

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais 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 Napolini 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

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Argemiro Cardoso Moreira Martins, Grasielle Augusta Ferreira Nascimento, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-213-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado "CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II" do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília nos dias 06 a 09 de julho de 2016.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, apresentaram reflexões sobre a democracia, a concretização de direitos, os direitos fundamentais, o papel dos Tribunais Superiores, a relação entre poderes e o Estado Democrático de Direito.

Foram apresentados, ao todo, 26 (vinte e seis) artigos, de excelente conteúdo, conforme relação abaixo:

PODER DE AGENDA E ESTRATÉGIA NO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO LIMINAR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.070 E Nº 34.071

A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A CIDADANIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL SEM FACE: O EXEMPLO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

A LUTA POR RECONHECIMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRÓ-HAITI: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA HAITIANOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

AS VICISSITUDES NA PRÁXIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IMPEDITIVO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E A DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE

PUNIÇÃO E LIBERDADE: SOBRE FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE KANT E SANTIAGO NINO

RELAÇÃO ENTRE PODERES: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO LEGISLATIVO NO ÂMBITO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE/MG

REPENSAR O PODER JUDICIÁRIO E O SEU LIMITE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO HARMÔNICA.

RESGATE DO "RADICAL" NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: (RE) PENSANDO O EXERCÍCIO DO PODER

SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DAS URNAS

A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: EXEMPLO DE EVOLUÇÃO RACIONAL OU INVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO AMBIENTAL

A CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DE NORMAS PENAS NÃO INCRIMINADORAS NA ESFERA JURISDICIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA

LIMITES DO ESTADO LAICO: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DOAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM FAVOR DE ENTIDADES RELIGIOSAS

O PAPEL DA LIBERDADE NA DEMOCRACIA DE TOCQUEVILLE.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA, DO JOVEM E DO ADOLESCENTE: INCLUSÃO SOCIAL E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

LEI ANTITERRORISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONFLUÊNCIA DOS MODELOS DISPOSITIVOS E INQUISITIVO DO PROCESSO
CIVIL OPERADA PELO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A (IN)EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO
CONSTITUCIONAL À SAÚDE

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E
ALGUMAS DE SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

UMA ANÁLISE DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO FRENTE
À PERSPECTIVA DO CONFLITO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM
CONSTITUCIONAL VIGENTE

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E PARTICIPAÇÃO: UM MODELO MUNICIPAL DE
DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO SUSTENTÁVEL

Desejamos uma excelente leitura!

Brasília, julho/2016

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - Centro Universitário Salesiano de São Paulo
(UNISAL)

Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Argemiro Cardoso Moreira Martins -Universidade de Brasília

A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: EXEMPLO DE EVOLUÇÃO RACIONAL OU INVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?

THE JURISPRUDENCE OF THE STF ON INJUNCTIONS: EXAMPLE OF RATIONAL EVOLUTION OR INVOLUTION OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION?

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho ¹

Resumo

Ao pensarmos, como estudiosos do Direito, em termos de Tribunal Constitucional no Brasil, o primeiro insight que temos é sobre o ativismo judiciário, questão polêmica que atrai não só defensores, como também críticos ferrenhos. Para entender melhor o tema, a partir de decisões adotadas em mandados de injunção, buscamos avaliar se houve uma evolução racional ou uma involução da interpretação constitucional no âmbito do STF. Em caso de evolução, poderemos dizer que a adoção de uma postura mais ativista foi positiva. A contrário senso, as mudanças interpretativas podem ter causado uma involução em termos de jurisdição constitucional?

Palavras-chave: Mandado de injunção, Stf, Parlamento, Lacunas legislativas, Princípios, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

When we think, as law scholars, in terms of Constitutional Court in Brazil, the first insight we have is about judicial activism, a contentious issue that attracts not only supporters but also staunch critics. To better understand the subject we seek to assess whether there was a rational evolution or involution of constitutional interpretation under the STF, based on decisions adopted in injunctions. In case of evolution, we can say that the adoption of a more activist stance has been positive. Nevertheless, interpretative changes may have caused an involution in terms of constitutional jurisdiction?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Writ of injunction, Stf, Parliament, Legislative gaps, Principles, Judicial activism

¹ Graduada em Engenharia Elétrica (UPE), em Direito pela UFPE, Mestre em Direito pelo IDP, Doutoranda em Direito na UnB (Linha de Pesquisa Constituição e Democracia).

1. Introdução

Sabe-se que a partir de 1988, o protagonismo do Judiciário e a judicialização da política têm dado ensejo a discussões acaloradas sobre o tema “ativismo judicial”. De um lado, os que se socorrem do Supremo Tribunal Federal esperam que o Órgão dê a palavra final sobre temas polêmicos como: direito de greve de servidores públicos; regras sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo; troca de partidos políticos; cláusula de barreira partidária; feto anencéfalo etc. De outro lado, o Legislativo sente-se usurpado em seu poder de legislar.

Não se pode perder de vista, entretanto, que a omissão e a morosidade legislativa contribuem, sobremaneira, para que o Judiciário torne-se este superpoder que acaba legislando, mesmo que deficitário em termos de legitimidade democrática.

Em consequência, juristas demonstram, a toda hora, preocupação com a judicialização da política. Jeremy Waldron (2003) entende que o *judicial review* somado a uma carta de direitos implica, inevitavelmente, na lesão ao princípio da participação democrática. O próprio Kelsen (1928), ao teorizar sobre o monopólio que o Tribunal Constitucional deveria assumir em relação ao controle de constitucionalidade das leis, enfatizava a natureza peculiar de legislador negativo do Órgão. Buscava mostrar que o Tribunal Constitucional deveria assumir um papel de complementariedade em relação ao Poder Legislativo.

O Constitucionalismo de 1988 trouxe consigo um desencadeamento da superação da neutralidade (como legislador negativo) e a afirmação ativista do Judiciário (como legislador positivo). Mesmo buscando suprir sua deficiência de legitimidade por meio de mecanismos que incrementem a participação popular nas deliberações judiciais, como é o caso das audiências públicas e da participação do *amicus curiae*, a postura excessivamente ativista demonstra um claro desequilíbrio do sistema de tripartição de poderes.

O presente trabalho destina-se, pois, a, a partir de casos concretos relacionados a mandados de injunção já interpostos perante o STF, analisar se houve uma evolução racional da interpretação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo com a adoção de um posicionamento mais ativista em termos de produção legislativa.

Faremos um estudo preliminar sobre o histórico de mandados de injunção interpostos perante o STF, para buscar perceber se houve evolução ou involução jurisprudencial no tratamento dos casos concretos que foram levados à apreciação.

A partir desse estudo, serão pontuadas algumas discussões travadas acerca: da aplicabilidade do mandado de injunção, sem a existência de norma regulamentadora específica; da

extensão dos efeitos das decisões proferidas em sede de mandado de injunção; do poder de criação judicial do direito pelo STF, em confronto com o princípio da reserva legal.

Poder-se-á perceber, ao longo do relato histórico sobre mandados de segurança interpostos perante o STF, que a jurisprudência foi tomando rumos novos e sofrendo revisões significativas sempre tendentes a conferir uma conformação mais ampla ao remédio constitucional sob enfoque.

Em seguida, faremos uma análise sobre as razões que basearam os discursos jurídicos no âmbito do STF, almejando perceber as consequências de um discurso monológico do STF, que teve como interlocutor o Congresso Nacional, na ressignificação de entendimentos anteriores, que terminaram desencadeando uma postura mais ativista, em termos de produção legislativa de normas faltantes no ordenamento jurídico.

O passo final, antes de concluirmos nosso artigo, é buscar verificar se houve racionalidade da jurisprudência constitucional no processo de evolução dos julgamentos de MI's, a partir do momento em que foi ultrapassada a fase de autocontenção.

2. Mandados de Injunção interpostos perante o STF como elementos impulsionadores do ativismo judicial do “guardião da constituição”

Por oportunidade da análise do Mandado de Injunção (MI) 107, que teve por fim discutir a estabilidade de servidor público militar, conforme artigo 42, parágrafo 9º da Constituição Federal de 1988, ainda discutiam-se questões inerentes à natureza jurídica do novel instituto, diante do pouco tempo de vigência da Carta Magna.

De acordo com o Ministro Moreira Alves, para enfrentar a questão da autoaplicabilidade do art. 5º, inciso LXXI da CF/88 era necessário discutir qual seria a natureza jurídica do MI, que nos termos do art. 5º, inciso LXXI, será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania” (BRASIL, 1988).

Diante dos debates suscitados acerca das características e da eficácia do Mandado de Injunção, foi levantada questão de ordem (BRASIL, 1990) a fim de acalmar os ânimos e trazer luzes a questionamentos cujas respostas ainda restavam obscuras. O Ministro Moreira Alves, Relator do feito, solicitou, por despacho, o pronunciamento da Procuradoria-Geral da República acerca da questão de ordem (MI 107-QO).

O Subprocurador-Geral da República, Dr. Inocêncio Mártires Coelho, ao pronunciar-se sobre se o Mandado de Injunção era ou não autoaplicável, após invocar vários posicionamentos doutrinários pátrios da época que tratavam do tema, adotou uma postura mais conservadora.

Entendeu que enquanto não fosse regulamentado o preceito instituidor do Mandado de Injunção ele não poderia ser utilizado, o que levaria à impossibilidade do exercício dos direitos e prerrogativas constitucionais, cujas normas consagradoras não possuísem elementos mínimos de que necessitam juízes e tribunais para a emissão de provimentos jurisdicionais. Nesses termos, assim finalizou seu Parecer, assinado em 21/08/1989 (BRASIL, 1990), *litteris*:

“Para dar eficácia a tais preceitos constitucionais, para tornar efetiva a fruição de direitos e liberdades que neles se consagram, cumpre à Sociedade Civil manter permanentemente acesa a luta política e tornar atuantes os mecanismos democratizadores criados pelo constituinte de 1988, o que somente conseguiremos se exercermos pressão legítima sobre os nossos representantes, para que legislem e, assim, concretizem e densifiquem a Constituição.

Em suma, se nós quisermos, se o legislador quiser e se houver vontade política e vontade de Constituição (Hesse), poderemos regulamentar o exercício de todos os direitos, liberdades e prerrogativas de que cogita o artigo 5º, inciso LXXI, de nossa Carta Política, transformando em texto de ficção aquele preceito constitucional.”

O Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, mesmo entendendo brilhante o Parecer do Subprocurador-Geral em toda a sua extensão, não aderiu à parte conclusiva, por compreender que o Mandado de Injunção foi um instituto criado com a finalidade de conferir operatividade aos direitos constitucionais, de forma a impedir que a ausência de norma regulamentadora tornasse “inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Destarte, considerou que o entendimento de que o preceito carecia de complementação legislativa esvaziava a utilidade do instrumento. Em relação ao fato de o Mandado de Injunção reclamar um processo especial, entendeu que o rito processual adotado para o Mandado de Segurança poderia ser aplicado por analogia, percepção de muitos constitucionalistas da época.

Após longo Voto do Relator, Ministro Moreira Alves, houve entendimento unânime no sentido de reconhecer a autoaplicabilidade da norma do art. 5º, inciso LXXI da CF/88 e a natureza mandamental do Mandado de Injunção, com a adoção, no que coubesse, do procedimento do Mandado de Segurança.

A Ementa da Decisão prolatada na questão de Ordem foi vazada nos seguintes termos¹, *verbis*:

“Mandado de Injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.

Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q - auto-executável, uma vez que para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, 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.”

Diante da autoaplicabilidade do Mandado de Injunção e de sua natureza mandamental, tem-se que em relação ao ponto de a Constituição Federal não conter preceito expresso acerca da natureza jurídica do Mandado de Injunção, a percepção do Relator, Ministro Moreira Alves, foi no sentido de que o MI teria que propiciar uma decisão declaratória da omissão inconstitucional, com o fito de que a entidade, autoridade ou órgão omissor adotasse as providências necessárias para que a omissão fosse eliminada.

¹ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>

² MI n. 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.11.91.

³ A Lei 7783/89 disciplina as paralisações de atividades no setor privado, e torna atualmente viável, diante da

Outras percepções defendidas eram no sentido de que só decisões de natureza constitutiva seriam capazes de viabilizar o exercício de direitos limitados pela omissão impugnada, haja vista que a mera cientificação da autoridade omissa, sem qualquer sanção, não combateria eficazmente a inércia. Noutras palavras, alguns entendiam que a decisão deveria ser uma sentença constitutiva favorável ao requerente, na qual restasse descrita a regulamentação necessária para o exercício dos direitos protegidos no artigo 5º, inciso LXXI da CF/88.

Travou-se, assim, discussão intensa sobre a natureza declaratória ou constitutiva do novel instituto. Discutia-se, outrossim, se a regulamentação expedida seria estendida a pessoas em situações idênticas ou se teria eficácia restrita às partes.

O Ministro Moreira Alves não entendia que decisões de natureza constitutiva solucionariam o problema, pois além de haver limitação constitucional para que a regulação normativa fosse expedida pelo Supremo Tribunal Federal, a maior parte dos casos de omissão existentes estaria fora do campo regulável pelo Órgão. A falta de condições técnicas e o fato de a Constituição não permitir ao Poder Judiciário regulamentar dispositivo constitucional por meio de ADO foram pontos também invocados para acentuar a tese de que a expedição de decisões de natureza constitutiva seria inviável em sede de Mandado de Injunção, sob pena de inobservância aos princípios da separação de poderes e da legalidade, previstos pelos artigos 2º e 5º, inciso II da Constituição Federal. Ao ver do Relator:

“Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação de Poderes (arts. 2º e 60, §4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo”. (p. 39 – Voto M. Alves)

Os Ministros Aldir Passarinho e Octavio Gallotti, por exemplo, encamparam a tese sustentada pelo Relator, por entenderem, de modo semelhante, que havia impossibilidade de que o Poder Judiciário pudesse suprir omissões de órgãos dos poderes Executivo ou Legislativo.

O Ministro Sepúlveda Pertence, também na linha hermenêutica adotada pelo Relator, buscou dados históricos das discussões que permearam a Assembleia Nacional Constituinte, assim se pronunciando, *verbis*:

“A solução de entregar ao Supremo esse poder de suprir a omissão normativa foi posta perante a Assembléia Nacional Constituinte, e mais, foi posta no campo que lhe seria adequado, que é o da ação direta, sem necessidade de construir todo o sistema da questão prejudicial, imaginado por Calmon de Passos, para compatibilizar a destinação de solução de lide individual, que era a do mandado de injunção, com a necessidade de concentrar o controle de inconstitucionalidade por omissão, sem o qual ele leva – a expressão é do Professor Calmon – necessariamente ao caos.

Essa questão, repito, foi posta perante a Assembléia Nacional Constituinte. Lembro-me do anteprojeto do nobre Deputado Egídio Ferreira Lima, Relator da Comissão dos Poderes, no qual se estatuiu que, declarada a omissão, na ação direta, o Supremo Tribunal assinaria prazo ao Poder competente e, exaurido esse prazo, supriria, mediante resolução, a omissão normativa com eficácia de lei, se fosse o caso.

Ora, esse poder normativo do Supremo Tribunal, proposto e aprovado nos primeiros passos da Assembléia Nacional Constituinte, veio a ser suprimido, a partir da Comissão de Sistematização e não logrou voltar ao texto constitucional. Tratou-se de uma decisão política da Assembléia Constituinte.

E digo, sinceramente, decisão política, que me parece absolutamente coerente com a inspiração democrática da Constituição. No meu modo de ver, de duas uma: ou a norma infraconstitucional não é imprescindível, porque a própria constituição dá princípios que possibilitam a construção integradora dos preceitos, e até aí vai a função jurisdicional, ou a norma inferior é, realmente, imprescindível, e por que imprescindível? Porque depende de opções políticas novas, não contidas nem explícita nem implicitamente na disciplina constitucional; e essa decisão entre opções

políticas novas é função indeclinável dos órgãos da representação popular.”
(BRASIL, 1990, p. 72/73)

Nessa linha de pensamento, o Ministro Pertence disse estar convencido de ser impresumível a deslealdade do Legislativo as suas missões constitucionais, por entender que a própria declaração de inconstitucionalidade da omissão dos poderes políticos obtida do STF na ação direta ou no Mandado de Injunção, teria um papel de extrema relevância enquanto instrumento de legitimação das pressões sociais para a conquista efetiva da regulamentação necessária à implementação constitucional.

A discussão da questão de ordem levantada quando da apreciação do MI 107 (BRASIL, 1990) tornou-se *leading case* acerca da eficácia das decisões proferidas em sede de MI e ADO, embora constasse de alguns votos, como o do Ministro Paulo Brossard, a possibilidade de vir a ocorrer a modificação posterior desse entendimento.

Resolvida a questão de ordem, cujo Acórdão foi assinado em 23/11/89, no mérito o MI 107 não foi conhecido, tendo sido a Ementa vazada nos seguintes termos (BRASIL, 1990):

“Ementa: Mandado de Injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9º da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir.

- Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem legitimatio ad causam, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele.

- Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito à estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito.

- Precedente do STF: MI 235.

Mandado de Injunção não conhecido.”

Mesmo diante do conservadorismo dos posicionamentos iniciais, doravante, nos novos casos concretos trazidos à apreciação do STF em sede de Mandado de Injunção, não era mais vista como inadequada a pressuposição de que havia um descompromisso do Poder Legislativo quanto à concretização das normas constitucionais. Com isso, a jurisprudência foi tomando novos rumos e os entendimentos foram sofrendo revisões significativas, o que conferiu uma conformação mais ampla ao remédio constitucional aqui mencionado.

Diante da ineficácia das decisões de caráter mandamental, em março de 1991, quando do julgamento do MI 283 (BRASIL, 1991), de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, os posicionamentos foram evoluindo, de forma que, no caso concreto, estipulou-se, como consequência do descumprimento do prazo definido no MI, o reconhecimento do direito do impetrante de obter reparação por perdas e danos. O avanço, embora ainda muito tímido, buscava aplicar mecanismos acautelatórios do direito que não poderia ser exercitado diante da omissão estatal. Trazemos à baila excerto da ementa do Acórdão, para melhor explicitar o posicionamento do STF²:

“(…)

Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do Mandado de Injunção para:

- a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, §3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;
- b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
- c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;
- d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.”

² MI n. 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.11.91.

Quando do julgamento do MI 232-RJ (BRASIL, 1992), de relatoria do Ministro Moreira Alves, reconheceu-se, em relação ao dever de legislar sobre o imposto previsto no artigo 195, §7º da CF/88, que, mais uma vez, o Congresso Nacional quedava-se em mora. Juntamente com a fixação de prazo para o saneamento da demora, decidiu-se que a requerente passaria a gozar da imunidade requerida, caso a mora persistisse. A Ementa foi vazada nos seguintes termos, *litteris*:

“Mandado de Injunção. – Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no §7º do artigo 195 da Constituição Federal. – Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 da ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, §7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.”

Em adição, importa destacar que também no MI 284, de relatoria do Ministro Celso de Mello, assim como nos MI 283 e 232 pontuados linhas acima, sinaliza-se para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial. No MI 284 acentuou-se que:

“O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional – consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – impõe que se defina, como passivamente legitimado ‘ad causam’, na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional.”

Doravante, outros mandados de injunção paradigmáticos foram julgados, o que permitiu alterações significativas no instituto do Mandado de Injunção a partir de uma reavaliação de antigos pressupostos. Quando da apreciação do MI 721 (BRASIL, 2008d), o Ministro Marco Aurélio, Relator do processo, convocou seus pares a voltarem a refletir sobre o entendimento inicialmente

adotado sobre o alcance do MI, partindo do ponto de vista de que o instituto foi transformado em algo inútil.

Em relação, especificamente, ao direito de a servidora pública exercer a aposentadoria especial prevista no artigo 40, §4º da CF/88 (MI 721), diante da falta de regulamentação sobre a matéria, concluiu pela aplicação do art. 57 da Lei 8.213/91 (Regime Geral de Previdência Social), na busca de viabilizar a fruição do direito à aposentadoria especial (julgamento proferido em 30/8/2007). Estabeleceu-se, na ocasião, que os efeitos da decisão seriam somente *inter partes* (“Teoria Concretista Individual”), por se tratar de processo subjetivo (essa orientação foi também aplicada quando do julgamento do MI 758, em 1/7/2008).

No voto-vista do Ministro Eros Grau em relação ao MI 721 constou sua discordância com relação ao alcance da decisão. Em sua opinião, a decisão teria que ser estendida à totalidade dos casos que contivessem os mesmos elementos objetivos. Destarte, a norma formulada serviria não só para o caso concreto, como também como norma geral. Essa situação foi comparada à edição de uma Súmula Vinculante.

Registre-se, por importante, que se passaram quase 20 anos para que o entendimento adotado fosse diametralmente oposto ao inicial. Em outubro de 2007, depois de muitos debates sobre a necessidade de revisão da jurisprudência do STF no que concerne ao direito de greve do servidor público e sobre o alcance das decisões proferidas em MI, ocorreu o julgamento conjunto dos MIs 670, 708 e 712 (os dois primeiros de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes e o último de Relatoria do Ministro Eros Grau). Constou do Informativo 485 o seguinte: “a Corte (no julgamento de outubro/2007), afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada a declaração da existência de mora legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário”. Nessa ocasião, foi atribuído efeito *erga omnes* às decisões proferidas.

Diante das considerações aqui alinhadas, percebe-se que a Corte expandiu o alcance normativo do remédio constitucional, o qual, num primeiro momento parecia fadado a desaparecer, caso fosse mantida a orientação traçada na decisão do MI-107. Com o uso reiterado do enunciado jurídico na praxis jurídica, o Mandado de Injunção passou a viabilizar não só o conhecimento, como também o exercício de direitos individuais e coletivos, que na sua ausência restariam privados de uma realização mínima. A decisão contida no MI-712, que mandou aplicar às greves no serviço público, no que coubesse, a Lei 7783/89³, bem evidencia a extensão do alcance normativo do instituto.

³ A Lei 7783/89 disciplina as paralisações de atividades no setor privado, e torna atualmente viável, diante da persistência da omissão legislativa, o exercício do direito social de greve por parte dos servidores públicos.

Como se vê, a evolução hermenêutica acerca da aplicação do instituto passou a permitir que o Mandado de Injunção⁴ cumpra, de fato, sua finalidade em favor do impetrante que é a de concretizar direitos subjetivos, liberdades ou prerrogativas, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável essa concretização. Mesmo diante dos questionamentos acerca da inobservância do princípio da reserva legal, houve o crescente reconhecimento do poder de criação judicial do direito pela Corte Suprema.

Os MIs 670, 708 e 712 são, pois, julgados emblemáticos que caracterizam uma nova fase do Mandado de Injunção no direito constitucional brasileiro. Se por um lado conferiram vida a direitos sociais garantidos pela Carta Política, que estavam paralisados em virtude da mora legislativa, por outro incrementaram exponencialmente as críticas ao ativismo judicial.

3. O Mandado de Injunção e o desenvolvimento do discurso jurídico do Supremo Tribunal Federal

O desenvolvimento do discurso jurídico do STF, relacionado à aplicação do remédio constitucional Mandado de Injunção, será analisado no presente trabalho a partir do estudo constante no tópico precedente.

O que se vê, a partir da análise do histórico traçado nas linhas acima, é que, quando da análise da questão de ordem suscitada no MI 107, não havia certezas dadas a priori. Destarte, as interpretações desenvolvidas ao longo dos anos sofreram constantes resignificações, até porque o quadro de Ministros da Corte foi renovado, o que proporcionou novas discussões acerca da matéria.

A partir das argumentações jurídicas travadas nos Mandados de Injunção aqui estudados, percebe-se, claramente, que a postura do STF foi, de início, mais conservadora e prudente⁵ por rechaçar compreensões tendentes a emissão de decisões constitutivas. A partir de um raciocínio interpretativo mais contido⁶, como o desenvolvido pelo Subprocurador-Geral da República, Dr.

⁴ É importante registrar que a orientação do STF em relação ao cabimento do Mandado de Injunção é no sentido de que a edição de norma regulamentadora afasta o MI uma vez que eventuais lacunas normativas ou imperfeições de conteúdo material não se revelam colmatáveis, nem suscetíveis de correção, por via injuncional, que deve ser usada em casos de omissões legislativas (MI 642-DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJU 14/08/2001).

⁵ A professora Cláudia Roesler, ao estudar a “noção de prudência” em Viehweg, acentuou, com base em ensinamentos de Aubenque (1997, p. 95-97), que ela pode ser compreendida como “virtude do contingente, ou seja, daquilo que concerne ao verossímil e oponível, é resgatada da phronesis de Aristóteles, estudada por Aubenque em *La prudence chez Aristote*. Aubenque ressalta a diferença entre a ideia de prudência e a de sabedoria: ao passo que a sabedoria trata daquilo que é eterno, do conhecimento das causas primeiras (nous), a prudência encontra-se no domínio das coisas passíveis de mudança e, por ser uma virtude, no que concerne à ação humana (ROESLER, 2013, p. 39-40).

⁶ Friedrich Müller nos ensina, em sua obra “Novo Paradigma do Direito”, que o paradigma do juiz como *bouche de la loi* “opera com pressupostos toscos: a possibilidade de uma única interpretação correta em cada caso, de um centro de sentido de conteúdo claro, de uma unidade objetiva do sentido dos textos jurídicos.” (MÜLLER, 2007, p. 147).

Inocência Mártires Coelho⁷, entendia-se que o STF tinha que atuar como legislador negativo, baseando-se nos princípios⁸ da Separação de Poderes e da Soberania Popular.

Ocorre que o comportamento do “sujeito receptor” dos apelos contidos nas decisões declaratórias, no caso o Congresso Nacional, mostrava-se inoperante. O que fazer, então, diante de uma postura inerte do ouvinte? Trata-se de uma situação comunicativa na qual instituições públicas não desenvolvem um discurso racional que impulse a resolução de situações práticas problemáticas.

No caso em análise, embora a ação linguística do emissor (Supremo Tribunal Federal) apresente-se com pretensão de autoridade, por se tratar de Órgão que tem a competência constitucional para apreciar Mandado de Injunção, na prática, essa autoridade é desconsiderada pela postura inerte do receptor (Congresso Nacional). Noutros termos, não houve cooperação institucional entre os órgãos envolvidos na solução dos mandados de injunção.

A despeito de o STF, diante de casos concretos que lhe foram submetidos à apreciação e na qualidade de guardião dos preceitos constitucionais, ter aberto discussões importantíssimas, reconhecendo, inclusive, que não poderia emitir normas faltantes no ordenamento jurídico, mesmo que isso impactasse no exercício dos direitos e garantias fundamentais dos impetrantes, exercitando, com isso, o tão falado *self restraint*, não obteve respaldo quanto à necessária cooperação que deveria existir entre instituições, para que as lacunas legislativas fossem devidamente preenchidas e os problemas solucionados com a edição de normas pelas instâncias originariamente competentes.

Só a partir daí, passou-se a adotar posturas mais pró-ativas para tornar efetivo o remédio constitucional do Mandado de Injunção. Noutros termos, foi a inação do órgão competente para legislar que terminou por incrementar, sobremaneira, o papel de legislador positivo do Poder Judiciário. Assim, a linguagem adquiriu maior plasticidade pela própria historicidade do compreender.

Mesmo diante de alerta no sentido de que na falta de regulamentação sobre aposentadoria especial, por exemplo, seria aplicado o art. 57 da Lei 8.213/91 (Regime Geral de Previdência Social) para viabilizar a fruição do direito à aposentadoria de servidora pública, previsto no artigo

⁷ Em artigo sobre o Mandado de Injunção aos 20 anos de idade (A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição), o Prof. Inocência Mártires Coelho, ao comentar sobre os debates travados na Constituinte, enfatizou que “Num segundo olhar, pode-se dizer que esses embates resultaram, igualmente, dos anseios e dos esforços de outros segmentos da sociedade civil, de outros fatores reais de poder, como advogados, sociólogos, antropólogos e cientistas políticos – dispersos ou reunidos nas respectivas entidades de classe –, que também aspiravam por algum instrumento capaz de impedir que se postergasse a fruição dos novos direitos, aí compreendidos não apenas os de segunda geração, mas todos quantos a abertura do processo constituinte possibilitasse o ingresso no texto da futura Constituição” (2010 – p. 29/30).

⁸ Princípios são, para Alexy, “*mandamentos de otimização*” que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” (ALEXY, 2008, p. 90)

40, §4º da CF/88 (MI 721), a situação comunicativa entre o STF e o CN não evoluiu e o discurso continuou a ser “monológico”, o qual tem a característica de que o ouvinte (receptor) aparece “como não habilitado para uma intervenção ou como não interessado ativamente nela” (FERRAZ, 1997, p. 37-38).

A lição de Tercio Sampaio Ferraz é precisa para caracterizar a mudança de comportamento do orador. Ele se expressa nos seguintes termos: “a presença passiva do ouvinte, na discussão, modifica profundamente o comportamento do orador e, em consequência, as características do próprio discurso” (FERRAZ, 1997, p. 38). É a passividade que faz com que o interlocutor mantenha distância com relação ao objeto do discurso (FERRAZ, 1997, p. 40).

A racionalidade do STF, no momento inicial de discussão acerca da autoaplicabilidade do Mandado de Injunção, está bem explícita no Voto do Ministro Sepúlveda Pertence e relaciona-se à autocontenção do Órgão Judiciário e à consciência de que os Poderes da União, embora independentes, devem manter uma situação de harmonia recíproca. Nesse diapasão, é bom rememorar que esse Ministro afirmou estar convencido de ser impresumível a deslealdade do Legislativo as suas missões constitucionais, pois, para ele a declaração de inconstitucionalidade da omissão dos poderes políticos obtida do STF na ação direta ou no Mandado de Injunção seria instrumento de legitimação das pressões sociais para a implementação da necessária regulamentação. Ou seja, o padrão argumentativo inicial era atribuir obrigações ao Congresso Nacional, na forma de solicitações, apelos ao legislador.

Além de as pressões sociais serem bastante tímidas diante da incipiência da democracia brasileira, a deslealdade do Legislativo às suas missões constitucionais não se mostrou tão impresumível assim, a despeito dos Votos de confiança que pautaram a adoção de uma postura inicial mais reservada e modesta do STF.

Pelos estudos até aqui empreendidos, percebe-se que foi a omissão do Legislativo que provocou a superação da posição inicialmente adotada de que deveria prevalecer uma concepção mais rígida da “Separação de Poderes”. Vieram à tona participações cada vez mais criativas e inovadoras do Órgão Judicial, por oportunidade das apreciações de casos concretos, as quais, certamente, levaram em consideração preceitos já contidos na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/1942), segundo os quais, quando a lei for omissa, o Juiz não pode deixar de decidir e deverá fazê-lo levando em conta a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito. Foram justamente essas participações inovadoras que possibilitaram, a nosso ver, uma evolução e não uma involução da interpretação judicial.

Foi o caso do que ocorreu no julgamento dos MI's 670, 708 e 712. Na decisão deste último, o STF decidiu aplicar às greves no serviço público, no que coubesse, a Lei 7783/89⁹, o que deixa evidente a extensão do alcance normativo do Instituto.

Enquanto no início a tradição recomendava prudência por parte do STF, no decorrer dos anos essa tradição deu lugar à razão, haja vista que o exercício de direitos subjetivos acabava sendo prejudicado com a adoção de posturas mais contidas. Nesses termos, a decisão paradigmática mencionada no parágrafo retro revelou um redespertar intuitivo próprio dos juristas¹⁰, sempre chamados a resolver casos difíceis e a resignificar entendimentos anteriores.

4. Vencida a autocontenção, pode-se afirmar que houve racionalidade da jurisdição constitucional no processo de desenvolvimento dos julgamentos de Mandados de Injunção?

Habermas, ao avaliar o conceito de Direito para Dworkin, que o considera como um *medium* para a garantia da sociedade como um todo (HABERMAS, 2003, p. 244), acentua que a teoria do direito move-se nos limites das ordens jurídicas concretas, por isso, não se pode desprezar aspectos que resultam do nexo interno entre Direito e Política.

Para ele, Dworkin preocupa-se, a todo momento, com a racionalidade da jurisdição, na busca da compreensão da relação complexa que existe entre justiça e legislação (HABERMAS, 2003, p. 245). Percebe que é necessário introduzir critérios para a prática judicial, levando em conta o princípio da segurança jurídica e a pretensão de legitimidade da ordem jurídica. A grande preocupação é, ao fim e ao cabo, com a racionalidade da jurisprudência.

A teoria dos direitos de Dworkin é elaborada para encontrar caminhos que evitem falhas das propostas de solução de problemas e para esclarecer como a prática da decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências de segurança do direito e da aceitabilidade racional.

Com esboço nessas linhas teóricas, é importante observar que o Ministro Gilmar Mendes, relator dos MI's 670 e 708, buscou em seus votos demonstrar, justamente, a racionalidade das decisões jurídicas a serem adotadas, num sentido gadameriano de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. Ou seja, as regras têm que ser interpretadas de acordo com o caso concreto e com a evolução social e, por que não dizer, com a evolução do próprio ser.

⁹ A Lei 7783/89 disciplina as paralisações de atividades no setor privado, e torna atualmente viável, diante da persistência da omissão legislativa, o exercício do direito social de greve por parte dos servidores públicos.

¹⁰ Para Carlos Cossio, o juiz é o próprio Direito, construindo o Direito a cada caso concreto que lhe é submetido à apreciação. Só tem que ter cuidado com a arbitrariedade judicial (COSSIO, 2002, p. 41/42)

As decisões adotadas em sede de mandados de injunção não nos parecem ter correlação com a ideia de realismo jurídico ou direito livre, também analisada por Habermas (2003, p. 265), onde as decisões dependem amplamente do juiz.

A pretensão de racionalidade, que permeou as decisões jurídicas mais recentes adotadas pelo STF em mandados de injunção, buscou um contexto coerente do direito a ser reconstruído, observando as características estruturais do sistema jurídico vigente. Noutros termos, a jurisdição constitucional, em nenhum momento, renunciou à pretensão de estabilizar expectativas de comportamento. Parece-nos crível que a pretensão maior trazida com o avanço da interpretação constitucional foi, justamente, garantir a segurança jurídica e não propriamente a correção das decisões, que sofreram e ainda sofrem críticas de diversos setores, especialmente considerando o papel de legislador positivo adotado pelo STF.

Percebe-se que as discussões travadas acerca de casos problemáticos trazidos à apreciação do STF terminaram por produzir, paulatinamente, uma interpretação construtivista. Os argumentos traçados colocaram num contexto de interpretação construtiva os fins a serem atingidos com as decisões judiciais. Buscou-se assegurar, no sentido dworkiano, a garantia a cada parceiro do direito do “igual respeito e consideração”.

Esse tipo de interpretação permitiu que fosse satisfeito o princípio da segurança jurídica, para os que impetraram mandados de injunção perante o STF, e observada a pretensão de legitimidade do direito. Outrossim, os objetivos políticos e sociais do legislador constituinte foram levados em consideração e podem ser entendidos como meios argumentativos para reconstruir e resignificar o direito vigente.

Percebe-se que as decisões adotadas nos casos concretos de mandados de injunção, analisados no presente artigo, tomaram por base uma ordem jurídica concreta, em seus elementos essenciais e com as peculiaridades que lhe são próprias, a qual é considerada por Habermas para ressaltar que cada ordem possui especificidades próprias e que o juiz, quando chamado a solucionar casos, tem que levar em conta a história institucional de um determinado sistema de direitos e classificar criticamente não só a massa do direito positivo, mas também de princípios, de forma a corrigir erros e buscar um sistema jurídico justo, que é resultado de um continuado processo de aprendizagem.

Diante das controvérsias instauradas, percebemos que cada Juiz da Corte Suprema exerceu seu papel de Juiz Hércules, na medida em que, na análise dos casos difíceis envolvendo falta de normas regulamentadoras de direitos subjetivos, depararam-se com realidades históricas que lhes permitiram uma reconstrução racional do direito vigente a partir da utilização de componentes de um saber ideal formado por dois requisitos: conhecer todos os princípios e objetivos válidos que são

necessários para a justificação da decisão; ter uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si. São os fios argumentativos que terminam por ligar esses requisitos (HABERMAS, 2003, p. 263).

A obrigação de o juiz decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo, a partir de regras e princípios, é reflexo de uma obrigação precedente dos cidadãos, confirmada por meio do ato de fundação da Constituição de proteger a identidade de sua convivência, orientando-se por princípios de justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres e iguais.

Nesse cenário, se o legislador não reagiu, de modo adaptador, ao processo histórico, é o sistema jurídico que tem que se adaptar a ele. Cabe, pois, aos juízes Hércules exercerem a supercomplexa tarefa de colocar “a olho” uma quantidade enorme de regras, princípios¹¹ e determinação de fins para buscar dar solução às demandas sociais. Ao menos num órgão colegiado, o modelo monológico solipsista, tão objetado pelos críticos de Dworkin, é amenizado, pois o privilégio cognitivo é partilhado, a nosso ver, a partir das próprias discussões travadas.

O juiz não é uma máquina de calcular, nem por isso pode improvisar e agir fora de qualquer regra e princípio (DERRIDÁ, 2010, p.45). Nesse sentido, do estudo empreendido, não percebemos que nas situações pragmáticas levadas à apreciação do STF houve qualquer improvisação decisional, mas uma evolução jurisprudencial trazida por interpretações, que embora inovadoras, não fugiram do padrão de integridade do Direito traçado por Dworkin, no qual além de os parceiros do Direito se reconhecerem como livres e iguais, há também a necessidade de que os órgãos judiciais realizem a norma básica de igual consideração e respeito (HABERMAS, 2003, p. 267).

O STF, após contínuos episódios de inércia legislativa, considerando que deve exercer as suas competências constitucionais não de forma estrita, mas ampla, buscou demonstrar respeito e consideração por aqueles que impetraram MI's, na busca de ver garantidos direitos subjetivos que deveriam estar assegurados pela ordem jurídica vigente.

Assim, tendo em conta as considerações aqui alinhadas, entendemos que houve racionalidade da jurisdição constitucional no processo de evolução dos julgamentos de Mandados de Injunção, tanto no momento inicial, que teve a prudência guiando as decisões, quanto mais recentemente quando dos julgamentos dos paradigmáticos MI's 670, 708 e 712. Destarte,

¹¹ O Professor Marcelo Neves, ao tratar em seu livro “Entre Hidra e Hércules” sobre princípios e regras constitucionais acentua que “(...) não se pode, a rigor, distinguir princípios e regras constitucionais pelo caráter teleológico ou valorativos dos primeiros em detrimento das segundas, nem pela maneira que esses tipos de norma referem-se a valores. Tanto há princípios quanto regras que se referem imediata, direta e explicitamente a valores e fins, como há princípios que não se caracterizam por essa maneira de referência a eles.” (NEVES, 2013, p. 41)

compreendemos que não há que se falar em “involução”, mas sim em evolução racional da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nas análises de mandados de injunção.

5. Conclusão

Diante da problemática comunicacional estabelecida paulatinamente entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal pós CF/88 em casos de decisões proferidas em Mandados de Injunção, o que se tem de concreto é que, num Estado Democrático de Direito nenhuma das instituições pode prevalecer sobre a outra. Se por um lado a primeira é, não raro, inoperante e omissa, por outro, a segunda tem que agir com muita cautela quando precisar adotar a postura de legislador positivo, sem esquecer de traçar limites de autocontenção, pois os preceitos básicos da separação de poderes precisam ser observados.

O que notamos do estudo realizado, especialmente com relação à evolução hermenêutica do controle judicial das omissões legislativas, foi que o silêncio do receptor da mensagem, no caso o Congresso Nacional, teve consequências decisivas na mudança de postura do STF. Diante da percepção de que o discurso era monológico, este Órgão passou a ser menos contido e mais criativo para encontrar caminhos que pudessem ser mais efetivos na solução das lides concretamente submetidas à apreciação.

Não se pode olvidar que, muitas vezes, a omissão não deixa de ser racional. É mais interessante deixar que o STF legisle, principalmente quando se tratam de temas polêmicos que iriam gerar, fatalmente, desgastes com o eleitorado (direito de greve de servidores públicos, união homoafetiva, aborto de feto anencéfalo, dentre outros).

Com referência à problemática comunicacional entre as instituições, Jürgen Habermas nos ensina que a ação comunicativa surge com a interação de, no mínimo, dois sujeitos (que podem ser sujeitos institucionais), capazes de falar e agir, que estabelecem relações interpessoais com o objetivo de alcançar uma compreensão acerca da situação em que ocorre a interação sobre os respectivos planos de ação, com vistas a coordenar suas ações pela via do entendimento. No caso concreto aqui estudado, essa interação, repita-se, tem se mostrado inoperante e, por isso, não desencadeou, até o momento, qualquer tipo de entendimento. Também inexiste qualquer harmonização de planos de ação¹² para a solução de problemas de omissão legislativa.

Entende-se, pois, que embora não tenha ocorrido, concretamente, uma evolução racional da ação comunicativa institucional entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional, houve

¹² A teoria do agir comunicativo (TAC) de Habermas vem, justamente, para contestar esse *status quo* e abrir possibilidades/oportunidades de entendimento num sentido abrangente e não restritivo.

uma evolução racional das decisões adotadas em sede de mandados de injunção. Mesmo com uma interpretação mais criativa e avançada em termos de hermenêutica constitucional, o que levou o STF a encampar uma postura de legislador positivo em casos paradigmáticos, não entendemos apropriado dizer que houve uma “involução”, a despeito das críticas que podem ser dirigidas ao claro ativismo judicial do STF.

6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712. Direito de greve dos servidores públicos civis. Relator: ministro Eros Grau. Diário da Justiça eletrônico do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 31 out. 2008c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708. Direito de greve dos servidores públicos civis. Relator: ministro Gilmar Mendes. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 207, n. 2, p. 471-570, jan./mar. 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107. Natureza e a eficácia do Mandado de Injunção. Relator: ministro Moreira Alves. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 133, p. 11-60, jul./set. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 232. Ausência de regulamentação do disposto no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal. Relator: ministro Moreira Alves. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 137, p. 965-984, set. 1991b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283. Ausência de lei necessária ao gozo do direito à reparação previsto pelo artigo 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 135, p. 882-904, mar. 1991c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Direito de greve dos servidores públicos civis. Relator: ministro Gilmar Mendes. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 207, n. 1, p. 11-109, jan./mar. 2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708. Direito de greve dos servidores públicos civis. Relator: ministro Gilmar Mendes. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 207, n. 2, p. 471-570, jan./mar. 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712. Direito de greve dos servidores públicos civis. Relator: ministro Eros Grau. Diário da Justiça eletrônico do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 31 out. 2008c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721. Ausência de lei complementar que discipline a aposentadoria especial do servidor público. Relator: ministro Marco Aurélio. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 203, n. 1, p. 11-23, jan./mar. 2008d.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

COSSIO, Carlos. *El Derecho en el Derecho Judicial*. Buenos Aires: Libreria “El foro”, 2002.

DERRIDÁ, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: WmfMartinsFontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Juízes políticos e democracia*. O Estado de São Paulo. São Paulo, 26 abr 1997.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, Segunda Parte.

FRIEDRICH, Müller. *O Novo Paradigma do Direito. Introdução à Teoria e Metodica Estruturantes do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. V. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A teoria do agir comunicativo*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. V. I e II. São Paulo: WmfMartinsFontes, 2012.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”*.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WmfMartinsFontes, 2013.
- PIOVESAN, F.C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ROESLER, Claudia. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*. 2.ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TUSHNET, Mark. *Ceticismo sobre o Judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.