

# A CONSTITUCIONALIDADE DA HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO\*

## THE CONSTITUTIONALITY OF CONCRETIZING HERMENEUTICS IN FACE OF WRIT OF INJUNCTION

*Rafael Matutino Sá\*\**

*Tagore Trajano de Almeida Silva\*\*\**

### RESUMO

O mandado de injunção, como meio assegurado do exercício de direitos e garantias fundamentais pendentes de regulamentação, tem sido alvo de muita discussão quanto aos efeitos de sua decisão. Parte da doutrina considera uma afronta ao princípio da separação dos poderes quando o Judiciário viabiliza o exercício de tais direitos. Todavia, não há ofensa ao princípio quando é a própria Constituição Federal que exige a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais. Para isso, faz-se necessária a adoção de um método moderno de hermenêutica que concretize as normas constitucionais de eficácia limitada, sob pena de a Constituição se tornar uma falácia.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo. Judicialização da política. Constituição dirigente. Concretização. Mandado de injunção.

\* Trabalho desenvolvido pelo orientando Rafael Matutino Sá sob a orientação e revisão do Professor Tagore Trajano de Almeida Silva.

\*\* Bacharel em Direito; advogado. Centro Universitário Jorge Amado (Unijorge). Contato: rafael\_matutinosa@yahoo.com.br

\*\*\* Professor de Direito Ambiental e Constitucional do Centro Universitário Jorge Amado/Unijorge; mestre e doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); visiting scholar da Michigan State University (MSU/USA); pesquisador visitante da University of Science and Technology of China (USTC/China); membro-fundador da Asociación Latinoamericana de Derecho Ambiental; pesquisador do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal – (Nipeda/UFBA): www.nipeda.direito.ufba.br.; presidente do Instituto Abolicionista Animal (IAA): www.abolicionismoanimal.org.br.; coordenador da Revista Brasileira de Direito Animal. Contato: tagore@ufba.br

## ABSTRACT

The writ of injunction, as the exercise instrument of fundamental rights and guarantees pending regulations, has been the subject much discussion about the effects of its decision. Part of the doctrine considers an affront to the principle of separation of powers when the Judiciary enables the exercise of such rights. However, there is no offense to the principle when its own Federal Constitution that requires the immediate applicability of constitutional rights and guarantees. To do this, it is necessary to adopt a method of hermeneutics that materializes the constitutional norms of limited effectiveness, under penalty of the Constitution becoming a fallacy.

**Keywords:** Neoconstitutionality. Judicialization of politics. “Dirigente” Constitution, Achievement. Writ of injunction.

## INTRODUÇÃO

O mandado de injunção é um instrumento jurídico capaz de sanar a omissão do Estado na regulamentação de um direito fundamental, que inviabiliza o seu exercício pelo indivíduo-cidadão. Esse remédio constitucional foi criado pelo Constituinte em 1988, com o intuito de ajudar a resolver o problema da síndrome da inefetividade das normas constitucionais, buscando uma maior colaboração entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, evitando a inércia do legislador em regulamentar os direitos decorrentes da Carta Constitucional.<sup>1</sup>

A partir da breve análise da jurisdição constitucional, força normativa e a jurisdicionalização das demandas sociais, o presente artigo evidencia a evolução jurisprudencial do conteúdo normativo do mandado de injunção, clarificando seus efeitos no sistema brasileiro por meio de uma visão crítica das correntes concretista e não concretista adotadas pela evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal.<sup>2</sup>

A tentativa de obrigar o Estado a realizar políticas públicas gera um fenômeno novo a ser entendido pelos novos operadores do Direito, em uma sociedade em constante mudança.<sup>3</sup> Não se quer do jurista atual apenas a análise; busca-se um agente questionador que sugira, provoque, negocie, por meio da representação dos sujeitos jurídicos e não de papéis sociais. Em outras palavras,<sup>4</sup> o mandado de injunção vai

trazer uma novel interpretação de questões até então pouco debatidas, mas que merecem análise apurada e rigor científico.

Por isso, a partir da decisão dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, admite-se a fruição imediata pelo impetrante do direito obstado pela ausência de norma regulamentadora.<sup>5</sup> Interpretação que será evidenciada nas linhas do presente *paper* e que pontua o papel a ser cumprido pelo Poder Judiciário: o de ser guardião da Constituição e de dar efetividade material e formal às normas constitucionais.<sup>6</sup>

Com esse objetivo, pensou-se o texto em três seções delineadas para explicar ao leitor os mecanismos do mandado de injunção, sua hermenêutica e seus principais elementos.

Sendo assim, primeiramente, far-se-á uma releitura do princípio da separação dos poderes, com base no sistema de freios e contrapesos, a partir do neoconstitucionalismo que fundamenta o exercício “atípico” do Poder Judiciário e a concretização de direitos e garantias fundamentais pendentes de regulamentação. Em seguida, serão demonstradas duas perspectivas de Constituição adequadas ao contexto contemporâneo: a Constituição Dirigente (Canotilho) orientadora de prestações positivas do Estado Social; e a Constituição como ordem jurídica fundamental material e aberta à comunidade, dotada de uma força normativa (Hesse) que viabiliza a concretização de suas normas, sobretudo os direitos individuais e sociais fundamentais. Ao final, buscar-se-á fazer uma abordagem do mandado de injunção e de suas correntes, bem como de seus elementos e características: cabimento, procedimento, legitimidade ativa e passiva, competência para seu julgamento e das teses existentes na doutrina hodierna.

## **UMA NOVA PERSPECTIVA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

### **O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS SOB A PERSPECTIVA JURISDICIONAL**

Montesquieu, na obra *Espírito das Leis* (1748), fez uma análise da Constituição da Inglaterra e observou três tipos de poder: a) o Legis-

lativo responsável por criar as leis ou corrigi-las; b) o Executivo que estabelece relações com as embaixadas, instaura a segurança e previne invasões; c) o “Judiciário”<sup>7</sup> competente para punir os crimes ou julgar os litígios entre os particulares.<sup>8</sup> Tal divisão foi elaborada em nome da liberdade política<sup>9</sup> e segurança do cidadão, a fim de evitar um poder despótico concentrado em uma só pessoa ou grupo, pois o juiz unido ao Legislativo resultaria no juiz legislador, enquanto o juiz unido ao Executivo ganharia a força de um opressor.<sup>10</sup>

Esse estudo de Montesquieu tem por base o seu grande receio: a concentração dos poderes na mão de uma mesma pessoa ou grupo (luta contra o absolutismo). É, portanto, esse receio que fundamenta o *movimento* constitucionalista moderno, em seu sentido estrito, mediante adoção de Constituições escritas por todos os Estados como instrumento assecuratório dos direitos e garantias fundamentais, com uma proposta de divisão do poder.<sup>11</sup> Nesse sentido, Nicola Matteucci<sup>12</sup> identifica, como precedente a esse movimento, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição”.

Preocupado em criar uma técnica de limitação do poder concentrado, Montesquieu desenvolve uma fórmula pela qual caberia a cada Poder limitar o outro,<sup>13</sup> já que, se cada um deles ficasse isolado, no exercício de suas atribuições típicas, continuaria a possibilidade de exercício arbitrário.<sup>14</sup> A isso dá-se o nome de *sistema de freios e contrapesos*.

Todavia, nesse esboço dos freios e contrapesos, o Judiciário seria o órgão mais frágil, uma vez que os juízes seriam meramente a boca da lei. O único controle judicial que havia nesse contexto inglês era o *judicial review of the Executive*, que ficava restrito ao controle de validade dos atos do Poder Executivo, que também estava subordinado à lei.<sup>15</sup> Logo, vê-se que o Legislativo não era alvo desse controle, pois esse Poder é quem elaborava as normas, parâmetro da averiguação da licitude da atuação estatal executiva, assumindo, assim, uma posição “privilegiada”, com prevalência em face dos outros Poderes.<sup>16</sup>

Já nos Estados Unidos, o modelo *judicial review* foi concebido de forma a limitar tanto o Executivo quanto o Legislativo, este visto como Poder despótico em razão da péssima experiência com os prejuízos

econômicos provindos da colonização inglesa.<sup>17</sup> O controle, nesse caso, ocorre mediante declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos que contradigam a Constituição (jurisdição constitucional). Destarte, esse controle judicial permitiu que a separação de poderes resultasse, nos Estados Unidos, no *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos).<sup>18</sup>

Vale destacar que há na doutrina quem defenda que, apesar de o *constitucionalismo moderno* visar à limitação do poder, não seria a supremacia da Constituição característica marcante do movimento, embora a instituição dela, na forma escrita, fosse o primeiro passo para tal limitação.<sup>19</sup> Com efeito, tanto no modelo francês quanto no inglês, o que havia era a supremacia do Parlamento.<sup>20</sup> Vale dizer, o sustentáculo do movimento constitucional moderno foi o princípio da legalidade, com vinculação do Executivo e Judiciário ao Legislativo.<sup>21</sup>

Fica demonstrada, portanto, a impossibilidade de se imaginar uma separação absoluta entre os Poderes, pois o exercício do poder político é atividade concorrente a todos eles. Como o objetivo de Montesquieu era evitar a concentração do poder absoluto, uma divisão absoluta resultaria em poderes concentrados isolados. Assim, a descentralização do poder se mostra coerente, com um Poder controlando o outro, o que faz surgir o dever de prestação de contas e controle recíproco.<sup>22</sup>

Dessa forma que surgiu a ideia de coordenação ou colaboração entre os três Poderes, ou funcionamento harmônico para o cumprimento devido da Constituição.<sup>23</sup> Essa constatação motivou Karl Loewenstein a propor uma nova divisão do poder político: o que define a política (*policy determination*), o que executa a política (*policy execution*) e o que controla a política (*policy control*).<sup>24</sup>

## O NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS FRUTOS

Antes de adentrar no conceito de neoconstitucionalismo, é preciso ter em mente a noção histórica do constitucionalismo (propriamente dito) trazida por Loewenstein. O autor aponta sua origem à Antiguidade Clássica, com a perspectiva de uma organização política da comunidade fundada na limitação do poder absoluto.<sup>25</sup> Nesse primeiro momento, não se buscou a elaboração de Constituições escritas, pois,

como lembra o autor, o surgimento delas não coincide com a origem do movimento constitucional.<sup>26</sup>

As Constituições escritas<sup>27</sup> surgiram com o constitucionalismo moderno. A teoria jurídica que se viveu até a Segunda Guerra Mundial foi a do Estado Legislativo de Direito, na qual o princípio da legalidade era a única fonte de legitimação do Direito.<sup>28</sup> Desde então, tem-se vivido um neoconstitucionalismo, que no Brasil se iniciou com a promulgação da Constituição brasileira de 1988. Com a passagem do regime autoritário para o atual Estado Democrático de Direito,<sup>29</sup> surgiu a perspectiva da Constituição “[...] como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa”,<sup>30</sup> vale dizer, “[...] as normas constitucionais são dotadas de imperatividade [...] e sua inobservância há de deflagrar mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.<sup>31, 32</sup>

A pesquisa terá por base a noção de neoconstitucionalismo trabalhada por Eduardo Ribeiro Moreira: pensar o Direito contemporâneo como algo transformador, com base na Constituição, e em que os princípios indicam o que se pode fazer. Isto é, uma teoria do direito com a pretensão de corrigir o que racionalmente pode ser aperfeiçoado (*poder ser*).<sup>33</sup>

Como teoria do Direito, a Constituição se mostra como ponto de partida. Com isso, a preocupação gira em torno da sua eficácia jurídica. O neoconstitucionalismo, assim, eleva a interpretação e os princípios constitucionais à fonte primária do Direito:<sup>34</sup> havendo conflitos de normas constitucionais, aplica-se a ponderação com a técnica argumentativa, mediante o discurso, argumento e convencimento na discussão dos valores fundamentais.<sup>35</sup>

Em convergência, Carla Faralli entende o neoconstitucionalismo como uma leitura “moralizante” da Constituição, que a torna onipresente e expansiva, em nome da eficácia dos direitos fundamentais,<sup>36</sup> na medida em que “[...] pretende fazer da Constituição o melhor que ela pode ser”.<sup>37</sup>

Luís Roberto Barroso destaca os seguintes marcos desse novo olhar do Direito Constitucional no Estado brasileiro: a) a formação do Estado Constitucional de Direito como marco histórico; b) o pós-

-positivismo, devido à reaproximação do Direito à ética, como marco filosófico; c) a consolidação de uma força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional<sup>38</sup> e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional,<sup>39</sup> como marco teórico.

Com essa nova teoria do Direito, vê-se a tendência para um novo olhar sob os princípios modernos, como o é a separação de poderes, que muitas vezes se mostra como entrave para a própria eficácia da Constituição. A demanda, agora, é a ponderação desses valores, sobretudo para um efetivo exercício da jurisdição constitucional e a devida viabilização do exercício dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

## **A NOVA POSTURA DO PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO?**

A discussão sobre ativismo judicial tem sido abordada na problemática dessa judicialização da política. A constitucionalização de Direitos permitiu o exercício da jurisdição constitucional, sobretudo porque o Direito brasileiro é pautado pelo princípio do *non liquet*. Ou seja, a provocação da jurisdição sempre resultará na prolação de uma decisão.<sup>40</sup>

Luiz Werneck Vianna entende que a adoção do modelo abstrato de constitucionalidade foi o marco histórico da judicialização da política no Brasil, com a abertura das portas à “comunidade dos intérpretes”.<sup>41</sup>

Já Luís Roberto Barroso<sup>42</sup> diz que “[...] judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais”. E mais, conclui que “A judicialização [...] não ocorreu de opção [...] da Corte. Limitou-se a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho constitucional vigente”.

Elival da Silva Ramos<sup>43</sup> entende que há ativismo judicial quando o Poder Judiciário vai além de suas atribuições típicas, com o exercício, por exemplo, da função legislativa, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo, funções essas essenciais dos outros Poderes.<sup>44</sup> No mesmo sentido, Uadi Lammêgo Bulos<sup>45</sup> vê o ativismo

como “[...] ato em que os juízes criam pautas legislativas [...], como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo”, mediante criação de comandos normativos em sentenças judiciais, com uma criatividade além da natural do *munus* judicante. Essa postura seria, assim, uma fraude à Constituição com o desrespeito à separação dos poderes.

Em repulsa a essa visão “negativa” do ativismo, o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, defende essa postura porque “[...] não é uma manifestação de despreço com o Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição”.<sup>46</sup> O ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux já chegou a afirmar que não há o que se falar em ativismo judicial, na medida em que “[...] o Judiciário não age de ofício, apenas mediante provocação. Uma vez provocado, ele não pode se recusar a agir [...]. O Tribunal é provocado e não pode se omitir”.<sup>47</sup>

Lord Reid,<sup>48</sup> juiz inglês, lembra que anteriormente se entendia “[...] quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito, em vez de meramente declará-los”. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni<sup>49</sup> reflete que, “[...] nas teorias clássicas, o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica de acordo com a Constituição”.

A mudança do modelo tradicional e formalista, em que o processo jurisdicional se baseia numa lógica dedutiva, pura e mecânica,<sup>50</sup> deu-se com a descoberta de que o juiz possui um poder de escolha<sup>51</sup> entre duas alternativas ao mesmo tempo admissíveis.<sup>52</sup>

O *Welfare State*, de perfil intervencionista, demanda uma enorme missão de atividade legislativa, administrativa e de governo, com atividades sociais programáticas (voltadas para o futuro) a serem prestadas pelo Estado e com direitos fundamentais constitucionais que vinculam o legislador ordinário. Logo, torna-se inevitável o crescimento do Poder Judiciário em face do controle jurídico da atividade intervencionista e/ou omissa dos demais Poderes.<sup>53</sup>

O ativismo judicial, para Barroso, está associado à ideia de participação ampla do Judiciário na concretização dos valores e finalidades constitucionais. Então, seriam condutas ativistas na visão do autor: a) a aplicação direta da Constituição a situações não contempladas em seu

texto; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos produzidos pelo legislador; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, principalmente no que tange a políticas públicas.<sup>54</sup>

Em suma, o ativismo é uma postura proativa de interpretar a Constituição para atender a demandas que não foram devidamente satisfeitas pelo Legislativo e Executivo.<sup>55</sup> E mais, deve o Judiciário se pautar pelos cânones da racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais,<sup>56</sup> pois só assim seria possível admitir uma mitigação do “dogma” da separação dos poderes, tendo em vista que nenhuma decisão pode se pautar pela arbitrariedade.<sup>57</sup>

## A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

### A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

A passagem do Estado Liberal ao Estado Social demandou uma mudança de modelo de Constituição e da pretensão jurídica: da Constituição liberal (moderna), que limitava o Estado e suas funções, em nome do exercício das liberdades públicas, da propriedade e da segurança, cabendo-lhe apenas garanti-las (prestação negativa), para a Constituição dirigente (contemporânea ou social), que amplia as funções do Estado num momento histórico, no qual este é chamado para intervir nas relações e prestações exigidas pelo indivíduo (prestações positivas).<sup>58</sup>

Fala-se em dirigismo quando se busca maior efetividade do texto constitucional.<sup>59</sup> Pode-se concluir, assim, que a Constituição dirigente é moldada no neoconstitucionalismo, pois o que se busca é a maior efetividade dos direitos, a eficácia ótima, o poder-ser, tendo os princípios como fonte primária de direito, fundamentando a leitura moralizante da Constituição.<sup>60</sup> O Estado está voltado para a satisfação das necessidades de seu povo, verdadeiro titular do poder político para quem o governo se dirige, ou seja, o Estado é social e democrático.

Nesse contexto histórico de transição, Jellinek fez grande contribuição para a teoria geral dos direitos fundamentais, quando constata que, agora, o indivíduo, além da sua esfera privada de atuação, faz parte de uma esfera pública, como membro de sua comunidade política. Isso

se dá mediante reconhecimento estatal da necessidade de prestações positivas ao seu povo. O indivíduo adquiriu personalidade jurídica de tal forma que se torna, além de sujeito de deveres, titular de direitos.<sup>61</sup>

A Constituição é dirigente quando possui direções políticas previamente determinadas (normas programáticas),<sup>62</sup> com atribuição de tarefas ao Poder Público para efetivo exercício dos direitos fundamentais. Muitas dessas tarefas são dirigidas ao legislador, o que resulta no surgimento de um dever de legislar, cuja inércia está sujeita ao controle de constitucionalidade.<sup>63</sup>

O que muda é a vinculação do legislador com a Constituição, vista como um todo, que agora passa a ser plena. Vale dizer, essa Constituição é projetada para a comunidade e direcionada à promoção da dignidade humana e à conformação da realidade.<sup>64</sup>

Pode-se falar, portanto, na judicialização dos fenômenos políticos com a exigência de seu exercício, conforme o Direito e a Constituição, direcionado aos fins e programas constitucionais. Entretanto, a grande dificuldade dessa pretensão eficácia gira em torno do quanto essa Constituição pode e deve ordenar os órgãos legislativos.<sup>65</sup> Busca-se desenvolver uma forma de assegurar tanto a vinculação aos programas quanto à liberdade de ação do legislador,<sup>66</sup> de certa forma exigida pelo pluralismo político<sup>67</sup> (art. 1º, V, CF/88).

## **A CONSTITUIÇÃO COMO ORDEM JURÍDICA FUNDAMENTAL, MATERIAL E ABERTA À COMUNIDADE E SUA FORÇA NORMATIVA**

Partindo da premissa de Jellinek<sup>68</sup> de que “Qualquer tipo de união que pretenda perdurar precisa de um ordenamento formado e executado conforme sua vontade, que tenha delimitado seu âmbito e regulado, nele e para ele, a situação de seus membros”, Hesse vislumbra que, para se compreender o sentido e o significado de uma Constituição, faz-se necessário o entendimento das seguintes funções constitucionais: a integradora e a de diretriz jurídica.

Quanto à função integradora, a Constituição visa a uma unidade política em vista da moderna sociedade pluralista: as diferentes opi-

niões, interesses e aspirações dos numerosos grupos seriam a solução para a regulação dos conflitos, bem como a condição de existência do próprio Estado. Sua função jurídica aparece da necessidade de um ordenamento que viabilize a convivência dessa comunidade dentro do mesmo território. Entretanto, a ordem não é o fim em si mesma. O que importa é o conteúdo dessa ordem: deve ser moralmente reto e, por consequência, legítimo. São as lutas e as experiências de muitas gerações que, muitas vezes, determinam esse conteúdo (ex.: direitos humanos e civis, independência judicial ou o direito de ser ouvido).<sup>69</sup>

Daí se falar em função diretriz de uma Constituição, com a vinculação dos princípios e direitos fundamentais para garantia de um ordenamento moralmente reto.<sup>70</sup> Sob essa perspectiva, a Constituição de Hesse é definida como uma ordem jurídica fundamental da comunidade.<sup>71</sup> A Constituição determina os fundamentos e normatiza os princípios diretores da unidade política e jurídica do Estado, em vista das soluções de conflitos da comunidade e das relações sociais.

Assim surge a ideia de uma força normativa da Constituição, mediante atuação conforme a realidade histórica, em nome da efetividade ou da eficácia social do texto supremo. Vale dizer, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado,<sup>72</sup> que permite adaptá-la às necessidades de seu tempo.<sup>73</sup>

K. Hesse estabelece os pressupostos para o desenvolvimento da força normativa da Constituição: a) condições de adaptação para eventual mudança de suas condicionantes,<sup>74</sup> com estipulação de princípios fundamentais passíveis de desenvolvimento em face da realidade sociopolítica; b) uma *práxis constitucional* dos partícipes da vida (vontade de Constituição, ex.: sacrifício de um interesse em favor de um princípio constitucional) à luz de uma interpretação constitucional fundamentada no princípio da ótima concretização da norma.<sup>75</sup>

O jurista alemão conclui que: “A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica”.<sup>76</sup> O mesmo ocorre com a Constituição Dirigente que “[...] deve buscar sempre uma contínua adequação, não apenas ao texto, mas também ao contexto”.<sup>77</sup>

Para atingir esses objetivos propostos por tais visões de Constituição semelhantes, deve o Judiciário, ao enfrentar o descumprimento

do Poder Público de seus deveres assumidos, adotar uma hermenêutica capaz de concretizar seus princípios, em vista da eficácia e da força normativa da Constituição, adequando a separação dos poderes a essa nova realidade à luz do sistema de freios e contrapesos.

## O MÉTODO HERMENÊUTICO CONCRETIZADOR DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A hermenêutica é um método empírico-dialético de compreensão ou conhecimento do Direito no confronto entre o fato e a norma<sup>78</sup>. Carlos Cossio diferencia a compreensão da explicação na medida em que aquela resulta no aumento do conhecimento, um saber pensar até o fim ou levar adiante, enquanto esta se trata de um mera repetição.<sup>79</sup>

Assim, a hermenêutica surge como o domínio da ciência jurídica que visa a sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação, ao passo que a interpretação se mostra como a atividade prática que determina o sentido e o alcance dos enunciados normativos.<sup>80,81</sup>

Böckenförde esclarece que os princípios são argumentos para justificar as pré-decisões que seriam arbitrárias sem esse apoio.<sup>82</sup> Leia-se, os princípios permitem ao intérprete pré-compreender o discurso constitucional de forma científica e fundamentada.<sup>83</sup>

Hesse propõe o método moderno<sup>84</sup> hermenêutico-concretizador, em que cabe ao intérprete determinar o conteúdo material da Constituição, pois, segundo o autor “[...] a interpretação da Constituição é concretização”.<sup>85</sup>

A concretização, para o jurista alemão, ocorre a partir de uma “pré-compreensão” que o intérprete oficial (juiz) possui, quando da leitura do texto, com base na sua experiência histórica, nas circunstâncias da realidade e em face de um direito a ser concretizado.<sup>86</sup> Ou seja, concretiza-se a norma para e a partir de uma situação histórica concreta,<sup>87</sup> constituindo um processo unitário composto por três elementos: a norma, a compreensão prévia e o problema concreto a resolver.<sup>88</sup>

Conforme Streck,<sup>89</sup> e na mesma esteira do que foi dito por Böckenförde, o juiz não pode executar os seus pré-juízos. Mas, consciente deles e explicando-os, deve evitar essa “arbitrariedade

instantânea”, sob pena de resultar numa manipulação dos fins para soluções de conveniência, “[...] em que o aspecto jurídico sacrificado cede complacente a solicitações do aspecto político, avassalador da norma [...]”.<sup>90</sup>Essa atuação, então, deve ser orientada e limitada pela norma, em busca de fundamentos para uma decisão mais esclarecedora e convincente possível.<sup>91</sup>

Hesse define a pré-compreensão como um projeto carente de comprovação e revisão. A proposta é uma análise mais profunda possível para que se chegue a um resultado sólido, racionalmente explicável e controlável.<sup>92</sup>

Um exemplo prático que se pode observar é a possibilidade de aplicação prática desse método concretizador de interpretação no exercício da jurisdição constitucional, por via do mandado de injunção.<sup>93</sup> Trata-se de um remédio constitucional que visa a assegurar a eficácia da Constituição, em decorrência de uma inércia do Poder Público, diante de um caso concreto, em que o indivíduo se vê obstado no exercício de um direito fundamental.<sup>94</sup> Logo, cada decisão em sede desse *writ* pressupõe uma análise contextual histórica do momento da provocação jurisdicional.

## MANDADO DE INJUNÇÃO

### ORIGEM E EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A justificativa apresentada pelo senador Ruy Bacelar, na Assembleia Nacional Constituinte, para se criar um instrumento jurídico que pudesse assegurar o princípio da aplicabilidade imediata das normas constitucionais, era muito simples e lógica, já que “Não basta a mera enunciação de direitos na Carta, [...] se o Estado não é compelido a pôr em prática o mandamento constitucional”.<sup>95</sup>

Dentre algumas propostas com redações diferentes, algumas mais concisas e outras mais detalhadas, consagrou, afinal, a redação ao atual inciso LXXI do art. 5º da CF/88: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Apesar das “supostas” influências históricas dos ordenamentos alemão,<sup>96</sup> inglês,<sup>97</sup> norte-americano,<sup>98</sup> luso,<sup>99</sup> e do iugoslavo,<sup>100</sup> o entendimento da doutrina é que não há, no direito comparado, algo semelhante ao mandado de injunção brasileiro. Assim, cabe à nossa doutrina e jurisprudência o papel de análise e fixação dos contornos dessa figura jurídica.<sup>101</sup>

## PROCEDIMENTO

A doutrina e a jurisprudência, sob o bom senso jurídico, têm entendido que a norma é definidora do mandado de injunção é de eficácia plena,<sup>102</sup> ou seja, não depende de ulterior regulamentação, sobretudo devido à exigência do próprio art. 5º, § 1º, CF/88 (aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais), que lhe presta fundamento.<sup>103</sup>

Todavia, embora seja conveniente tal regulamentação, aplica-se, por analogia, a lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009).<sup>104</sup> Assim, adota-se a mesma celeridade processual do procedimento sumário do mandado de segurança.<sup>105</sup> Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que não cabe medida liminar em sede de mandado de injunção, pois, se possível fosse, a decisão precária ultrapassaria os limites da sentença/acórdão a ser proferida ao final.<sup>106</sup>

Como no mandado de segurança, evitam-se dilações probatórias. Logo, faz-se necessária a produção de prova pré-construída. Vale dizer, a petição da ação deve carrear a prova documentada (documento).<sup>107</sup> Enfim, por analogia, não se fazem devidos honorários advocatícios.<sup>108</sup>

## PECULIARIDADES DO SEU CABIMENTO<sup>109</sup>

O mandado de injunção se dá em um controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão estatal numa relação de causalidade.<sup>110</sup> Ou seja, cabe ao juiz proferir decisão, em um caso concreto, para o efetivo exercício do direito subjetivo de exercício obstado.<sup>111</sup> Isto é, trata-se de uma competência atribuída ao Judiciário para edição da norma regulamentadora ao caso concreto.<sup>112</sup>

Quando se fala de ausência de norma regulamentadora, dá-se uma interpretação extensiva. Portanto, a omissão não fica restrita aos atos legislativos, pois abrange, também, toda medida que seja necessária para tornar efetiva a norma constitucional (art. 102, I, q;<sup>113</sup> art. 103, § 2;<sup>114</sup> art. 105, I, h<sup>115</sup>, todos da CF/88), quais sejam: leis, regulamentos, decretos, portarias, instruções, resoluções, despachos administrativos e outros atos legais e administrativos.<sup>116</sup>

Não caberá mandado de injunção nos seguintes casos: a) recusa à aplicação de uma norma de eficácia plena (norma devidamente regulamentada), pois, no caso, pode-se resolver pelo do mandado de segurança;<sup>117</sup> b) quando não expirado o prazo constitucional para a edição da norma reguladora;<sup>118</sup> c) superveniência de norma regulamentadora quando do trâmite do *writ*, pela perda do objeto ou prejudicialidade.<sup>119</sup>

Situação interessante é a possibilidade de cabimento do *writ* injuncional quando já foi apresentado projeto de lei da norma regulamentadora ao Congresso Nacional. Desde 1994, viu-se a tendência da Corte Suprema brasileira em aceitar a possibilidade, desde que superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário.<sup>120</sup>

Com efeito, a jurisprudência acrescentou mais um requisito para o *writ*, qual seja: a mora na regulamentação do direito deve ser abusiva, ou seja, aquela que supera excessivamente o “prazo razoável” presumidamente dado ao legislador ou executor.<sup>121</sup>

Por fim, quanto aos direitos tutelados pelo *writ* injuncional, existem três correntes: a) a que restringe o alcance tão somente aos direitos políticos e aos direitos de nacionalidade, sem abranger os direitos sociais;<sup>122</sup> b) a que se limita aos direitos previstos no Título II da Constitucional;<sup>123</sup> c) hoje dominante, a que abrange todos os direitos fundamentais, individuais, coletivos, difusos e sociais.<sup>124</sup>

## LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

A legitimidade ativa pertence ao próprio titular do direito inviabilizado de exercício por ausência de norma reguladora.<sup>125</sup> Logo, poderá ser sujeito ativo qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, física ou jurídica, capaz ou incapaz, desde que titular de direito fundamental

não exercitável em virtude de omissão do Poder Público em editar da norma regulamentadora capaz de lhe atribuir eficácia.<sup>126</sup>

Quanto à legitimidade do Ministério Público, será válida desde que se trate de defesa dos direitos difusos ou coletivos.<sup>127</sup> Vale ressaltar que essa legitimidade do Ministério Público não impede a de terceiros nas mesmas hipóteses.<sup>128</sup>

No que diz respeito à legitimidade passiva, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que cabe apenas à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição da norma regulamentadora. E mais, não se admite litisconsórcio passivo entre esses e os particulares responsáveis pelo cumprimento da norma.<sup>129</sup>

## COMPETÊNCIA

Como o instituto tem por objetivo sanar a omissão inconstitucional de um caso concreto, o constituinte concentrou nos Tribunais o poder decisório a fim de uniformizar os critérios para complementação das lacunas.<sup>130</sup>

Portanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar: a) quando o sujeito passivo for o Presidente da República, o Congresso Nacional (tanto alguma das casas quanto suas respectivas mesas), o Tribunal de Contas da União, qualquer Tribunal Superior ou o próprio Supremo Tribunal Federal;<sup>131</sup> b) em sede de recurso ordinário, mandado de injunção decidido em única ou última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;<sup>132</sup> c) em sede de recurso extraordinário, o mandado de injunção decidido em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional.<sup>133</sup>

Doravante, cabe ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar quando o sujeito passivo for órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.<sup>134</sup>

Quanto à Justiça Eleitoral, a Constituição trata da competência originária dos Tribunais Regionais Eleitorais para processar e julgar mandado de injunção em matéria de sua competência com recurso para o Tribunal Superior Eleitoral.<sup>135</sup>

Na esfera estadual, cabe às respectivas Constituições firmar a competência dos respectivos Tribunais de Justiça.<sup>136</sup>

### Os Efeitos da Decisão

A corrente não concretista (*Leading Case*)

Essa corrente é baseada na *teoria da subsidiariedade*.<sup>137</sup> Caberia à decisão do *writ* se limitar a declarar a mora legislativa e dar ciência ao órgão/autoridade responsável, tal como se dá na ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF/88).

Foi esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do *leading case* (MI nº 107-3/DF).<sup>138</sup> O voto do relator ministro Moreira Alves adotou a tese em que o objeto do *writ* seria a mera ciência da mora ao órgão responsável.<sup>139</sup> São adeptos dessa corrente na doutrina: Celso Ribeiro Bastos<sup>140</sup> e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.<sup>141</sup>

O fundamento dessa decisão é pela impossibilidade de expedição de uma norma já que a decisão estaria sob o manto da coisa julgada e, assim, lei posterior não poderia afetá-la.<sup>142</sup> A expedição de uma norma geral encontraria obstáculos constitucionais, como os princípios da separação de poderes, o da democracia (art. 2º e 60, §4º, CF/88) e o da reserva legal (art. 5º, II, CF/88). Logo, o Judiciário não estaria autorizado a substituir o legislador ou o administrador natural, ainda que provisoriamente, muito menos impor obrigações a terceiros, que somente podem ser criadas por lei ou com fundamento em uma lei.<sup>143</sup>

Esse entendimento da Suprema Corte foi duramente criticado pela comunidade jurídica.<sup>144</sup>

A corrente concretista e suas vertentes

A corrente concretista, mediante aplicação da hermenêutica concretizadora de interpretação, subdivide-se em três, quais sejam: a) a individual direta ou teoria da resolutividade, pela qual o Poder Judiciário atribui eficácia *inter partes* à sentença, permitindo o devido exercício da norma constitucional; b) a individual intermediária, pela qual cabe ao Poder Judiciário estabelecer prazo para o Poder Legislativo elaborar a norma regulamentadora, com possibilidade de ter o direito assegurado, após o término do prazo, sem a respectiva providência;

c) a geral ou teoria da independência judicial, pela qual a sentença injuncional é dotada de eficácia *erga omnes*, que vigorará até o dia em que o Poder Legislativo sane sua omissão.<sup>145</sup>

Por conta da reprovação por parte da comunidade jurídica da tese adotada no *leading case*, o Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento no MI 283-5/DF<sup>146</sup> e MI 284-3/DF.<sup>147</sup> Dessa vez, houve aplicação da tese concretista individual intermediária,<sup>148</sup> com aplicação da regra de responsabilização do Estado por ato ou omissão, em que se busca reparação nas instâncias ordinárias.<sup>149</sup>

São adeptos dessa tese na doutrina: Alexandre de Moraes<sup>150</sup> e Hely Lopes Meirelles.<sup>151</sup> Eles entendem que essa solução não fere a separação dos poderes, pois daria oportunidade a quem é de direito regulamentar a matéria e, somente na permanência da inércia, caberia ao órgão julgador exercer tal atividade.

Porém, apesar da adoção de uma tese concretista, continuaram as críticas da comunidade jurídica.<sup>152</sup> Vale a ressalva do ministro Marco Aurélio, que foi vencido no MI 283-5/DF. Segue o seu voto:

Agora vejam a situação *sui generis*: O Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção [...] reconhece que, passados dois anos, até hoje não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação [...] transfere essa fixação ao juízo. Peço vênica [...] para dissentir quanto à comunicação ao Congresso Nacional [...] e dissentir, também, quanto à sentença ou o acórdão alternativo que se preconiza, contendo abertura da porta pertinente à via ordinária [...].<sup>153</sup>

Somente após mudanças na composição do Pretório Excelso, ocorridas no início do século XXI, houve uma mudança revolucionária quanto à extensão dos efeitos em sede de mandado de injunção, na adoção de uma solução normativa e concretizadora,<sup>154</sup> com aplicação da tese concretista geral ou teoria da independência jurisdicional.

Essa virada se deu com o julgamento dos MI's 670-0/ES,<sup>155</sup> 712-8/PA<sup>156</sup> e 708-0/DF.<sup>157</sup> Todos versavam sobre o direito de greve do servidor, assegurado pelo art. 37, VII, CF/88, que exige regulamentação por lei ordinária.

Entendeu-se que era hora de o Tribunal adotar uma atuação mais decisiva, em virtude da inércia legislativa e da inoperância das decisões da Suprema Corte,<sup>158</sup> já que o dever constitucional de legislar não se baseia num juízo de conveniência e oportunidade.<sup>159</sup>

Decidiu-se, por maioria, pela adoção de eficácia *erga omnes*,<sup>160</sup> em virtude da omissão na regulamentação da greve dos servidores públicos afetar um outro princípio constitucional de suma importância, qual seja, o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua.<sup>161</sup>

É preciso ter em mente que os julgamentos desses MI's,<sup>162</sup> conforme os fundamentos expostos acima, se deram numa casuística específica.<sup>163</sup> Por isso, por se tratar de uma norma peculiar, que demanda interpretação extensiva, Pode-se concluir que outras normas pendentes de regulamentação poderão ter desfechos diferentes,<sup>164</sup> como nos casos previstos do art. 40, § 4º, CF88, que demandam uma análise específica para cada caso concreto por conta da peculiaridade da aposentadoria especial.

#### O modelo de decisão visto como ideal e sua constitucionalidade

A partir do MI 721/DF, que tem sido o modelo baseado das últimas decisões do Supremo Tribunal Federal, foi reiterado o entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que o mandado de injunção é um processo subjetivo de controle de constitucionalidade. Assim, não se pode mais confundir-lo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo rol de legitimados é restrito e próprio, previsto na Constituição (art. 103) de forma taxativa.<sup>165</sup>

Além disso, é necessário ter em mente o princípio do art. 5º, §1º, CF/88, que garante a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. Entendimento contrário faz do mandado de injunção mera certidão da omissão do Poder Público.<sup>166</sup>

É preciso ter em mente que o Judiciário não produz, mediante julgamento, norma abstrata na ordem jurídica. Produz apenas lei entre as partes, o devido exercício do direito no caso concreto.<sup>167</sup> Dessa forma, fica sujeito a uma condição resolutiva, desde que haja suprimento da omissão com regulamentação da norma por quem é de direito, no caso o Poder Legislativo.<sup>168</sup>

Agora, o entendimento predominante na Corte é pelo dever-poder do Tribunal no exercício da função supletiva da norma regulamentadora faltante. Essa função não é legislativa, mas normativa. Trata-se, portanto, da função de produção de normas, conforme critério material<sup>169</sup> de classificação das funções estatais.<sup>170</sup> Dessa forma, não haveria agressão à separação dos Poderes, pois foi a própria Constituição que instituiu o *writ* injuncional. Nesse sentido, segue o voto vista do ministro Eros Grau:

[...] não existe uma assim chamada 'separação dos poderes' provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de 'separação de poderes', o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.<sup>171</sup>

Em suma, como o mandado de injunção enfrenta norma constitucional de eficácia limitada,<sup>172</sup> “[...] não faz sentido proferir uma decisão judicial também de eficácia limitada. É uma contradição nos termos”.<sup>173</sup>

Com efeito, a eficácia *inter partes* tornará viável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional daquele que foi obstado de seu exercício, em virtude de ausência de norma regulamentadora. Assim, o Judiciário exerce função supletiva para suprir tal omissão por via do mandado de injunção, em nome da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

## CONCLUSÃO

Uma postura concretizadora do Judiciário, em sede de mandado de injunção, não afronta o princípio da separação dos poderes. O princípio da separação dos poderes deve ser compreendido à luz do sistema de freios e contrapesos, harmonia e equilíbrio entre eles. Para isso, deve ter os seguintes fundamentos:

1. A essência do princípio da separação dos poderes é evitar a concentração do poder em nome da garantia de direitos fundamentais. Todavia, essa separação não pode ser absoluta e restrita, caso contrário, haveria possibilidade do temido exercício arbitrário

dos poderes concentrados isolados. À luz desse problema, foi elaborado o sistema de freios e contrapesos que, na perspectiva jurisdicional, permite ao Judiciário controlar os abusos e omissões dos demais poderes em nome da Constituição, por via do controle de constitucionalidade.

2. O movimento constitucional atual caracteriza a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Busca-se, então, a eficácia jurídica e a transformação da realidade de forma racional, com base no *pode ser* aperfeiçoado. Por meio da ponderação de princípios, então, pode-se equilibrar e harmonizar os Poderes no cumprimento de seus deveres para a devida eficácia dos direitos fundamentais.
3. A consequência prática da Constituição dessa pós-modernidade é a judicialização da política. Isto é, com a constitucionalização de direitos, abrem-se as portas para o controle judicial de constitucionalidade dos atos/omissões em face dos demais Poderes de forma a viabilizar o efetivo exercício dos direitos. O Estado assumiu o dever de prestações positivas, pela adoção de um perfil intervencionista do Estado Social. Quando o Legislativo ou o Executivo se mostram omissos nessa promessa, o que resta é recorrer à jurisdição constitucional para a devida efetivação dos direitos fundamentais.
4. Daí surge a ideia de Constituição Dirigente, estipuladora de princípios programáticos, que vinculam os órgãos (Executivo, Legislativo e Judiciário) para o cumprimento dos objetivos fundamentais, sociais e econômicos traçados pelo soberano, voltados para a satisfação das necessidades de seu povo. A luta agora é contra a omissão estatal no cumprimento dos deveres e objetivos. O indivíduo-cidadão, além de sujeito de deveres, torna-se titular de direitos exigíveis em face do seu estado. Assim, vislumbra-se a importância da harmonia entre os Poderes, na medida em que, quando um deles não consiga efetivar os direitos fundamentais, o outro possa fazê-lo, em nome do equilíbrio.
5. Atento às necessidades do seu povo, a Constituição se mostra como uma ordem jurídica aberta à comunidade como uma forma de viabilizar a adaptação das necessidades de seu tempo. Fala-se em força normativa da Constituição, então, quando se torna

possível conformar a realidade a ela. Por isso suas normas são incompletas e indeterminadas, pois as necessidades do povo terão que completá-las. Para que essa força normativa da Constituição se efetive, faz-se necessária a adoção de um método hermenêutico de interpretação concretizador das normas constitucionais. O método elaborado por Konrad Hesse enfatiza a pré-compreensão (experiência histórica de vida, das circunstâncias da realidade e do direito) do intérprete como o início da determinação do conteúdo material da Constituição da melhor forma possível, com base em fundamentos e argumentos convincentes, com ponderação e análise profunda, em busca da racionalidade e da plausibilidade. Entretanto, para se ter a melhor solução para o problema, deve-se usar a norma constitucional como limite para e a partir dela, sob pena de arbitrariedade.

6. O mandado de injunção é uma ação de controle de constitucionalidade incidental ou concreta da omissão estatal no cumprimento de seus deveres. Se a ideia é a aplicabilidade imediata desses direitos (art. 5º, §1º, CF/88), a decisão do *writ* não pode ter, também, eficácia limitada, seja como mera declaração de omissão e ciência ao órgão ou autoridade responsável, seja com estipulação de prazo para que o responsável cumpra seu dever (permanecendo a inércia, deve o indivíduo buscar no Judiciário pela segunda vez a sua pretensão, na instância ordinária).
7. Entende-se que o modelo mais adequado de decisão nesse tipo de controle é aquele que atribui eficácia *interpartes* da decisão, já que se trata de um processo subjetivo ou concreto. Entretanto, admite-se, também, a possibilidade de adoção dos efeitos *erga omnes* em casos específicos e somente neles.
8. A adoção dessas teses concretistas (de eficácia *erga omnes* como *interpartes*) se mostra constitucional pelos seguintes motivos: a) primeiro, o comando constitucional diz que será concedido o mandado de injunção quando da inviabilização do exercício de direito pendente de regulamentação, assim, logicamente, a decisão só pode ser no sentido de tornar o exercício viável (art. 5º, LXXI, CF/88); b) segundo, o art. 5º, § 1º, CF/88, estabelece que os direitos e garantias da Constituição possuam aplicabilidade imediata, ou seja, tanto a decisão deve ser nutrida de eficácia

quanto o direito obstado deve ter o exercício viabilizado de imediato; c) terceiro, como é a própria Constituição que permite a concretização desses direitos, por meio de uma função normativa supletiva exercida pelo Judiciário (devido à própria previsão do *writ* injuncional), não há afronta ao princípio da separação dos poderes, mas uma harmonia, pois a decisão judicial será provisória, isto é, permite regulamentação ulterior por quem é de direito fazê-lo.

## NOTAS

- 1 Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. ampl. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 243.
- 2 Ver, dentre outros, trabalho desenvolvido em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão: SILVA, Tagore Trajano de Almeida; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia concretista das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão: possibilidade do Judiciário suprir as omissões do Estado. **Revista de Direito Brasileira/Brazilian Journal of Law- RDBras**, v. 2, p. 193-228, 2012.
- 3 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 332.
- 4 GORDILHO. Heron José de Santana. Por uma dogmática pós-moderna. **Revista do Programa de Pós-Graduação da UFBA**, Salvador: UFBA, v. 16, p. 60, 2008.
- 5 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 830.
- 6 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 332.
- 7 Montesquieu faz referência a um Poder Executivo “das coisas” que dependem do “direito das gentes” (Poder Executivo propriamente dito) e a um Poder Executivo que depende do direito civil (Poder Judiciário); Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron De. **Do espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 167-168.
- 8 *Ibidem, loc. cit.*
- 9 Montesquieu conceitua liberdade como o direito do indivíduo de fazer tudo o que as leis permitem. Cf. *Ibidem*, p. 166.
- 10 *Ibidem, loc. cit.*
- 11 Trata-se de uma oposição ao Antigo Regime, caracterizado pelo Estado absolutista, com o poder soberano personalíssimo (na mão de uma mesma pessoa) baseado nas razões divinas (com ausência de racionalidade e coerência), no exercício da força e violência (garantia da ordem interna e defesa externa) e no desempenho arbitrário do poder político. Logo, não se tinha proteção da pessoa, direitos de liberdades em frente ao Estado (DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48-49). Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65.
- 12 **Et al Dicionário de política**, v. 1, p. 248.
- 13 Cf. Montesquieu, 2000, p. 174-175.
- 14 Cf. DANTAS, *op. cit.*, p. 59.
- 15 Cf. Montesquieu, 2000, p. 175; COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de cons-**

- titucionalidade. Coordenação de André Ramos Tavares. São Paulo: Método, 2007. p. 53; DANTAS, *op. cit.*, p. 59.
- 16 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 149
- 17 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 16. *apud* COLNAGO, *op. cit.*, p. 54.
- 18 Idem. p. 55-58. Miguel Calmon Dantas (*op. cit.*, p. 63).
- 19 Para essa doutrina, o modelo norte-americano, em que há o controle de constitucionalidade desde 1803, seria a exceção do contexto histórico da época (DANTAS, *op. cit. loc cit*)
- 20 Cf. DANTAS, *ibidem*, p. 65-66.
- 21 Cf. DANTAS, *ibidem*, p. 52.
- 22 Cf. DANTAS, *op. cit.*, p. 61-62.
- 23 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 338- 366.
- 24 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 332.
- 25 Karl Loewenstein faz referência ao antigo Estado teocrático hebreu que tinha o poder político limitado pelas imposições da Bíblia, cabendo aos profetas fiscalizar e punir os atos que ultrapassassem esses limites. (*Teoria de la Constitución*. Tradução de Alfredo Galleo Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel 1970. p. 154-157, *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 33).
- 26 *Ibidem*, p. 34.
- 27 Inaugura-se, com o advento das primeiras Constituições escritas: a dos Estados Unidos da América (1787) e a da França (1791) (BULOS, *op. cit.*, p. 71).
- 28 Ver, dentre outros, SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 205 e ss.
- 29 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 22 out. 2011).
- 30 CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, *loc. cit.*
- 31 BARROSO, *op cit*, p. 6.
- 32 Por essas e outras, muito se discute qual terminologia seria a mais adequada: neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-positivista, constitucionalismo neopositivo, constitucionalismo contemporâneo, constitucionalismo principialista, novo Direito Constitucional ou constitucionalismo do pós-guerra (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 101)
- 33 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 18. (Coleção prof. Gilmar Mendes).
- 34 Seja pela possibilidade de controle difuso de constitucionalidade exercido por qualquer juiz, seja em virtude da fundamentação em dispositivos constitucionais (*Ibidem, loc. cit*).
- 35 *Ibidem*, p. 37.
- 36 A respeito do tema, ver, dentre outros, SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Constitucionalização dos direitos dos animais. **Revista da Faculdade de Direito (Faculdade Maurício de Nassau)**, v. 5, p. 217-236, 2010. p. 217 e ss.
- 37 Ver capítulo 3 do livro: SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Salvador: Evolução, 2012.
- 38 No Brasil, existe controle de constitucionalidade difuso (concreto) desde 1891. O controle concentrado (abstrato) foi introduzido em 1965. Com a Constituição de 1988, criaram-se novos mecanismos de controle concentrado. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (*Ibidem*, p. 7).
- 39 Os juízes passam a exercer uma atividade criativa com o dever de fundamentação. Para

- não ferir a lógica da separação dos poderes, o magistrado deve interpretar com vistas: a) recorrer ao sistema jurídico em busca do fundamento e legitimidade – legal ou constitucional; b) utilizar fundamento que possa ser utilizado em casos semelhantes (pretensão de universalidade) para evitar o casuísmo; c) ter em mente as consequências práticas da decisão no mundo dos fatos (*Ibidem*, p. 11).
- 40 VALLE, *op. cit.* p. 33-37
- 41 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47. O autor denomina “comunidade dos intérpretes” por haver como legitimados para provocação do controle de constitucionalidade por via da Ação Direta: a) o Presidente da República; b) a Mesa do Senado Federal, a da Câmara dos Deputados e a da Assembleia Legislativa; c) o Governador do Estado; d) o Procurador-Geral da República; e) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; f) os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; g) a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do art. 103, CF/88 (*Ibidem*, p. 259).
- 42 BARROSO, *op. cit.*
- 43 **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117.
- 44 *Idem*, p. 129.
- 45 *Op. cit.*, p. 432.
- 46 Obrigação de legislar: Gilmar Mendes propõe comissão para combater omissão legislativa. **Consultor Jurídico**. 26 de nov. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-nov-26/gilmar\\_propoe\\_comissao\\_combater\\_omissao\\_legislativa](http://www.conjur.com.br/2008-nov-26/gilmar_propoe_comissao_combater_omissao_legislativa)> Acesso em: 23 out. 2011.
- 47 Novo CPC permitirá saber o dia de amanhã, afirma Fux. **Consultor Jurídico**, 6 set. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-06/cpc-permitira-saber-dia-amanha-afirma-luiz-fux>>. Acesso em: 20 out. 2011.
- 48 *Apud* CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 31.
- 49 *Op. cit.*, p. 99.
- 50 Elival da Silva Ramos denomina tal modelo como “passivismo judiciário”, reduzido à mera aplicação mecânica dos enunciados normativos. *Op. cit.*, p. 129.
- 51 Mauro Cappelletti ressalta que a escolha significa discricionariedade, valoração e balanceamento, mas não arbitrariedade (*op. cit.*, p. 33).
- 52 *Ibidem*, *loc. cit.*
- 53 *Ibidem*, p. 49-68.
- 54 Nesse sentido, dentre outros, ver o artigo de TRIBE, Laurence H. Dez lições que a nossa experiência constitucional pode nos ensinar a respeito do quebra-cabeça dos direitos dos animais: o trabalho de Steven M. Wise. **Revista Brasileira de Direito Animal/Brazilian Animal Rights Review**. Salvador, ano 4, n. 5, p. 55-65, jan./dez. 2009.
- 55 BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF**: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=18](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=18)>. Acesso em: 23 out. 2011.
- 56 *Idem*, *ibidem*.
- 57 Sobre o tema, ver, dentre outros: SILVA, Tagore Trajano de Almeida; GORDILHO, Heron José de Santana. Eficácia dos direitos fundamentais e justiça distributiva: o interesse público como problema jurídico nos tratamentos de saúde. **Jurispoiesis**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 149-176, 2011.
- 58 CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 59-60.
- 59 DANTAS, *op. cit.*, p. 374.
- 60 Ver, dentre outros, GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2008.
- 61 G. Jellinek destaca quatro *status* (situações jurídicas) em que o indivíduo passa a se relacionar com seu Estado, quais sejam: *passivo*, *negativo*, *positivo* e *ativo*. Pelo *status passivo*, não há novidade, pois se trata da relação de subordinação com os Poderes estatais, mediante estipulação de deveres (ordens e proibições). Já com o *status negativo* (de liberdade), passa-se a reconhecer personalidade ao indivíduo que, agora, em sua esfera individual, fica livre da intervenção estatal. O *status positivo (civitatis)* nasce com o surgimento de instituições estatais

- para exigir do próprio Estado as respectivas prestações positivas (direitos públicos subjetivos). Por último, com o *status ativo*, o indivíduo passa a ter a possibilidade de participar da formação da vontade política estatal, como membro ativo de sua própria comunidade (direitos políticos, ex.: direito ao voto) (CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 163-164.).
- 62 São normas genéricas (princípios) que, ao invés de regular diretamente a matéria, dirigem e orientam o Poder Público a desenvolver seus objetivos sociais traçados. Logo, pode-se vislumbrar uma limitação do âmbito de discricionariedade legislativa (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136-138).
- 63 DANTAS, *op. cit.*, p. 376-377.
- 64 *Idem, ibidem*, p. 314-315..
- 65 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 11, 69, 257, *apud* BULOS, *ibidem*, p. 110.
- 66 DANTAS, *op. cit.*, p. 320.
- 67 É a variedade de corrente de pensamento, diversidade de opiniões conflitivas e tensas entre si (BULOS, *op. cit.*, p. 505).
- 68 *Staat, Recht und Geschichte*, 1961, p. 7 e ss, *apud* HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.
- 69 HESSE, *ibidem*, p. 4-7.
- 70 *Idem, ibidem, loc. cit.*
- 71 *Idem, ibidem*, p. 7-8.
- 72 BULOS, *ibidem.*, p. 123-130.
- 73 *Idem, ibidem*, p. 109.
- 74 “[...] elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também [...] o estado espiritual de seu tempo” (*Idem, ibidem*, p. 134)
- 75 *Ibidem*, 136.
- 76 *Idem, ibidem*, p. 133-137.
- 77 DANTAS, *op. cit.*, p. 34.
- 78 COELHO, Inocêncio Mártires *et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105-106.
- 79 COSSIO, 1964, *apud Idem, ibidem*, p. 107.
- 80 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 103.
- 81 Para o correto uso dessa ferramenta de decidibilidade de conflitos (a hermenêutica), não se pode agir movido por uma inconstante e tentadora discricionariedade, mas sob uma dupla perspectiva: a teórica e a prática. Na primeira, procura-se descrever o processo de interpretação e compreensão na mente do sujeito que busca conhecer o objeto. Na segunda, busca-se produzir critérios para afirmação de objetividade no processo de interpretação e compreensão, por meio das regras e métodos (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 234).
- 82 BÖCKENFÖRDE, 1993, *apud* COELHO, Inocêncio Mártires. *ibid.*, p. 171.
- 83 BULOS, *op. cit.*, p. 449.
- 84 Paulo Bonavides esclarece que os métodos modernos de hermenêutica são resultados da insatisfação de juristas com o positivismo lógico-formal que prosperou no Estado liberal. Agora, busca-se um sentido mais profundo da Constituição como forma de estabelecer a pretensa adequação entre Direito e Sociedade. Portanto, os métodos modernos visam a uma hermenêutica material da Constituição (**Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, p. 476).
- 85 HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. p. 25, *apud* BONAVIDES, *ibidem*, p. 481.
- 86 A respeito do processo de incorporação de preceitos jurídicos tradicionais, ver, dentre outros, GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. **Revista de Direito Ambiental**, v. 65, p. 333-363, 2012.
- 87 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1212.

- 88 BONAVIDES, *op. cit.*, p. 481-482.  
89 *Vide nota 92.*  
90 *Idem, ibidem*, p. 477.  
91 HESSE, *op. cit.*, p. 109-111.  
92 *Idem, ibidem*, p. 108-116.  
93 Art. 5º, LXXI, CF/88  
94 “LXXI –[...] torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”  
95 CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 529.  
96 A fonte imediata seria o *Verfassungsbeschwerde*, ação constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em face de violação pelo Poder Público, proposta pelo particular perante o Tribunal Constitucional Federal, desde que esgotadas as instâncias ordinárias (CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 531).  
97 José Afonso da Silva entende que a referência inglesa serviu de inspiração brasileira, o *equity*. Assim, na falta da norma legal regulando a espécie e quando a *common law* não oferecer proteção suficiente, cabe ao juízo de equidade resolver o impasse (Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). **Mandado de segurança e de injunção**, p. 397, *apud idem, ibidem, loc. cit.*). No mesmo sentido, BULOS, *op. cit.*, p. 762.  
98 Do modelo norte-americano só conservou o nome, pois o *common law*, o *writ of injunction* se trata da antiga “ação cominatória” do direito brasileiro, em que a Corte proíbe a pessoa-grupo de praticar determinada ação, ou que ordena que certa ação seja realizada (CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “writs” na Constituição de 1998**. São Paulo: Forense Universitária, 1989. p. 101, *apud*, MAZZEI, Rodrigo Mandado de injunção, In: DIDIER JUNIOR, Fredie, (coord.). **Ações constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 215-216).  
99 No Direito português ocorre em razão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em sede de controle concentrado que, uma vez constatada a omissão, cabe apenas ao Poder Judiciário declará-la ao Legislativo para que se tomem providências (*Idem, ibidem, loc cit*).  
100 Também se trata de ADIN por omissão, consoante o direito português (DANTAS, Ivo. **Mandado de injunção: guia teórico e prático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 72, *apud, idem, ibidem, loc cit*).  
101 *Idem, ibidem, loc. cit.*  
102 MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 21-9-1990.  
103 CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 532  
104 Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 882.  
105 Cf. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (Art. 173, II) que prevê a prioridade de julgamento do mandado de injunção.  
106 MI 342/SP, DJU 1-8-1991; MI 335, DJU 1-8-1991; MI 487, DJU 29-6-95; MI 530-3/SP, DJU 8-3-1996; MI 535-4/SP, DJU 14-3-1996; MI 536-2/MG, DJU 17-4-1996; MI 569, DJU 5-2-1998.  
107 MAZZEI, *op. cit.*, p. 219. Cf. MEIRELLES, *ibidem, loc. cit.*  
108 MEIRELLES, *ibidem, loc. cit.* Nesse sentido, o autor cita TJSP, MI n. 120.787-5/4, Rel. Des. Sidnei Beneti, AASP 2.166/292-e.  
109 Por fim, não há o que se falar em prescrição ou decadência, muito em virtude da ausência de lei processual própria. Não obstante, caso ela venha a ser regulamentada, poderá ser abordada, poderá estabelecer tal limitação temporal (MEIRELLES, *ibidem, loc. cit*)  
110 *Idem, ibidem, loc. cit.*  
111 Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 450-452; MENDES, *op. cit.*, p. 1377; CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 538-539; BULOS, *op. cit.*, p. 764-765  
112 PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989 p. 112, *apud* MENDES, *op. cit.*, p. 1378.  
113 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal “[...] I - [...] q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma

- dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.
- 114 Art. 103. “[...]: § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.
- 115 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – “[...]: h) o mandado de injunção, quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”.
- 116 Cf. CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 533; SILVA, *op. cit.*, p. 449-450.
- 117 SILVA, *op. cit.*, p. 450.
- 118 MI 60-3/DF, DJU de 9-3-90.
- 119 MI 288/DF, DJU de 3-5-95; MI 426/PR, DJU de 16-2-96.
- 120 MI 361/RJ, Rel. Para acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 17-6-94.
- 121 RTJ 131/963 – RTJ 186/20-21
- 122 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 317.
- 123 Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 250; PASSOS, J. J. Calmon de, *op. cit.*, p. 250.
- 124 CUNHA JÚNIOR (*op. cit.*, p. 538) cita como adeptos a essa teoria e, também, a adere: Luís Roberto Barroso e José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 449).
- 125 Nesse sentido, cf. MI 595-AgRg, DJU 23-4-1999.
- 126 CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 539-540.
- 127 Art. 6º, LC nº 75/93, c/c art. 129, III, CF/88.
- 128 Art. 129, §1º, CF/88.
- 129 MI 323/DF, DJU 14-2-1992; MI 369/DF, RTJ, 114:397; MI 288-6/DF, DJU 3-5-1995; MI 502-8, DJU 8-12-1996 Clêrmerson Merlin Clève é adepto a esse entendimento (CUNHA JÚNIOR, p. 541) e Uadi Lammêgo Bulos (*op. cit.*, p. 767).
- 130 BULOS, *op. cit.*, p. 769.
- 131 Art. 102, I, q), CF/88.
- 132 Art. 102, II, a), CF/88. Vislumbra-se que a Constituição atribuiu competência originária aos Tribunais Superiores (CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 543).
- 133 Art. 102, III, a), CF/88.
- 134 Art. 105, I, h), CF/88. Quanto à ressalva da Justiça Militar, Eleitoral, Federal e do Trabalho, Dirley da Cunha Júnior entende que essa competência só será atribuída de fato mediante edição de lei definindo a competência desses órgãos (*ibidem, loc. cit.*).
- 135 Art. 121, § 4º, V, CF/88.
- 136 Art. 125, § 1º, CF/88
- 137 O termo vem do entendimento de que o mandado de injunção seria uma via subsidiária da ação de inconstitucionalidade por omissão, diferindo-se, apenas, quanto à legitimidade ativa (MAZZEI, *op. cit.*, p. 227).
- 138 Na espécie, o Oficial do Exército alegava que o Presidente da República não havia encaminhado ao Congresso Nacional projeto de lei disciplinando a duração dos serviços temporários, como exige o art. 42, § 9º da Constituição. Requereu-se, também, concessão de liminar que garantisse o seu *status* funcional até a decisão definitiva.
- 139 STF, MI 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 21-9-1990.
- 140 **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 251.
- 141 *Op. cit.*, p. 317.
- 142 Art. 5º, XXXVI, CF/88.
- 143 MI 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 133/11 (33-35).
- 144 José Carlos Barbosa Moreira entende que o *writ* injuncional deve ser compreendido de forma a atribuir-lhe o máximo de eficácia possível, uma vez que não é possível “[...] que a Constituição haja querido fazer uma coisa só de dois instrumentos que forjou separada-

- mente [...]” (SOS para o mandado de injunção, **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 11-9-1990, 1º Caderno, p. 11 *apud* CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 546). Outro crítico foi J. J. Calmon de Passos. Segundo ele, o mandado de injunção “[...] não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto” (J. J. Calmon de Passos, *op. cit.*, p. 98-99, *apud idem, ibidem*, p. 551)
- 145 BULOS, *op. cit.*, p. 770.
- 146 Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 14-11-1991. Foi impetrado com fundamento no art. 8º, § 3º, ADCT: “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.
- 147 Rel. Para acórdão o Min. Celso de Mello, DJU 26-6-1992. Foi impetrado no mesmo fundamento (art. 8º, § 3º, ADCT).
- 148 Assim, foi decidido: a) declarar em mora o legislador; b) assinar prazo a fim de que se ultime o processo legislativo (45 dias, mais 15 para sanção presidencial); c) findo o prazo, sem a promulgação da lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter sentença líquida de condenação e reparação por perdas e danos, pela via processual adequada; d) prolata a decisão, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável (MI 283-5/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 14-11-1991).
- 149 TAVARES, *op. cit.*, p. 883.
- 150 **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 185.
- 151 *op. cit.*, p. 259.
- 152 A crítica é no sentido de que tal entendimento não atende ao comando do constituinte, qual seja, tornar o desfrute imediato do direito, com vistas à norma-principiológica consagrada no art. 5º, § 1º da CF/88, uma vez que se trata de um controle incidental de constitucionalidade por omissão, por via da qual cabe ao Judiciário remover um obstáculo impeditivo do exercício de um direito no caso concreto (Cf. CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 550-555).
- 153 MI 283-5/DF, DJU 14-11-1991, JSTF, LEX 158, fevereiro de 1992, p. 110.
- 154 MENDES, *op. cit.*, p. 1386.
- 155 Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, DJU 31-10-2008.
- 156 Rel. Min. Eros Grau, DJU 31-10-2008.
- 157 Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 31-10-2008.
- 158 O voto do Min. Eros Grau se baseia na circunstância de que a mora se estendia por mais de 17 anos (da promulgação da atual Constituição) e já se havia dado ciência dessa mora ao órgão responsável (MI 20, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 22-11-1996; MI 485, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23-8-2002 e MI 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 02-08-2002), embora não tenha surtido efeito.
- 159 “[...] ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão somente dispor sobre a adequada configuração de sua disciplina” (MENDES, *op. cit.*, p. 1389).
- 160 O fundamento que baseou a aplicação *erga omnes* da decisão teve por fundamento o princípio da isonomia. O Min. Eros Grau, em seu voto (MI 712-8/PA), explica que, dessa forma, não se criariam normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos, pois norma jurídica é abstrata, genérica e inovadora, isto é, regula comportamento de uma sociedade.
- 161 MENDES, *op. cit.*, p. 1394.
- 162 670/9/ES, 712-8/PA e 708-0/DF.
- 163 Art. 37. VII, CF/88 (direito de greve dos servidores públicos). A conclusão que se pode ter é que tal norma estaria mais afeta à objetividade (abstração, generalidade), em respeito ao princípio da isonomia, embora fosse apreciada num processo subjetivo ou concreto.
- 164 MAZZEL, *op. cit.*, p. 241.
- 165 MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 30-11-2007, voto do relator: p. 9.

- 166 Vale destacar o voto vista do Min. Eros Grau (MI 721, fl. 15-16), que cita a observação feita pelo ministro Celso de Mello quando do MI 20: “[...] O Poder Legislativo [...] está vinculado institucionalmente à concretização da atividade governamental que lhe foi imposta pela Constituição, ainda que o efetivo desempenho dessa incumbência constitucional não esteja sujeito a prazos pré-fixados, [...] a inexistência da lei [...] reclamada pela Constituição reflete [...] evidente despreço pelo comando constitucional. (fls. 129-131) ”.
- 167 Cf. TAVARES, *op. cit.*, p. 884.
- 168 MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 30-11-2007, voto do relator: p. 9-10
- 169 Eros Grau ressalta que o critério tradicional de classificação das funções estatais é o orgânico ou institucional, que se repercute no exercício dos respectivos Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário (MI 721, voto vista, Min. Eros Grau: p. 26).
- 170 MI 721, voto vista, Min. Eros Grau: p. 24-25.
- 171 MI 721, voto vista, Min. Eros Grau: p. 29.
- 172 “[...] aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte” (SILVA, *op. cit.*, p. 117).
- 173 MI 721, voto, Min. Carlos Britto, p. 33.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 22 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)

?pagina=18>. Acesso em: 23 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Noberto, MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UNB, 2000, v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação conforme a constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade**. Coord. André Ramos Tavares. São Paulo: Método, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo Animal**. Salvador: Evolução, 2008.

GORDILHO, Heron José Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. **Revista de Direito Ambiental**, v. 65, p. 333-363, 2012.

\_\_\_\_\_. Por uma dogmática pós-moderna. **Revista do Programa de Pós-Graduação da UFBA**, Salvador: UFBA, v. 16, 2008.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, v. 1.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Coord.). **Ações constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, controle incidental de normas no direito brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição**. São Paulo: Editora Método, 2008. (Coleção Prof. Gilmar Mendes).

BITTENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de injunção na tutela de direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Salvador: Evolução, 2012.

\_\_\_\_\_. GORDILHO, Heron José de Santana. Eficácia dos direitos fundamentais e justiça distributiva: o interesse público como problema jurídico nos tratamentos de saúde. **Jurispoiesis**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 149-176, 2011.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização dos direitos dos animais. **Revista da Faculdade de Direito**, Faculdade Maurício de Nassau, v. 5, p. 217-236, 2010. p. 217 e ss.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia concretista das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão: possibilidade do Judiciário suprir as omissões do Estado. **Revista de Direito Brasileira/Brazilian Journal of Law- RDBras**, v. 2, p. 193-228, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

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

TRIBE, Laurence H. Dez lições que a nossa experiência constitucional pode nos ensinar a respeito do quebra-cabeça dos direitos dos animais: o trabalho de Steven M. Wise. **Revista Brasileira de Direito Animal/ Brazilian Animal Rights Review**. Salvador, ano 4, n. 5, p. 55-65, jan./dez. 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Artigo recebido em: 16-2-2012

Aprovado em: 12-7-2012