-lhe permitido optar pela cessação da situação de infidelidade constitucional de forma imediata, o que ocorrerá com a sua própria atuação deliberativa.

No entanto, caso o Legislativo não se manifeste no prazo determinado, o julgamento prossegue a partir de então com um comando jurídico, e, portanto, com a assunção de uma solução adjudicativa; o que, em tese, não impediria o exercício posterior do diálogo a ser realizado a longo prazo. Sob esta última perspectiva, a sociedade como um todo (na visão ampla de diálogo institucional e social), poderá a longo prazo exercer o reequilíbrio constitucional da decisão judicial, à medida que isso porventura se torne necessário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resposta à cogitação objeto da presente pesquisa, vislumbra-se o mandado de injunção como instrumento propulsor de diálogos para que, em última análise, seja privilegiada a retomada da normalidade funcional, a depender de certo impulsionamento por parte do Judiciário, visto que, por vezes, o Legislativo permanece omisso por conveniência.

Muito embora o MI 943 não tenha revelado hipótese de diálogo propriamente dita, o caso demonstrou que, se forem revelados previamente os parâmetros que a Corte pretende seguir como critério normativo e, ato contínuo, suspenso o julgamento por prazo certo para que seja oportunizada a deliberação política parlamentar, é bem possível que o braço político de poder opte por sair da inércia e resolva traçar os seus próprios critérios políticos.

Prioriza-se a teoria da participação, que permite a incorporação do diálogo dentro do próprio julgamento, inclusive como fator de suspensão do processo, com o objetivo de exortar a manifestação legislativa e cessação da situação de infidelidade constitucional; utilizando-se os critérios da lei eventualmente elaborada dentro do prazo de suspensão quando da concessão da ordem (aplicável às situações anteriores à promulgação da lei em que não ocorre perda do objeto). Por outro lado, caso perdure a inércia legislativa, o julgamento prosseguirá com a aplicação do critério judicial normativo (comando jurídico); hipótese em que, frustrado o diálogo interdecisional de curto prazo, nada impede que a longo prazo seja realizado um diálogo com vistas ao reequilíbrio constitucional da decisão judicial.

Isso pode partir da sociedade por intermédio de mobilização dos seguimentos sociais, repercussão na mídia, pressão frente ao Legislativo, para que seja elaborada uma lei com critérios distintos de regulamentação do direito fundamental, ou mesmo novas impetrações com objetivo de modificar o critério anteriormente aplicado; tudo isso a partir de uma visão ampla de diálogo entre as instituições e a sociedade (fusão dialógica).

Tabela de Julgados Citados

MI - MANDADO DE INJUNÇÃO	
MI 107 QO	STF. MI 107 QO-DF. Relator Min. Moreira Alves. Pleno. Julgamento: 23.11.1989. DJ: 21.09.1990. Ementa. Acesso: 18 nov. 2014.
MI 283	BRASIL. STF. MI 283-DF. Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 20.03.91. DJ: 14.11.1991. Último acesso em 30 jul. 2014.
MI 352 QO	BRASIL. STF. MI 352 QO-RS. Pleno. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgamento: 04.09.1991. DJ: 12.12.1997. Acesso: 21 ago. 2014.
MI 361	BRASIL. STF. MI 361-RJ. Pleno. Rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 08.04.1994. DJ: 17.06.1994. Acesso: 20 nov. 2015.
MI 472	BRASIL. STF. MI 472-DF. Pleno. Min. Celso de Mello. Julgamento: 06.09.1995. DJ: 02.03.2001. Acesso: 20 nov. 2015.
MI 543	BRASIL. STF. MI 543. Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. Julgamento: 26.10.2000. DJ: Acesso em 27 nov. 2014.
MI 788	BRASIL. STF. MI 788-DF. Pleno. Rel. Min. Carlos Britto. Julgamento: 15/04/2009. DJ: 08/05/2009. Acesso em 29 nov. 2014.
MI 795	BRASIL. STF. MI 795-DF. Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 15/04/2009. DJ: 22/05/2009. Acesso em 29 nov. 2014.
MI 943	BRASIL. STF. MI 943-DF. Pleno. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgamento: 06/02/2013. Publicação: 30/04/2013. Acesso em 23 ago. 2015.
AgRg no MI 1011	BRASIL. STF. AgRg no MI 1011-SE. Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 14.05.2014. DJ: 04.06.2014. Acesso: 06 set. 2014.
MI 1.083	BRASIL. STF. MI 1.083-DF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 02/08/2010. DJ: 03/09/2010. Acesso em 29 nov. 2014.

Referências

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 39-40. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso: 10 mar. 2015.

_____. Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. **Temple International and Comparative Law Journal**, 2007, p. 1-66. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867>. Acesso: 06 abr. 2015.

BORGES, Nilton Alexandre. **Os efeitos da decisão do mandado de injunção**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial *versus* Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional n.º 33 de 25 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em 10 dez. 2014

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da; COURA, Alexandre de Castro. Fundamentos de uma jurisdição constitucional: o ainda incontornável debate sobre quem (não) deve ter a última palavra. **RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 3, 2014, p. 341-342. Disponível em < http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.63.10>. Acesso: 06 maio. 2015.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005, p. 257-337.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **RATJ (Revista Argentina de Teoría Jurídica)**, v. 14, dez. 2013, p. 1-32. Disponível em: <http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858>. Acesso: 08 nov. 2014.

_____. El nuevo constitucionalismo dialógico. Posibilidades e limites. **Ciclo de almuerzos académicos para profesores de la facultad de derecho – UBA**. 5 nov. 2013. Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?v=jV3EXHNWx0w>. Acesso: 10 dez. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all). *In*: **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

JABER MANEIRO, Renata de Marins. Mandado de injunção como instrumento de acesso à Justiça. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 127, s/p, ago. 2014.

JABER MANEIRO, Renata de Marins; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Mandado de injunção e vedação ao retrocesso: a construção da parametricidade relativa. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 141-164, out./dez. 2015.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder-Atribuição. *In* MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTANS, Fábio Lima (org.). **Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 300-331.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In DIDIER JR., Fredie (org.). 5 ed. rev. atua. e ampl. **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação. São Paulo: 03 jul. 2008. **Tese de Doutorado. Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas**, Universidade de São Paulo (FFLCH-USP), 2008.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, Constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev. atua. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Cecília de Almeida Silva; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimpressão (2012). Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 2, p. 1-35, 2013

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Constitutional Law journal**, n. 4, v. 3, 2005, p. 617-648.

TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, v. 101, issue 08, p. 2781-2802, aug. 2003. Disponível em: < http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259/>. Acesso: 11 mar. 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. Belo Horizonte: Editora Forum, **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 51, 2013, p. 1-34.

_____. Dialogical constitutionalism manifestations in the brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.