

ano 13 - n. 51 | janeiro/março - 2013
Belo Horizonte | p. 1-310 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Marilane Casorla

Bibliotecários: Izabel Antonina de A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Capa: Igor Jamur

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Projeto gráfico: Virgínia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Mandado de injunção, um enredo em andamento – Seis personagens à procura de um autor

Vanice Lírio do Valle

Pós-Doutorado pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (EBAPE/FGV). Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

Resumo: A mudança de orientação da jurisprudência da Suprema Corte em relação ao mandado de injunção, com a decisão dos MI nºs 670, 708 e 712, apresentou-se como uma solução definitiva ao tormentoso problema da inércia legislativa, quando se cuidasse de direitos fundamentais. Os casos que na sequência se apresentaram à Corte — especialmente os recentes MI nºs 943, 1010, 1074 e 1090 — em verdade, evidenciaram que os precedentes anteriores devem ser vistos como o primeiro ato de uma peça ainda em andamento, que está, em verdade, longe de seu pano final. Esse artigo apresenta seis aspectos que a recente jurisprudência da Corte ainda está por elaborar sob a perspectiva teórica — o que leva a uma incompletude ainda da teoria constitucional no que toca ao controle da omissão legislativa que bloqueia a efetividade da Constituição. Esses seis temas, embora ignorados pela Corte, encontram-se presentes nos casos trazidos à consideração em *judicial review* e, tal qual na peça de Pirandello, são como personagens à procura de um autor — alguém que possa trazê-los à vida no universo da adjudicação constitucional.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Direitos fundamentais. Inércia legislativa. Teorização constitucional incompleta.

Sumário: **1** O Diretor – O Supremo Tribunal Federal e seu esforço de criação do mandado de injunção – **2** Primeira personagem – Possibilidade de fixação de prazo para a deliberação legislativa – **3** Segunda personagem – Necessária cumulação de pedidos em mandado de injunção – **4** Terceira personagem – Efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção – **5** Quarta personagem – Viabilidade de enunciação de um critério de solução que inove no mundo normativo – **6** Quinta personagem – Parametrização da indispensável atuação legislativa – **7** Sexta personagem – Reconhecimento legislativo de uma realidade que a Constituição reserva ao domínio da deliberação democrática – **8** O desafio do Diretor – *The show must go on* – Referências

1 O Diretor – O Supremo Tribunal Federal e seu esforço de criação do mandado de injunção

O enfrentamento da omissão, enquanto manifestação patológica do exercício do poder, remanesce um dos temas mais desafiantes da ciência política e do direito constitucional. Afinal, ou se opera no plano político uma persuasão do órgão inerte no sentido de que a ausência de atividade se apresenta como uma alternativa inaceitável de conduta, com o que ele suplanta a inação; ou a paralisia remanesce, e as soluções no sentido da sua superação estariam a desafiar o problema do agir substitutivo de um poder sobre a esfera própria de atuação de outro.¹

Esse é o pano de fundo subjacente ao enfrentamento da omissão legislativa enquanto fenômeno jurídico-político, apresentando-se como cláusula de restrição às possibilidades de provimento jurisdicional na *judicial review*, seja na modalidade subjetiva provocada por injunção; seja naquela objetiva veiculada pela ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.²

Em que pese a evolução havida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da originária compreensão de que em *writ* de injunção a única alternativa de decisão possível era a cientificação ao Legislativo da existência de um dever de agir incumprido³ até os precedentes mais recentes em que se empreendeu à indicação do critério jurídico de solução da hipótese concreta, ainda que aplicando norma preexistente,⁴ fato é que a prestação jurisdicional possível em matéria de mandado de injunção segue reclamando maior aprofundamento teórico. Tal qual na

¹ Ainda não se tinha sequer instalada a Assembleia Nacional Constituinte, e a doutrina já advertia quanto aos riscos atinentes aos processos informais de mudança da Constituição, notadamente pela omissão legislativa, tematizando a importância da construção de mecanismos preventivos a esse desvio de conduta do poder (FERRAZ. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, p. 46-61).

² Explorando as possibilidades de provimento jurisdicional no controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, consulte-se Vanice Regina Lírio do Valle (*Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*).

³ Para um percurso histórico da cunhagem pelo STF dessa garantia constitucional, consulte-se Vanice Regina Lírio Valle (*A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao Mandado de Injunção*).

⁴ A referência é aos conhecidos casos nos Mandados de Injunção n.ºs 670 e 712, em que se modificou a anterior compreensão restritiva para afirmar a possibilidade da oferta pela Corte de um critério jurídico de viabilização do exercício do direito fundamental obstado em sua aplicação pela ausência da norma reguladora. Para a narrativa da evolução nesse tema, consulte-se Vanice Regina Lírio Valle (*Ativismo jurisdictional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise de jurisprudência do STF*), e ainda, examinando os precedentes que se seguiram a esse verdadeiro *overruling* (VALLE. Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, p. 33-59).

peça de Pirandello, têm-se em relação ao mandado de injunção, personagens à procura de um autor; alguém que lhes dê vida, que lhes represente.

A casuística já enfrentada pelo STF revela-se sugestiva em relação às causas reais da omissão legislativa e, mais ainda, aos mecanismos de que se possa valer a Corte para a sua definitiva superação. Da revisitação, por força de reclamações constitucionais, às anteriores decisões no tema do direito de greve dos servidores públicos, passando pela busca da configuração do real alcance da decisão que determina a aplicação da Lei nº 8.213/91 para fins de análise da admissibilidade do direito à aposentadoria especial de servidores públicos até o recente episódio dos Mandados de Injunção nºs 943, 1010, 1074 e 1090⁵ — cuja suspensão de julgamento culminou por precipitar a superação da omissão legislativa⁶ — o conjunto de decisões aponta o labor doutrinário ainda reclamado. Revela-se a Corte apta a dar vida aos personagens que, indisciplinados, invadem o seu proscênio em busca de um autor — mas como o Diretor de Pirandello, mostra-se reticente, preferindo dar as costas às figuras dramáticas que se apresentam, optando pelo uso de seus próprios atores, já mais familiares, visto que sempre presentes na crônica das decisões da Corte.

Assim, propõem-se as presentes considerações a empreender esse diálogo entre a prática já materializada pelo STF na análise da injunção e os elementos que ainda se repute necessários conter numa decisão judicial cujo propósito é, a par de garantir o direito fundamental restringido no exercício pela ausência da norma reguladora; também contribuir para a restauração da normalidade no exercício do poder político pelo seu braço especializado que se revelou indevidamente, inerte.

No drama da superação da infidelidade constitucional, os personagens que ainda vagam, sem que um autor lhes albergue, são: 1º) a possibilidade de fixação de prazo para que se opere a deliberação legislativa; 2º) o reconhecimento do caráter também principal do pedido quanto à omissão legislativa em si; 3º) efeitos da decisão proferida em sede de injunção; 4º) viabilidade da enunciação de um

⁵ Os referidos Mandados de Injunção reclamavam a ausência da norma reguladora da indenização por demissão imotivada, prevista no art. 7º, XXI, CF, e ainda não editada, com o que se tinha por prejudicada a cláusula constitucional que previa fosse o aviso prévio dos trabalhadores da iniciativa privada, *proporcional ao tempo de serviço*.

⁶ Os indicativos do possível conteúdo da decisão do STF na matéria — o julgamento foi suspenso quando os Ministros cogitavam dos possíveis critérios de proporcionalidade ao tempo de serviço — culminaram por determinar que o Projeto de Lei na matéria que tramitava no Congresso Nacional desde 1989 encontrasse finalmente consenso político, do que resultou a promulgação da Lei nº 12.506, de outubro de 2011.

critério de solução que inove no mundo normativo; 5º) parametrização da indispensável atuação legislativa; e 6º) reconhecimento legislativo de uma realidade reservada à deliberação democrática.

A “verdade” das personagens de Pirandello — essa é a ideia central — pode se revelar mais forte do que aqueles que têm frequentado a boca de cena da Corte: a deferência seletiva para com a área de atuação do Parlamento, a falta de visão sistêmica quanto ao instrumento de *judicial review*, o temor em relação a uma suposta objetivização de uma garantia de direito fundamental. Assim, o que se sustenta é que os personagens devem encontrar no STF, não a figura do Diretor, temeroso e arredo, mas a de seu autor, que assume o exercício criativo, numa prática compatível com o constitucionalismo construtivo⁷ que o século XXI reclama.

2 Primeira personagem – Possibilidade de fixação de prazo para a deliberação legislativa

A análise da evolução histórica da compreensão da Corte no tema da injunção exige, como primeiro elemento, a superação da ideia fixada no imaginário coletivo de que o *leading case* se tenha firmado na decisão dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, que empreenderam ao debate acerca da garantia do direito de greve. Em verdade, não obstante tenham os referidos *writs* ingressado em pauta para julgamento pela primeira vez em 15.05.2003, pelas mãos do então Relator, o Ministro Maurício Correa, de pronto sobreveio pedido de vista do Min. Gilmar Mendes, que trouxe de volta o feito à deliberação, em 07.06.2006, sucedendo-se novo adiamento; desta feita a pedido do Min. Ricardo Lewandowski — que traz a matéria novamente à apreciação em 12.04.2007, com nova interrupção do julgamento, agora por pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa.

Tenha-se em conta que àquela altura, não obstante não concluído o julgamento, 7 (sete) dos votos já colhidos militavam no sentido de emprestar-se efeito mais amplo à decisão do que aquele reconhecido ao *writ* de injunção no vetusto MI nº 107 QO. Avançava a Corte para empreender ao exercício de função normativa e à indicação do critério jurídico de solução para a violação ao direito fundamental invocado como atingido pela ausência da norma reguladora. Fato é que essa conclusão, àquela altura, apresentava-se ainda como uma tendência — e não uma decisão — já que o julgamento em si do MI nº 670 e dos demais no tema do exercício do direito de greve só se completou em 25.10.2007.

⁷ SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS. Derechos sociales y activismo judicial, la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, p. 75-107.

Antes disso, no mesmo tema — conteúdo possível do provimento jurisdicional a se deferir em sede de injunção — já se completara, em 30.08.2007, o julgamento do MI nº 721, que analisava o bloqueio à efetividade do direito constitucional à aposentadoria especial dos servidores que, nos termos do art. 40, §4º, CF, desenvolvessem atividades de risco, ou em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Àquela altura, em agosto de 2007, externada pela maioria dos Ministros a admissibilidade de prolação de uma sentença aditiva⁸ no julgamento inacabado quanto ao direito de greve, restou mais simples a reprodução desta mesma ideia — que culminou consagrada pela primeira vez no acórdão proferido no já citado MI nº 721.

No referido precedente acerca do direito à aposentadoria especial, o tema da viabilidade em si de assinalação de prazo para que o Legislativo suprisse sua inércia não foi sequer cogitado, adotando-se de já o critério normativo aplicável (Lei nº 8.213/91), reconhecendo-se inclusive o direito à aposentação do impetrante.⁹

É nos acórdãos paradigmáticos proferidos nos MIs nºs 670, 708 e 712 que se enuncia de forma mais detalhada, os termos em que se tinha por superada a já citada jurisprudência mais conservadora da Corte.¹⁰ A conclusão se construiu no sentido da afirmação da viabilidade do apontamento do critério jurídico de solução pelo Judiciário;¹¹ com o que se empreendeu a proclamação da aplicabilidade à hipótese do instrumento legislativo disciplinador da greve na iniciativa

⁸ A expressão aqui se usa no sentido preconizado por Fernández Rodríguez: aquela decisão judicial que, diante da declaração da inconstitucionalidade de certa norma positiva ou negativa construída através da interpretação, chega a criar outra norma, por substituição ou adição, de significado oposto àquela declarada inválida (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *La inconstitucionalidad por omisión*: teoría general: Derecho comparado: El caso español, p. 232).

⁹ Para uma análise mais detalhada desta específica decisão — e de sua interface com anteriores precedentes no STF neste mesmo tema da aposentadoria especial, consulte-se Vanice Regina Lírio do Valle (Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, p. 33-59). Vale consignar que a decisão na hipótese não é imune a críticas, já que os precedentes antes traçados no tema da aposentadoria especial não reconheciam a mora legislativa, mas sim, a faculdade do legislador em regular ou não a matéria. A conclusão se encaminhou de forma distinta no MI nº 721 tão somente pela circunstância de que, a essa altura, o dispositivo constitucional que embasava o pleito fora objeto da Emenda nº 47/05.

¹⁰ A título de exemplificação da jurisprudência defensiva superada, cite-se: MI nº 20, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Julg. 19.05.1994; e MI nº 438, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, Julg. 11.11.1994.

¹¹ Consigne-se a referência empreendida pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no MI nº 670, a que a persistência na orientação tradicional, que se limitava à afirmação da mora legislativa, estaria a caracterizar quase que uma omissão judicial (MI nº 670. Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 31).

privada — Lei nº 7.783/89¹² — admitindo-se ainda uma atuação suplementar do Judiciário fixando-se regime mais severo à paralisação se assim o reclamarem as circunstâncias do caso concreto, tendo em conta a necessária incidência do princípio da continuidade dos serviços públicos.¹³

Esse é o momento em que se repropõem antigas questões relacionadas à admissibilidade da prolação de sentença aditiva, notadamente, a possibilidade da fixação de prazo para concretizar-se a decisão legislativa cuja inocorrência estava a bloquear o exercício do direito à greve.¹⁴

É de se consignar que o debate nesse particular aspecto da decisão foi muito mais limitado que no restante das questões jurídicas associadas ao exercício jurisdicional de função normativa. A primeira referência expressa se dá na análise do MI nº 708,¹⁵ por sugestão do então Min. Menezes Direito,¹⁶ que complementava o voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, para sugerir a enunciação expressa do prazo para ultimar-se a deliberação legislativa — proposta que foi acolhida literalmente pelo último. Incorpora-se, assim, ao conteúdo do acórdão a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para finalizar-se o processo legislativo, não sem divergências. Consigne-se, dentre as vozes dissidentes, o voto do Min. Joaquim Barbosa, que

¹² Curiosamente, essa mesma alternativa de solução se apresentara anteriormente à Corte, que a rejeitara enquanto possibilidade jurídica (MI nº 689, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Julg. 07.06.2006).

¹³ Registre-se especialmente no MI nº 670, a resistência do Min. Lewandowski em admitir a aplicação por analogia da Lei nº 7783/89, ao argumento de que o objeto em si da injunção seria a viabilização do direito fundamental frustrado em seu exercício pela ausência da norma reguladora, donde o conteúdo mais adequado do provimento jurisdicional estaria na simples assecuração, no caso concreto, da possibilidade em tese do exercício do direito, sem a tentativa de enunciação de critério abstrato de decisão.

¹⁴ Também nesse particular aspecto — fixação de prazo para a edição do critério legislativo — o precedente foi inovador, assinalando-se um prazo de 60 dias para concluir-se a deliberação parlamentar. Sublinhe-se que essa mesma conclusão, que pareceu tão pacífica nos referidos precedentes, não se repetiu com a mesma tranquilidade em outras ocasiões em que se cuidava de controlar a constitucionalidade da inércia legislativa, sendo sempre significativa a decisão havida na ADI nº 3682, na qual de um lado assinalou-se um interstício de tempo (18 meses) para a deliberação legislativa, mas de outro lado afirmou-se: “não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADIs nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689, para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios”.

¹⁵ Importante assinalar que o registro do debate no tema da fixação de prazo para a deliberação parlamentar se teve no acórdão do MI nº 708 — mas não se reproduziu na mesma extensão nos demais (MIs nºs 670 e 712). Não obstante isso, a consignação em si do prazo para ultimar-se o processo legislativo se tem presente na ementa dos três acórdãos, numa prática que não favorece a perfeita compreensão do percurso de raciocínio desenvolvido pelo órgão julgador.

¹⁶ MI nº 708. Voto do Min. Menezes Direito, p. 296.

entendia desnecessário o adendo, seja porque não se estava a condicionar o exercício em si da greve à observância do prazo assinalado ao Legislativo para superar a mora, seja porque tal cominação não teria efeito concreto real.¹⁷ A divergência para com a proposta de fixação do prazo segue no voto do Min. Marco Aurélio,¹⁸ que sustenta a inviabilidade de tal determinação posto que não expressa constitucionalmente na disciplina das garantias contra a omissão legislativa, no que foi secundado pelo Min. Lewandowski.

A rigor não se tinha aí a primeira ocasião em que o STF assinalava prazo para a deliberação legislativa, sendo de se registrar, como precedente mais relevante, aquele fixado no MI nº 232, em que se examinava a omissão no traçado das condições para o reconhecimento da condição de entidades de assistência social e o gozo dos benefícios dessa condição decorrente.¹⁹

Sublinhe-se que essa conclusão em favor da possibilidade de fixação de prazo para a deliberação legislativa não se viu reiterada nas posteriores ocasiões, a Corte novamente examinou esse mesmo fenômeno de inércia legislativa, sendo sempre significativa a decisão havida na ADI nº 3682, em que de um lado assinalou-se um interstício de tempo (18 meses) para a deliberação parlamentar, mas de outro lado afirmou-se: “não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável”.

Indiscutível que, constatada a omissão do poder, a restauração desse mesmo agir cratológico ao seu curso natural, cumprindo-se a determinação constitucional de agir, estará a exigir um interstício de tempo — cuida-se de uma inafastável realidade fática. Fixar qual seja o “tempo razoável” para a superação da inércia parece, portanto, providência indispensável, inclusive à eventual caracterização do descumprimento da decisão judicial — de modo que relevante consequência jurídica já se extrai dessa determinação.

O ponto sensível na assunção como possibilidade jurídica da fixação de prazo à referida deliberação reside em verdade, na resposta institucional que se deva conferir ao descumprimento desta mesma estipulação. A hipótese parece típica de interseção de juízo político no exercício do *judicial review*,²⁰ estando a Corte

¹⁷ MI nº 708. Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 183-184.

¹⁸ MI nº 708. Voto do Min. Marco Aurélio, p. 198.

¹⁹ Para um relato da íntegra das decisões em que a fixação de prazo foi cogitada como capítulo da decisão em injunção, consulte-se p. 177-183.

²⁰ Desconstruindo o mito do caráter apolítico da *judicial review*, entre muitos, consulte-se Friedman, que, aludindo à possível efetividade concreta da decisão judicial, aponta a dúvida em relação a esse resultado como uma constrição possível a uma prestação judicial mais arrojada em suas determinações — como seria a hipótese (FRIEDMAN. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, p. 257-337).

visivelmente a contornar, por argumentos revestidos de veste teórica, o risco de um desatendimento à sua determinação.

Eis aí o primeiro personagem — fixação de prazo para superação do estado de descumprimento constitucional — vivo, presente, e de todos conhecido, que, no entanto, no enredo da injunção, ainda não encontrou quem assuma sua autoria.

3 Segunda personagem – Necessária cumulação de pedidos em mandado de injunção

Segundo tema que não se tem adequadamente equacionado em matéria de injunção é aquele atinente aos termos em que se formula o pedido quanto ao reconhecimento da omissão legislativa relevante.

A primeira decisão deste particular aspecto — fixada no MI nº 168 — afirmava a existência, em matéria de injunção, de pedidos que guardavam consigo uma relação de conteúdo e continente, a saber, aquele principal, expresso na pretensão de assegurar o direito fundamental obstado em seu exercício; no qual se conteria outro, reputado secundário, a saber, aquele que afirmaria a existência em si da omissão legislativa. Sob a perspectiva estritamente prática, isso significou afirmar que o pedido em matéria de injunção é um só — aquele de tutela do direito fundamental comprometido em seu exercício — figurando a avaliação quanto à ausência da lei como questão prejudicial de mérito.

A referida compreensão parece incompatível com a premissa, fixada, por sua vez, no MI nº 107 QO, que integrava o mandado de injunção no sistema de controle de constitucionalidade, orientado à aferição no caso concreto, da patologia constitucional consistente na violação ao dever de legislar. Se a via de ação se integra no referido sistema, secundarizar a aferição judicial que conclui pela efetiva existência da infidelidade constitucional revela-se contraditório enquanto resultado de interpretação.

É certo que a injunção destina-se — até pela sua abertura no que toca à legitimação ativa, e aos próprios termos do art. 5º, LXXI, CF — à tutela de direito subjetivo, individual ou coletivo. Disso não decorre, todavia, uma incompatibilidade intrínseca entre esse viés e o reconhecimento do caráter igualmente principal do pedido que envolve a análise da *inertia agendi vel deliberandi*. Têm-se, então, um novo personagem à procura de seu autor: o reconhecimento do caráter principal do pedido quanto à omissão legislativa — e, portanto, da solução judicial oferecida à sua superação.

E qual seria a importância desse personagem para o enredo?

Temática ainda sensível em matéria de injunção é aquela dos efeitos atinentes à sua decisão — se *erga omnes*, extraem-se ilações em relação aos limites e possibilidades de conteúdo do provimento jurisdicional a se expedir, vez que expressivo número de ministros compartilha o entendimento de que a fixação do critério normativo em caráter *erga omnes* importaria no exercício de função legislativa típica, com arranhão ao princípio do equilíbrio e harmonia entre os poderes.

O reconhecimento do caráter de pedido principal também à pronúncia da inconstitucionalidade da omissão apresenta-se, a rigor, como premissa para o desenvolvimento do raciocínio em torno dos efeitos em si da decisão, na medida em que se impõe localizar com precisão em que termos se analisa — e compõe — a problemática da ausência da norma reguladora do direito fundamental obstado em seu exercício. Afinal, só na hipótese de se ter a omissão legislativa como pedido específico — e distinto daquele atinente aos efeitos sobre a esfera individual de direitos do preceito constitucional não regrado — é que se poderia equacionar os efeitos do capítulo do dispositivo em que se afirma a inércia do Parlamento, e se proceda à indicação em abstrato dos critérios de solução oferecidos pela Corte no sentido da efetivação do direito fundamental bloqueado.

A questão não é adjetiva, mas está a envolver uma efetiva sistematização do instrumento processual que se cogita. A construção dessa garantia constitucional se tem dado excessivamente subordinada pelas circunstâncias dos casos concretos;²¹ e nesse sentido, de um lado não se logra conferir densidade ao instituto; de outro, olvida-se o seu possível papel num sistema de *judicial review*, mecanismo de controle do poder cujo objetivo não se resume à tutela do direito subjetivo em debate, mas também, e no mesmo nível de relevância, à correção das patologias do exercício do poder.

Em desabono a essa cogitação — de que a questão atinente à existência em si da omissão legislativa e a indicação do critério jurídico de solução constituam pedido autônomo —, têm-se manejado o argumento de que assim se estaria a empreender a uma abstrativização de um instrumento judicial destinado à *judicial review* no caso concreto, desnaturando-se o instituto,²² que, por seu próprio

²¹ A leitura dos debates nos MIs nºs 670, 708 e 712, atinentes ao exercício do direito de greve, evidencia uma preocupação consequencialista muito forte dos julgadores, com exercícios de prognose em relação a eventuais greves em vários segmentos do serviço público. De outro lado, o debate havido no MI nº 721 — no qual o que se tinha em consideração era aparentemente uma única aposentadoria de servidor público — foi muito mais sumariado, o que bem revela uma preocupação mais pragmática do que teórica.

²² Nesse sentido, BENVINDO. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. *Observatório de Jurisdição Constitucional*.

caráter mandamental, estaria a se distanciar desse possível resultado.²³ Essa parece, todavia, uma análise equivocada.

Do reconhecimento do caráter autônomo e objetivo do pedido, no que toca à afirmação da omissão legislativa, não decorrerá — naturalmente — qualquer conclusão inafastável em relação à parcela subjetiva da pretensão articulada na mesma injunção, vez que a fixação do critério normativo constitui condição necessária, mas não suficiente, para o exercício do direito subjetivo requerido. Segue diferenciada, portanto, a via de ação mandamental — destinada que é também à apreciação desses efeitos sobre a esfera subjetiva do critério jurídico de solução antes firmado — daquela ação de controle objetivo.

Ilustra essa subsistência do pedido de reconhecimento da projeção do critério jurídico de solução na esfera individual de direitos a recente decisão do mesmo STF, na análise da Reclamação nº 6568, cujo relator foi o Ministro Eros Grau, em que se sustentou que, não obstante o reconhecimento da possibilidade em si do exercício do direito de greve por servidores públicos, essa mesma conclusão admitia exceções no que toca a atividades relacionadas à proteção, à coesão social, à ordem pública e à segurança pública. Observe-se que, embora a decisão ora referida se tenha verificado nos autos de Reclamação, a matriz de raciocínio afirmando a viabilidade do exercício da greve em abstrato, mas a sua impossibilidade em concreto, traduz exatamente a preservação do viés de ação subjetiva, ainda que se admita o reconhecimento transcendente de um critério jurídico de solução acerca da possibilidade em si do exercício do direito de greve.

Da mesma forma, no campo da aposentadoria especial de servidores públicos que se dedicam ao exercício de função perigosa ou insalubre, a identificação do critério não implicará necessariamente na garantia do direito à jubilação — efeito material da sua aplicação que pode não se verificar dadas as circunstâncias pessoais do servidor em comento, que pode desatender a algum dos requisitos normativos e, com isso, não verá reconhecido o direito à aposentadoria.

A proposta que se apresenta, portanto, é no sentido de que se possa reconhecer que o mandado de injunção contenha, em verdade, uma indispensável cumulação de pedidos; o primeiro orientado à pronúncia da omissão legislativa em si com a indicação do eventual critério jurídico de solução aplicável; o segundo orientado à garantia do direito subjetivo reclamado tendo em conta o referido vazio normativo.

²³ MORAIS. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, p. 211-243.

Disso decorreria, sob a perspectiva processual, uma bipartição da prestação jurisdicional, que seria de caráter objetivo, no que toca ao pedido de pronúncia da omissão constitucionalmente relevante e à indicação do meio próprio de superação; e de caráter subjetivo, no que respeita à aplicação dessas premissas sobre a esfera individual de direitos do impetrante.

Prestigiar-se-ia, portanto, a dimensão de controle do poder, reconhecendo o caráter autônomo desse pedido, e a possibilidade de uma pronúncia em abstrato da infidelidade constitucional do legislador; tudo sem descurar do potencial da referida via de ação para a tutela de direito subjetivo.

Também aqui, o personagem, à procura do autor, revela-se mais rico do que os atores que vêm desenvolvendo o enredo. Mais ainda, a relatividade do palco-Corte não deve determinar um afastamento da realidade sobre a qual o mandado de injunção e os efeitos de sua decisão devam incidir.

4 Terceira personagem – Efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção

No tema dos efeitos em si da decisão, não se encontra no MI nº 721 maior aprofundamento: a matéria aparece cogitada brevemente no voto do Relator, Min. Marco Aurélio, como consectário da natureza de processo subjetivo da injunção — em contraposição ao caráter objeto da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão²⁴ —, mas não despertou maior discussão entre os membros da Corte.

Diferentemente, nos MIs nºs 670, 708 e 712, o debate foi intenso e provocado pela posição defendida pelo Min. Gilmar Mendes, relator do MI nº 708, que, evocando a experiência internacional, afirmou devesse ser de natureza *erga omnes* a decisão, sob pena de dedicar-se a Corte à repetição da mesma conclusão incessantemente;²⁵ e ainda considerando que, especialmente nas hipóteses de omissão parcial, a decisão acerca da existência do vazio ou insuficiência normativa

²⁴ Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo (MI nº 721, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 9).

²⁵ “Estamos aqui a dizer, neste mandado de injunção, que isso vai se aplicar aos demais casos. Tanto que não vamos, espero, nos pronunciar sobre outros casos idênticos; não ficaremos a fazer regulações específicas, porque essa decisão valerá, a meu ver, como eficácia *erga omnes*. No caso, na verdade, a chamada ‘proteção subjetiva’ se transmuda também num tipo de proteção objetiva” (MI nº 670. Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 139-140, grifos no original).

haveria de se dar com os aludidos efeitos, sob pena de se ter a permanência da aplicação de norma jurídica já declarada inconstitucional pela Corte (ainda que parcial o vício).²⁶ A divergência em relação à proposta do Relator se abriu a partir da referência expressa do Min. Carlos Brito no sentido de que a imputação de atuação substitutiva do Legislativo pelo STF se teria por afastada por não se cogitar da construção de decisão *erga omnes*.²⁷ No mesmo sentido, pelo efeito *inter partes* do que se decidia, manifestou-se o Min. Ricardo Lewandowski,²⁸ Min. Cármen Lúcia e o Min. Cezar Peluso.²⁹

O consenso culminou por se estabelecer em torno da afirmação de que a decisão de caráter constitutivo — que fixava o critério jurídico de regulação do exercício do direito de greve — haveria de se proferir com efeitos exclusivamente para o caso concreto, tendo em conta, dentre outros elementos, a circunstância de que o mandado de injunção destina-se não ao controle objetivo, mas à tutela de direito fundamental específico (individual ou coletivo).³⁰ Remanesce ainda hoje essa orientação³¹ — e disso decorrem efeitos nefastos, seja para a tutela desses mesmos direitos, seja para a atuação da Corte.

No tema específico do exercício do direito de greve, os mandados de injunção multiplicam-se — assim como as reclamações constitucionais, em que se aponta violação ao estabelecido nos *leading cases* já referidos. Mais recentemente, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal admitiu a existência de repercussão

²⁶ MENDES. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, p. 310-313; mais recentemente, MENDES. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *Observatório da Jurisdição Constitucional*.

²⁷ MI nº 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, voto do Min. Carlos Britto, p. 132.

²⁸ O registro se deu em esclarecimento ao seu voto original, solicitado por intervenção da Min. Cármen Lúcia (MI nº 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, voto do Min. Carlos Britto, p. 137).

²⁹ “É meu velho entendimento que a decisão do mandado de injunção significa edição de uma regra singular e concreta, isto é, de uma para o caso e para as pessoas vinculadas às relações desse caso” (MI nº 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, voto do Min. Cezar Peluso, p. 149).

³⁰ Consigne-se o entendimento minoritário de Marinoni, no sentido de que a decisão de procedência da injunção que aponta critério de solução revestir-se-ia sim de caráter vinculante, como decorrência direta da associação intrínseca entre *ratio decidendi* e dispositivo: “ora, o simples fato de ser precedente da Corte, incumbida de tutelar a Constituição, outorga-lhe a chamada eficácia vinculante, já que nenhuma decisão da Suprema Corte, por mera lógica, pode ser desrespeitada por Tribunal ou Juízo” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1090).

³¹ Há episódios isolados de novas manifestações da Corte, especialmente em sede de reclamação constitucional (Rcl nº 6200-0/RN, decisão da Presidência e Rcl nº 6568, Rel. Min. Eros Grau), em que o tema dos efeitos *erga omnes* da pronúncia de caráter constitutivo da Corte na fixação da regra objetiva de conduta vem mais uma vez à tona, sem que se possa, todavia, afirmar tenha se verificado qualquer modificação mais substantiva no entendimento do Colegiado.

geral na matéria tratada no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE nº 654432), que discute a legalidade, ou não, do exercício do direito de greve por parte dos policiais civis, diante da ausência de norma regulamentadora.

Também no tema da aposentadoria especial — onde já deliberou o STF com a indicação do critério jurídico de solução contemplado pela Lei nº 8.213/91 — a afirmação do caráter *inter partes* da decisão tem determinado o ajuizamento verdadeiramente crescente de mandados de injunção.³² Não obstante o uso da via de ação na sua modalidade coletiva, fato é que as hipóteses multiplicam-se, a ponto de determinar a apresentação pela própria Corte, da PSV nº 45,³³ que não obstante o parecer favorável da Comissão de Jurisprudência, em 02.09.2009,³⁴ não logrou ainda apreciação pelo Plenário.

É previsível a aprovação da proposição — tendo-se em conta especialmente sua origem, a saber, a própria Corte.³⁵ A incógnita reside no tempo que essa mesma apreciação estará a requerer, especialmente tendo-se em conta o expressivo envolvimento de entidades sindicais no referido processamento, com propostas de alteração de seu texto, e mesmo requerimento de oportunidade para a formulação de sustentação oral. Significa dizer que a iniciativa, pela própria abrangência do tema e pelos efeitos vinculantes que dela decorrerão, mobilizou os órgãos de representação das categorias interessadas, como o faria uma proposição legislativa comum, o que está a atrair para a deliberação da Corte o mesmo compasso daquela desenvolvida pela Casa de Leis, que, como se sabe, passa do *andante* ao *rallentando*, tendo em conta exatamente a sensibilidade que se venha a perceber em relação à matéria.

³² A consulta ao sítio do STF revela na subpágina de estatísticas, que o número de MIs julgados pela Corte “pulou” de 50, em 2007, e 52, em 2008, para 1030, em 2009, e 1341, em 2010, materializando, em boa medida, aquilo que se temia, que era a transformação do Supremo em instância decisora no varejo do tema das aposentadorias especiais.

³³ Eis o teor da proposta de súmula vinculante oferecida em 15.06.2009: “Enquanto inexistente a disciplina específica sobre aposentadoria especial do servidor público, nos termos do artigo 40, §4º da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 47/2005, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (artigo 57, §1º da Lei nº 8.213/91)”.

³⁴ Para mais detalhes sobre a PSV nº 45, consulte-se o respectivo andamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 1º maio 2012.

³⁵ O histórico das decisões em torno de PSVs e sua apreciação aponta uma franca preponderância daquelas cogitadas pela própria Corte sobre as originárias de outros legitimados, o que permite a prognose de uma possível aprovação futura, especialmente à vista do Parecer favorável já proferido na forma regimental (AJOUZ; VALLE. Segurança jurídica e ativismo judicial nas sumulas vinculantes. In: CARVALHO; VIEIRA. (Org.). *Direito e Constituição: democracia e Estado no século XXI*, p. 137-150).

Soa no mínimo curiosa a solução engendrada pela Corte. A partir da premissa de que não lhe caberia o desenvolvimento de função legislativa *stricto sensu*, constringiu-se o alcance da decisão proferida em sede de injunção para efeitos meramente *inter partes*, mas, ao mesmo tempo, propõe-se a aprovação de verbebo vinculante de súmula, cujo resultado concreto culminará por ser o mesmo da asserção dos efeitos *erga omnes* daquela mesma decisão. É certo que essa abrangência — todos os órgãos do Judiciário, e ainda a Administração Pública — é própria das súmulas vinculantes, e que o instrumento cogitado destina-se (em que pese as críticas doutrinárias) exatamente a gerar essa subordinação interna e externa à decisão da Corte Suprema, o que não se teria por tão evidente no que toca aos efeitos da decisão proferida em sede de injunção.

Parece oscilar a Corte entre o discurso da deferência entre poderes — o que estaria a lhe impedir reconhecer efeitos *erga omnes* à decisão em injunção — e aquele da vinculatividade de suas decisões, como se teria da análise do referido ARE nº 654432; ou ainda da aprovação da PSV nº 45. O resultado dessa estratégia revela-se, inequivocamente, paradoxal: a Corte, em sua decisão, não pretende constringir o Legislativo, mas sente-se inteiramente à vontade para valer-se dos institutos revestidos de vinculatividade para constringir os demais poderes — justamente aqueles que não estão em mora.

Vale o registro de que a matéria dos efeitos da decisão em *writ* de injunção se tem por disciplinada no Projeto de Lei nº 6.128/09,³⁶ que em seu art. 9º reafirma a posição tradicional da eficácia subjetiva limitada às partes, mas, em seu §1º, cria a alternativa de conferir-se eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração.

A matéria, todavia, parece permitir outra aproximação, a partir do reconhecimento de que a injunção é via processual que contempla em verdade — como acima já se afirmou — duas pretensões de equacionamento judicial de conflito, a saber: 1º) a afirmação de um vácuo legislativo que esteja a bloquear a possibilidade do exercício de um direito fundamental; e 2º) a tutela desse mesmo direito fundamental. Têm-se, portanto, um pedido de natureza objetiva (a proclamação da ausência da norma jurídica reclamada como condição para o exercício do direito), e outro de natureza subjetiva (o reconhecimento de efeitos jurídicos sobre

³⁶ Inteiro teor do referido Projeto de Lei, de autoria do Deputado Flávio Dino. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192>>. Acesso em: 11 jul. 2012. À época da redação do presente, o Projeto encontrava-se sob análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, desde 07.10.2009.

a esfera de direito individual do impetrante). Essa parece ser uma conclusão inescapável, a partir da própria constatação de que o fato acerca do qual se pronuncia a Corte, quando examina a efetiva omissão, é em si objetivo, e apresenta-se da mesma forma em relação a todos os virtuais exercentes do reclamado direito.³⁷

Da mesma forma, a cunhagem do critério jurídico de superação da inércia, obedecido o parâmetro de isonomia, estaria a reclamar aplicação homogênea — o que corrobora as virtudes do reconhecimento da coexistência de pedidos principais.

Finalmente, numa perspectiva pragmática — e esse não é de ser um ângulo desconsiderado pelo Direito —, o reconhecimento de pedido autônomo, objetivo (portanto, apto à geração de efeitos *erga omnes*), na injunção, implicaria o descabimento de impetrações supervenientes, que tivessem por fundamento a mesma *inertia agendi vel deliberandi*, evitando a transmutação da Corte Constitucional em justiça ordinária; reservando-se ao campo de reclamação constitucional o exame de eventuais disfunções no critério jurídico de solução fixado em anterior mandado de injunção.

Reclamar-se a mesma pronúncia, a cada qual dos *writs* de injunção — a saber, de que a norma jurídica que se apresenta como condição ao exercício do direito — importa em evidente redundância na prestação da jurisdição, que atenta, seja contra a eficiência, seja contra a própria efetividade do direito subjetivo justicializado, entendido sob uma perspectiva não do jurisdicionado individualmente considerado, mas sob a visão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que impõem ao Estado, por seus poderes (no que se inclui o Judiciário), deveres no que toca à sua máxima efetivação.

Uma vez mais, o que se está preconizando é que o viés de tutela a direito subjetivo, que é próprio da injunção, não seja levado ao extremo, abdicando-se da oportunidade de uma atuação corretiva dos desvios do poder, que é própria, por sua vez, da *judicial review* em sentido estrito.³⁸

³⁷ Para um relato de decisões anteriores da Corte em que se reconheceu, em alguma medida, transcendência das conclusões atinentes à afirmação da inexistência da norma reguladora, consulte-se Vanice Regina Lírio Valle (*A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao Mandado de Injunção*, p. 222-229).

³⁸ Consulte-se ainda a interessante abordagem de Hachem, explorando as implicações da tutela à inafastável dimensão objetiva dos direitos fundamentais e respectivos deveres jurídicos de proteção, para sustentar igualmente um potencial mais amplo ao conteúdo do provimento jurisdicional em injunção (HACHEM. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, p. 129-166).

A via de ação que se cogita é híbrida, exigindo a coexistência de um olhar de processo civil em sentido estrito, e também da perspectiva jurídico-política que é própria à jurisdição constitucional.

5 Quarta personagem – Viabilidade de enunciação de um critério de solução que inove no mundo normativo

Esse parece — mantida a metáfora de Pirandello — o personagem que revelou maior capacidade de convencimento ao Diretor, incorporando-se ao enredo do controle difuso da omissão constitucional, ainda que não sem dificuldades. Disso dá conta o recente julgamento dos MIs nºs 943, 1010, 1074 e 1090, que versavam sobre a ausência ainda da norma reguladora do aviso prévio proporcional devido aos trabalhadores, na hipótese de despedida imotivada (art. 7º, XXI, CF). A matéria já fora submetida à Corte anteriormente, com a afirmação da inexistência de mora legislativa, já que, à míngua da regulação, aplicava-se o mínimo contido no preceito constitucional. Retornando o tema à apreciação do STF, após o voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, evocando os precedentes em que a Corte avançou no exercício da função normativa, sobrevieram propostas de fixação do critério possíveis de proporcionalização do aviso prévio — já que, diferentemente do que se passara com os precedentes anteriores, inexistia norma jurídica cuja aplicação “extensiva” pudesse viabilizar o exercício do direito frustrado no seu exercício pela ausência de norma reguladora. Os parâmetros cogitados na sessão de julgamento foram diferenciados entre si, o que culminou por determinar, a pedido do próprio Relator, a suspensão do julgamento enquanto se aprofundava o estudo das alternativas, tendo em conta inclusive que qualquer solução para os casos concretos hoje debatidos acabará se projetando para além deles.³⁹

Da sinalização empreendida na sessão de julgamento acerca dos possíveis fatores de proporcionalização da indenização ao tempo de serviço a serem fixados pela decisão judicial em construção, resultou finalmente a aceleração do processo legislativo que já se vira há tempos deflagrado, apreciando-se o Projeto de Lei de autoria do Deputado Paulo Paim, com a promulgação da Lei nº 12.506, de outubro

³⁹ Consulte-se no sítio do próprio STF, segmento “Notícias”, a chamada “STF admite fixar aviso prévio proporcional ao tempo de serviço”, publicada em 22 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08 maio 2012. Registre-se a sempre presente percepção do Min. Gilmar Mendes de que, ainda que não se afirme formalmente os efeitos *erga omnes* da decisão cunhada em MI, ainda que exclusivamente no capítulo que indica o critério jurídico de disciplinamento do direito reclamado, a reprodução da solução criada para um caso revela-se inevitável, até mesmo como consectário da isonomia.

de 2011⁴⁰ — solução que, independentemente do mérito da cláusula finalmente objeto de aprovação congressual, reverencia na íntegra a Constituição, seja porque parametriza a reparação ali cogitada, seja porque essa atividade se deu, ainda que “impulsionada” pela Corte, por intermédio daquele braço especializado de poder que efetivamente haveria de se dedicar a isso, a saber, o Poder Legislativo.

Também aqui não se tem, a rigor, uma situação totalmente inédita — mas a repetição de um exercício de “sensibilização” do Legislativo que já se registrava na história do STF. Assim é que no julgamento do já citado MI nº 232, em que se buscava a norma reguladora do procedimento necessário ao reconhecimento da condição de entidade de assistência para fins de dispensa do dever de recolhimento de contribuições em favor da seguridade social, verificou-se situação assemelhada. Naquela ocasião, conduzido pelo voto do Ministro Moreira Alves, assinalou o STF prazo para a colmatação do vazio normativo, sob pena de reconhecer-se à impetrante a condição de entidade de assistência, independente da análise de quaisquer requisitos — a essa altura, indevidamente não enunciados pelo Legislativo.

Consigne-se que a hipótese afigura-se, sob o ponto de vista estritamente pragmático, como um passo além da sugestão já presente na doutrina, do emprego da técnica do apelo ao legislador como alternativa de provimento jurisdicional em injunção.⁴¹ Afinal, aqui não se cogita tão somente da antecipação de uma futura possível pronúncia de inconstitucionalidade como possível impulsionamento da decisão legislativa — afinal, essa antecipação contém sempre um elemento de indeterminação e prospectiva, já que essa futura pronúncia, sujeita ao princípio da inércia, como de resto toda a jurisdição, pode nunca acontecer. Não se pode desconsiderar que é inerente à atividade do Legislativo esse balanceamento de plausibilidade e consequências — e certamente o caráter futuro e indeterminado da consequência não terá grande condão modificativo sobre uma escolha anteriormente empreendida pelo Legislativo de manter-se inerte como a estratégia, para ele, menos onerosa.

⁴⁰ O critério legislativo finalmente fixado — um mínimo de 30 dias, mais 3 dias por ano de serviço até o máximo de 60 dias — parece mais severo para o trabalhador que as alternativas cogitadas pelos Ministros Marco Aurélio (além dos 30 dias, mais 10 dias de trabalho por ano de serviço) e citadas pelo Ministro Luiz Fux (colacionando experiências internacionais, aludiu a fórmulas que poderiam chegar a 4 ou 6 meses totais de reparação).

⁴¹ PEDRA. Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, p. 181-210.

Embora pareça simples a recepção dessa personagem — depois de já se ter reconhecido como possível a enunciação em abstrato de critério normativo pela Corte —, o próprio exemplo dos MIs nºs 943, 1010, 1074 e 1090 revela não se cuida de decisão desprovida de perplexidades. Isso porque, especialmente na ausência de um critério legislativo prévio, a cunhagem de uma solução estará a envolver justamente uma atividade de exploração de alternativas e mensuração de sua viabilidade prática, política e econômica, que não é própria da Corte Constitucional. A escolha transcende, afinal, os limites da decisão jurídica propriamente dita, e melhor lugar teria num contexto de policentrismo,⁴² com a participação de outros segmentos e atores sociais certamente implicados na referida escolha pública. Todavia, a casuística sugere que, por vezes, o esforço de construção do parâmetro regulador, ainda que construído a partir de uma perspectiva originariamente juricêntrica, pode se revelar significativo no impulsionamento do Legislativo para a deliberação, a qual, muitas vezes, é paralisada não à conta exclusivamente das dificuldades do processo legislativo, mas também, se não principalmente, por força dos ônus políticos na formulação da decisão.⁴³

A hipótese está a envolver uma nova dimensão da cláusula constitucional que preconiza equilíbrio e harmonia entre os poderes, reconhecendo nela não um bloqueio da atuação de um braço especializado na área própria do outro, mas sim uma capacidade ativa de induzir a atuação, tendo em conta inclusive o contexto que possa estar determinando a paralisia.⁴⁴ Observe-se que disso não resulta a recomendação ao exercício desenfreado de uma jurisdição substitutiva dos juízos de deliberação exigíveis dos demais braços especializados de poder, mas sim uma busca criativa de tutela jurisdicional que, a um só tempo, tenha em perspectiva a proteção ao direito subjetivo em questão, mas também, como é próprio das

⁴² Political Mobilization and the Promise of Socioeconomic Rights. *Cleveland-Marshall Legal Studies Paper*.

⁴³ É de Dixon o apontamento de causas possíveis à inação legislativa, classificadas em duas categorias principais, a saber, *blind spots* e preferência pelo *burden of inertia* Rosalind Dixon (Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited (2007). *International Journal of Constitutional Law*). Na primeira das hipóteses, o legislador não percebe a necessidade da sua atuação — seja porque a Constituição não o reclama claramente, seja porque o dever de legislar decorre de não recepção, seja porque a hipótese envolva violação à isonomia. Já na segunda hipótese, o dever de agir é claro para legislador — todavia, a sensibilidade do tema conduz a uma preferência por suportar o ônus da inércia, ao invés do custo político de uma decisão espinhosa.

⁴⁴ Não se pode deixar de consignar que, no caso da greve de servidores públicos, não obstante os protestos do Legislativo na ocasião, até hoje não se alcançou a disciplina parlamentar da matéria, o que evidencia que o ônus da inércia revela-se ainda menos pesado ao Congresso do que a espinhosa construção do direito à paralisação dos servidores públicos.

ações típicas de *judicial review*, prestigie a preservação da estrutura constitucional também no que toca ao regular desenvolvimento das funções do poder.

A intervenção — excepcional e provisória —, no domínio legislativo, pode gerar, como resultado definitivo, a superação da inércia, com o que a um só tempo se tem não só tutelado o direito subjetivo que deu causa à judicialização, mas também o funcionamento regular do Parlamento, e esse sim é o resultado constitucionalmente desejável. Essa foi a inspiração que levou a Corte a superar a premissa do MI nº 107 QO; e há de inspirar o Diretor a reconhecer as potencialidades para o bom desfecho do enredo, da nova personagem.

6 Quinta personagem – Parametrização da indispensável atuação legislativa

Quinto elemento em que se pode avançar no processo de criação do mandado de injunção envolve, em verdade, o aprofundamento teórico dessa nova relação de *checks and balances* que também em sede de injunção é de se desenvolver entre Judiciário e Legislativo.

O que se tem afirmado em matéria de controle da omissão legislativa — especialmente a partir da virada de compreensão da Corte Suprema em matéria de injunção — é que a atuação judicial se justifica, ainda que de caráter excepcional, para assegurar a efetividade da Carta de 1988, num quadro em que a inação legislativa conduz diretamente à violação de direito fundamental. A ação, portanto, é de controle, como é próprio da *judicial review*; e dela pode decorrer a intervenção, em função em princípio reservada a outra esfera de poder, na exata medida necessária à recondução ao estado de normalidade constitucional.

O fenômeno que se busca coibir com o processamento da injunção é a paralisação de direitos em decorrência da ausência de deliberação do legislativo. Importante ter-se claro, todavia, que a própria existência em si do dever de deliberar pode não se revelar clara para o Parlamento.

A busca de formação de consenso no curso do processo de constitucionalização pode se revelar espinhosa — especialmente tendo em conta as dificuldades inerentes à transição política ali em desenvolvimento. Disso decorre que o adiamento das decisões políticas, deferindo-as a ulterior configuração legislativa, afigura-se como uma estratégia legítima⁴⁵ de deliberação, e utilizada com frequência na história do constitucionalismo.⁴⁶

⁴⁵ SUNSTEIN. Constitutional agreements without constitutional theories. *Ratio Juris*.

⁴⁶ DIXON. Deciding not to decide: deferral in constitutional design. *International Journal of Constitutional Law*, p. 636-672.

Se isso já se afirmava de início, com a promulgação ainda recente da Constituição — afinal, nem só nas hipóteses em que o texto reclame expressamente a edição de lei ter-se-á a omissão legislativa constitucionalmente relevante —, com muito maior razão é de se dizer com a consolidação da prática da jurisdição constitucional. Assim é que a eventual ausência de norma reguladora pode se revelar não a partir da literalidade do texto da Constituição, mas pela própria evolução da sociedade e da reconfiguração das relações que em seu seio se dão.

Hipótese recente e emblemática é aquela examinada na ADPF nº 132, em que se postulou a oferta de interpretação conforme aos termos do art. 1723 do Código Civil, para reconhecer a aplicabilidade do regime jurídico da união estável àquelas que não se constituíam a partir do binômio homem-mulher. Ali, a proteção a direito fundamental dos parceiros em união homoafetiva estaria a reclamar ou uma atuação legislativa expressa, reconhecendo esse mesmo regime jurídico também àquelas fundadas na homoafetividade, ou ainda o empréstimo (e esse era um dos pedidos) de uma interpretação conforme a Constituição deste mesmo dispositivo da lei civil.

Observe-se que a configuração em si de um dever de legislar não se apresentava clara — seja porque o texto constitucional não exigia disposição legislativa no tema, seja porque o efeito protetivo que se estava a buscar eventualmente se poderia alcançar por simples processo interpretativo. Tanto o cenário era nebuloso que o arguente, *ad cautelam*, optou pela estratégia mais segura — ajuizou a ação subsidiária —; e a Corte entendeu devesse examinar a temática sob o regime de processamento da ADIn.

Esse tipo de situação — onde o dever institucional de agir não se tem por evidenciado — é qualificado por Dixon⁴⁷ como *blind spot*; um ponto cego no horizonte de compreensão do Legislativo em relação a seus deveres de agir, que pode estar a envolver o imperativo em si de atuação, mas também os parâmetros que uma adequada interpretação constitucional esteja a propor para essa regulação.

Outra explicação possível para a omissão legislativa — destaca ainda Dixon — estará a envolver o que se denomina *burden of inertia*; significa dizer, uma ponderação empreendida pelo Legislativo entre as vantagens e desvantagens de atuar na disciplina de matérias sensíveis, social ou politicamente. Aqui se tem uma patologia constitucional de ainda mais difícil solução, vez que não se cuida tão somente de má percepção da realidade — no sentido de que não se tenha claro o imperativo de deliberar —; o fenômeno envolve uma vontade dirigida à inércia.

⁴⁷ DIXON. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited (2007). *International Journal of Constitutional Law*, p. 391-418.

Para ambas as hipóteses, a alternativa de uma decisão judicial que, mais do que afirmar a existência do dever de legislar, aponte os parâmetros constitucionais de disciplina da matéria, afigura-se útil — se não desejável, e em qualquer dos possíveis fundamentos para a omissão até então configurada.

Para as situações que envolvam efetivamente um ponto cego de regulação, a indicação dos parâmetros constitucionais a serem considerados contribuirá, de certo, para a qualidade do instrumento normativo que se venha a desenvolver — e esse tipo de auxílio parece pertinente e recomendável para um legislativo que não tenha, a partir de sua própria compreensão constitucional, sequer identificado a necessidade de atuar na regulação. Esse tipo de indicação, pelo Judiciário, dos limites do possível à futura deliberação parlamentar nada mais é do que reflexo do papel posto à Constituição, que, na lição de Grimm,⁴⁸ não é objeto, mas sim premissa das decisões políticas.

Já nas ocasiões em que a inércia legislativa seja creditada à referida “opção estratégica” — melhor ser acusado de paralisia do que sofrer os ônus de uma decisão controvertida —, ainda aqui o balizamento de uma regulação pode contribuir para reverter-se a avaliação dos ônus que recaiam sobre esse legislador inativo, seja porque a essa altura se possa partilhar os custos políticos com a Corte,⁴⁹ seja porque diante de um determinado perfil de regulação cogitado pelo Judiciário, ao Legislativo pode parecer mais interessante retomar o controle do processo e assegurar um outro resultado.⁵⁰

O precedente que se pode apontar em que esse tipo de consideração dos parâmetros de decisão ao Legislativo se tenha apresentado minimamente é aquele cunhado na ADI nº 3682, Rel. Min. Gilmar Mendes, em que a afirmação da inércia legislativa na regulação do art. 18, CF, veio acompanhada da referência inclusive em ementa: “a omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, §4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração

⁴⁸ GRIMM. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 32.

⁴⁹ Sublinhando as relações de deferência recíproca que entre si mantém Judiciário, Legislativo e outros agentes políticos eleitos, Graber destaca que o recurso à composição jurisdicional do conflito pode decorrer de uma opção política de evitar a concretização de uma decisão difícil, ou ainda como um caminho para alcançar objetivos que não poderiam ser alcançados pelo exercício aberto e transparente da política legislativa e eleitoral (GRABER. *The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the judiciary. American political development*, p. 37).

⁵⁰ Interessante abordagem das reações legislativas às pronúncias do STF em sede de *judicial review* apresentada por Pogrebinski, em pesquisa empírica em que se examina a relação entre as referidas decisões judiciais e a apresentação/decisão de proposições legislativas responsivas ao juízo de censura formulado (POGREBINSKI. *Judicialização ou representação?*, 2011).

da lei complementar federal”.⁵¹ A estratégia, todavia, não se viu repetida na casuística da Corte — possivelmente, por ausência de um *case* que permitisse essa mesma indicação.

Em verdade, o desenvolvimento de funções especializadas no poder em bases dialógicas,⁵² mais do que uma tendência no campo da ciência política, revela-se a única forma possível de reverência à Constituição na sua inteireza, significa dizer, não só no preceito em si que assegura o direito reclamado, mas também do sistema constitucional como um todo, nisso se compreendendo as relações de interdependência entre os direitos fundamentais, e ainda com a arquitetura do poder. E essa parece ser uma perspectiva preferencial a se adotar, tendo em conta a “solidariedade activa de todos os órgãos de produção e aplicação do direito”,⁵³ que se tem reclamada por um mesmo direcionamento funcional, aos braços especializados de poder — todos eles —, a partir do compromisso constitucional com a ideia-força da dignidade da pessoa.

A novidade do personagem está no reconhecimento de que a enunciação do critério jurídico de solução possa se dar em base de colaboração recíproca — Judiciário subsidiando o Legislativo com os limites constitucionais à sua reclamada atuação —, sem que nisso se veja indevida invasão de atribuição; ao contrário, o que se tem é uma atuação preventiva no que toca à delimitação do espectro de possibilidades postas ao Legislativo, tudo isso concorrendo para a segurança jurídica, valor igualmente intrínseco ao Estado Democrático de Direito.

Evidentemente, ao Legislativo, por sua vez, caberia deliberar e, na hipótese de afastamento dos parâmetros traçados pelo Judiciário, empreender a justificação de sua escolha, o que, por sua vez, permitiria novo crivo judicial, num processo contínuo de deliberação e crítica quanto aos limites e possibilidades da deliberação democrática.

⁵¹ É de se consignar que, não obstante a recomendação judicial no sentido da superação da omissão legislativa identificada pela ausência da lei complementar reclamada pela EC nº 15, de 12.09.1996 — e de que nessa deliberação se tivesse em conta a questão material das deliberações políticas de criação, fusão e desmembramento de municípios havidos no vácuo legislativo —, o único resultado concreto foi a edição da EC nº 57, de 18.12.2008, que justamente buscava a convalidação dessas últimas operações, sem que se tivesse avançado no que toca à lei complementar ausente.

⁵² Explorando o desenvolvimento da prática do diálogo institucional como um meio possível de prevenção ao ativismo judicial menos comprometido com a efetividade de direitos fundamentais e mais focado na ocupação de espaço político de decisão, consulte-se Cecília de Almeida Silva *et al.* (*Diálogos institucionais e ativismo*), e mais recentemente Rodrigo Brandão (*Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*).

⁵³ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 27.

7 Sexta personagem – Reconhecimento legislativo de uma realidade que a Constituição reserva ao domínio da deliberação democrática

Até aqui se vem lançando mão da metáfora de Pirandello, vez que as alternativas cogitadas de alcance e sentido para o mandado de injunção constituem-se personagens desse enredo da concretização constitucional que decerto, foram vistos, ainda que de relance, nos primeiros debates acerca do conteúdo e limites do instituto. A visão mais conservadora da Corte no conhecido precedente fixado no MI nº 107 QO foi o abandono destes personagens por seu autor — afinal, a Corte Constitucional, intérprete do querer do Texto Fundamental, afirmava que aquelas “figuras dramáticas” não tinham lugar no espetáculo da efetividade constitucional.

Mas como se vem demonstrando, o Diretor se vê confrontado por esses mesmos personagens — que vivos e plenos de potencial para concorrer em favor da aludida efetividade constitucional, não se conformam com sua exclusão, e voltam à cena pelas mãos da cidadania, que reitera, incansavelmente, os mesmos temas e pedidos, evidenciando que os velhos atores não se revelam aptos a conduzir o drama até o seu final.

Curiosamente aqui, é o real autor da trama (afinal, este enredo começa no momento fundante da sociedade brasileira redemocratizada) quem pressiona o Diretor a acolher os personagens — que tem tanta ou mais substância que os atores que ordinariamente participam do espetáculo.

São os personagens à procura de um autor que têm proposto ao Diretor outras vivências, outra densidade na visão dos episódios em curso; e é nesse contexto que se apresenta a sexta e última personagem: afirmação da importância do reconhecimento legislativo de uma realidade que a Constituição reserva ao domínio da deliberação democrática.

Já se sustentou, a partir das conhecidas características do neoconstitucionalismo,⁵⁴ que confluindo sobre o juiz as demandas de satisfação de interesses que não encontrem outro canal de acesso no sistema institucionalizado de poder, apresente-se o Judiciário em alguma medida como veículo de representação política⁵⁵ — instância última em que se busque a garantia das ofertas constitucionais.

⁵⁴ BARROSO. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*.

⁵⁵ THURY CORNEJO. *Juez y divison de poderes hoy*, p. 258.

De outro lado, é de Grimm⁵⁶ a advertência quanto ao risco de que, diante do escasso grau de precisão das normas constitucionais materiais, os Tribunais assumam tarefas de configuração política e, desse modo, perturbem os nexos de responsabilidade democrática.

Essa constatação de um inevitável viés político na construção de decisões em sede de *judicial review* — especialmente aquelas em que o fenômeno que se intenta retificar é a inércia — há de provocar uma análise, sob as mesmas lentes, dos resultados reais de reconhecimento, de uma decisão judicial que, substituindo-se de maneira contingente ao Legislativo, não tenha em conta as implicações democráticas do não reconhecimento de uma determinada realidade e de seu possível equacionamento jurídico pelo Parlamento.

Já se teve oportunidade de assinalar que o adiamento de uma decisão do momento constituinte, para o exercício ordinário do jogo político, constitui-se técnica legítima e comum — que traça, todavia, para o Legislativo, um dever de agir que, muitas vezes, tem-se até mesmo expressamente referido no texto constitucional. Isso significa o reconhecimento da necessidade de uma futura decisão dessa mesma sociedade, por seu órgão originário de representação, em relação a uma determinada matéria em relação à qual não se alcançou consenso no momento fundante, ou que se entendeu não fosse própria à Carta.

Observe-se que esse tipo de opção envolve o reconhecimento de um canal legítimo de deliberação — reforçando aquele que já seria o caminho natural da formulação de regras gerais e abstratas de condutas a regerem uma determinada sociedade. E essa indicação da arena própria de decisão não se dá ociosamente, mas porque é ali que se entende que se expressa a voz do povo, que há de avaliar ou reprovar condutas, estabelecer consequências jurídicas e, com isso, configurar as relações de convívio social.

Cuida-se aqui de uma abordagem que tem em conta as implicações democráticas de uma atuação substitutiva, em tema que a própria Constituição, que estrutura e organiza o poder, reserva à deliberação parlamentar — e normalmente isso assim o é exatamente pela circunstância de que o tema compreende aspectos sensíveis, difíceis, que não de ser apreciados por uma arena revestida de legitimidade popular. Ainda que se possa ter em conta que a atuação da Corte se revele eficaz à tutela do direito fundamental que dá causa à demanda, é possível perceber que a atuação parlamentar se apresentará como a afirmação institucional, pelo canal próprio de deliberação, dos termos em que essa sociedade entende um determinado tema sensível.

⁵⁶ GRIMM. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 37.

Exemplo marcante nesse tipo de abordagem se tem a partir da já citada ADPF nº 132, em que se proclamou, por decisão judicial, a viabilidade jurídica das uniões homoafetivas. Trilha distinta adotou-se, no mesmo e exato tema, na decisão do chamado Caso Fourie,⁵⁷ na Corte Constitucional da África do Sul, onde, não obstante a afirmação pela Corte da inconstitucionalidade de instrumento legislativo local que bloquearia o reconhecimento jurídico às uniões homoafetivas, decidiu-se pela devolução da matéria à análise parlamentar, fixando-se o prazo de um ano para tal desenlace, restando de já acertado que o descumprimento desse consignado dever de deliberação resultaria na aplicação da interpretação constitucional pró uniões homoafetivas que ali se desenvolvera.

Uma síntese do argumento — no que importa a este novo personagem que se apresenta em cena — tem-se no parágrafo 138 da referida decisão:

Esse é um tema revestido de profunda sensibilidade pública e privada. Eu acredito que o Parlamento está apto a encontrar os melhores meios para assegurar que casais de mesmo sexo sejam retidos do limbo jurídico. A lei não pode automaticamente, e por si só, eliminar estereótipos e preconceitos. Ainda assim, ela serve como uma grande professora; estabelece normas públicas que são assimilados na vida diária, e protege aos vulneráveis de uma marginalização injusta e do abuso. É preciso recordar que não só as Cortes são responsáveis pela reivindicação dos direitos assegurados no *Bill of Rights*. O Legislativo está na linha de frente neste tema. Uma de suas principais funções é assegurar que os valores da Constituição, conforme estabelecidos no Preâmbulo e Seção I, permeiem todas as áreas do Direito.

Esta é uma abordagem que propõe outra aproximação às relações entre Judiciário e Parlamento, que tem em conta não a perspectiva da deferência (muitas vezes equivocadamente identificada com subordinação), mas sim aquela da fidelidade com o ideal democrático, e a tarefa permanente de construção da identidade do sujeito constitucional.⁵⁸

Reconhecimento legislativo de uma realidade, mais do que reduzir a discricionariedade do judicial — o que se revela, na construção de Streck,⁵⁹ uma questão de democracia —, envolve uma outra dimensão da dignidade da pessoa, que compreende o seu reconhecimento formal, como sujeito de direitos, pela mesma

⁵⁷ Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).

⁵⁸ ROSENFELD. *A identidade do sujeito constitucional*, p. 44.

⁵⁹ STRECK. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*, p. 87.

via representativa que rege as relações jurídicas mais tradicionais ou conhecidas. Desloca-se, assim, a apreciação do tema da dimensão da luta por espaço político entre Legislativo e Judiciário para conferir-se a este último o poder-dever de reclamar do primeiro, a construção do consenso possível que se possa traduzir em lei.

Importante ter por claro que na referida decisão no caso *Fourie* — tendo em conta a continuidade da inércia como possibilidade real — a Corte ofereceu solução alternativa, qual seja, a da aplicação, a partir daquele momento prospectivo, dos parâmetros que se cunhara na decisão. Significa dizer que, a um só tempo, tinha-se por declinado o balizamento que se deveria aplicar à atuação Parlamentar — num exercício de antecipação de efeitos, como se deu no caso brasileiro no tema do aviso prévio proporcional — e ainda um cenário de solução para o problema que não reclamaria nova intervenção judicial, salvo imputada inconstitucionalidade atribuída à norma que viesse a ser editada.

Sem dúvida, está-se diante de personagem inovador, especialmente quando se considera o mandado de injunção, nos termos da sua aproximação original, como instrumento de garantia de direito subjetivo atingido pela inefetividade de norma constitucional assecuratória de direito fundamental. Todavia, outra não parece ser a conclusão possível, se não aquela no sentido da necessária oxigenação, também do processo civil clássico, por força das imposições do neoconstitucionalismo.⁶⁰

A casuística está, todavia, a evidenciar que, no tratamento da injunção sob essa perspectiva — com os velhos atores da teoria do processo individual —, o resultado é o apequenamento das potencialidades do instituto, a proteção deficiente a esses mesmos direitos fundamentais e o eventual reforço a vícios de comportamento de parte do Legislativo na apreciação especialmente dos ônus da inércia. É preciso avançar de forma construtiva, a partir dos passos já desenvolvidos, e, nesse sentido, urge que as personagens aqui identificadas encontrem seu autor.

8 O desafio do Diretor – The show must go on

Muito se tem avançado num viver da Constituição que se afasta do *maistream* de pensamento que ainda vigia em 1988, seja quanto ao constitucionalismo, seja quanto à *judicial review*. A tarefa, todavia, de vivificação de um texto constitucional envolve construção e reconstrução permanente, aproximação daquele dever-ser do texto, com a facticidade, e repondo novos horizontes de identidade

⁶⁰ Nesse tema, consulte-se CAMBI. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*.

constitucional. Isso remete o direito, tanto afeito à estabilidade como valor central, a um cenário de ininterruptas mudanças.

A incorporação, de outro lado, dos compromissos valorativos e da ideia central da dignidade da pessoa tem levado a uma predominância nas cogitações quanto aos fins, sem que se dedique maior elaboração aos meios.

O protagonismo judicial que hoje se tem denunciado por boa parcela da doutrina nada mais significa do que uma percepção social da existência de patologias no poder, que não se revela apto a corresponder às expectativas da sociedade, seja na disciplina de suas relações privadas (que descambam para a litigiosidade por insuficiência de referenciais regulatórios), seja no cumprimento dos deveres do Estado decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Se de mau funcionamento do poder se cuida, de restauração ou aperfeiçoamento dos mecanismos desejados de agir cratológico — sem prejuízo da tutela à situação subjetiva apresentada —, deve-se cogitar um pensamento sistêmico das potencialidades do mandado de injunção. A experiência internacional no campo da *judicial review* permite, nesse aspecto, o desenvolvimento de um saudável cosmopolitismo judicial⁶¹ que propicie uma construção coletiva de inteligência.

Importante, nesse processo de reconciliação entre os personagens e o Diretor, é que não se olvide — ainda na metáfora — que o que eles procuram é um autor. E se o autor da Constituição que lhes inspira na essência é o povo, a construção da sua interpretação não é reserva do Judiciário.

O tema da injunção é exemplo típico de que a doutrina, diante de uma posição conservadora inicial do STF, acomodou-se com a negação às potencialidades do instituto. Foi a Corte que, num importante exercício de autocrítica, reformulou seu pensamento, em louvável *overruling* da prática anterior. Cumpre agora a essa mesma doutrina prosseguir no pensamento sistematizador, assumindo seu possível papel como autor dos referidos personagens.

Injunction Writ, a Play in Progress – Six Characters Searching for an Author

Abstract: The turning point in the Supreme Court's jurisprudence related with the injunction writ, with the deliverance of its ruling in MI 670, 708 and 712 presented itself as a definitive solution to the tormenting problem of legislative inertia, when it comes to fundamental rights. The following cases presented to the Court — especially, the recent MI 943, 1010, 1074 and 1090

⁶¹ ZAGREBELSKY. Jueces constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, p. 1135-1151.

— in fact, underline that the already mentioned precedents should be seen as the first act of an ongoing play, that is still far from its end. This article presents six aspects, which the recent jurisprudence of the Court has yet to elaborate theoretically — leading to a still unfinished constitutional theory about controlling legislative omission that blocks the effectiveness of the Constitution. These six themes, nevertheless ignored by the Court, are present and alive in the cases brought to judicial review; and just like in Pirandello's play, are the same as characters in the search of an author — someone who could bring them to life in the universe of constitutional adjudication.

Key words: Injunction writ. Fundamental rights. Legislative inertia. Uncomplete constitutional theory.

Referências

- AJOUZ, Igor; VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Segurança jurídica e ativismo judicial nas sumulas vinculantes. In: CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas (Org.). *Direito e Constituição: democracia e Estado no século XXI*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011. p. 137-150.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<https://direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 mar. 2012.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. *Observatório de Jurisdição Constitucional*, ano 5, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/597/400>>. Acesso em: 13 jul. 2012.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. Prefácio Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIXON, Rosalind. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited (2007). *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Journals, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1536716>>. Acesso em: 07 maio 2012.
- DIXON, Rosalind. Deciding not to decide: deferral in constitutional design. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 3/4, p. 636-672, 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general: Derecho comparado: El caso español*. Madrid: Civitas, 1998.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 9, n. 34, p. 46-61, jan./mar. 1986.
- FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 257-337, Dec. 2005.
- GRABER, Mark. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the judiciary. *American Political Development*, v. 7, p. 35-73, Spring 1993.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Estudio preliminary Antonio López Pina. Madrid: Trotta, 2006.

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 3, 2009/2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/view/37>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

MORAIS, Carlos Blanco. Direitos sociais e controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 211-243, out./dez. 2011.

PEDRA, Anderson Sant’Ana. Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 181-210, out./dez. 2011.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

POGREBINSCHI, Thamt. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAY, Brian. Policentrism, Political Mobilization and the Promise of Socioeconomic Rights. *Cleveland-Marshall Legal Studies Paper*, n. 08-154, p. 151-200, Dec. 9, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1098939>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. Constitutional Court. Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005). Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y activismo judicial, la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 13(1), p. 75-107, p. 75-107, ene./jun. 2011.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUNSTEIN, Cass. Constitutional agreements without constitutional theories. *Ratio Juris*, v. 13, Issue 1, March 2000.

THURY CORNEJO, Valentin. *Juez y divison de poderes hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdiccional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise de jurisprudência do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 33-59, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Prefácio José Ribas Vieira. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio. *A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año 39, n. 117, p. 1135-1151, sept./dec. 2006.

Tabela de Decisões citadas

Processo	Referência
ADI nº 3682	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3682. Governador do Estado do Rio de Janeiro <i>versus</i> Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Acórdão em 05.05.2011.
ADPF nº 132	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso <i>versus</i> Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Acórdão em 09.05.2007.
MI nº 107	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107 (Questão de Ordem). José Emídio Teixeira de Lima <i>versus</i> Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão em 23.11.1989.
MI nº 168	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 168. Humaitá S/A Comércio e Indústria <i>versus</i> Departamento Nacional de Estradas de Rodagem. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão em 21.03.1990.
MI nº 232	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Centro de Cultura Professor Luiz Freire <i>versus</i> Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão em 02.08.1991.
MI nº 670	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670. Sindicato dos Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo <i>versus</i> Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Correa. Redator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. Acórdão em 25.10.2007.
MI nº 708	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708. SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa <i>versus</i> Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Acórdão em 25.10.2007.
MI nº 712	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP <i>versus</i> Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Acórdão em 25.10.2007.
MI nº 721	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721. Maria Aparecida Moreira <i>versus</i> Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão em 30.08.2007.

(continua)

MI nº 943	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 943. Raimundo Nonato de Almeida <i>versus</i> Vale S/A e Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Suspenso o julgamento em 22.6.2011.
MI nº 1010	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 1010. Luiz Vieira Santos <i>versus</i> Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Suspenso o julgamento em 22.06.2011.
MI nº 1074	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 1074. José Geraldo da Silva <i>versus</i> Congresso Nacional e Vale S/A. Relator: Min. Gilmar Mendes. Suspenso o julgamento em 22.06.2011.
MI nº 1090	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 1090. Jonas de Melo Júnior <i>versus</i> Congresso Nacional e Vale S/A. Relator: Min. Gilmar Mendes. Suspenso o julgamento em 22.06.2011.
Recl. nº 6568	BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 6568. Estado de São Paulo <i>versus</i> Vice-Presidente Judicial Regimental do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e Relator da Ação Cautelar nº 814.597/1-00 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Eros Grau. Acórdão em 21.05.2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Vanice Lírio do. Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 155-185, jan./mar. 2013.

Recebido em: 20.07.2012

Aprovado em: 17.12.2012