



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Omissões Normativas Inconstitucionais e a Decisão do Mandado de Injunção

Eduardo Aidê Bueno de Camargo

Rio de Janeiro
2010

EDUARDO AIDÊ BUENO DE CAMARGO

Omissões Normativas Inconstitucionais e a Decisão do Mandado de Injunção

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval
Prof^ª. Katia Silva
Prof^ª. Mônica Areal
Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

OMISSÕES NORMATIVAS INCONSTITUCIONAIS E A DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Eduardo Aidê Bueno de Camargo

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo: No constitucionalismo moderno, há o reconhecimento de uma inevitável criatividade dos juízes, sobretudo dos Tribunais Constitucionais, na aplicação do Direito. O mandado de injunção surge como importante ferramenta posta ao cidadão para a concretização de seus direitos fundamentais. Contudo, os obstáculos à criação de uma norma regulamentar pelo Judiciário, quais sejam, a separação de poderes e a ausência de legitimidade democrática, são argumentos frequente em face dessa criatividade. Nesse cenário, mostra-se necessário traçar um procedimento racional para legitimar a atuação do Judiciário nos casos de omissão inconstitucional, mais especificamente no caso da decisão em sede de mandado de injunção.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Omissão; Inconstitucionalidade; Mandado de Injunção; Discricionariedade Judicial.

Sumário: Introdução. 1. O velho problema da eficácia das normas constitucionais. 2. As omissões normativas inconstitucionais. 3. O mandado de injunção. 4. Alguns obstáculos para uma sentença aditiva(?) 5. Parâmetros para a decisão do mandado de injunção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A inconstitucionalidade por omissão constitui um dos problemas mais tormentosos do Direito Constitucional. Paradoxalmente, o tema também é um dos mais

cativantes, pois passa por questões ligadas à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, à correta delimitação dos Poderes do Estado, à legitimidade democrática dos atos dos Poderes do Estado e à discricionariedade e ativismo judiciais.

O desafio do constitucionalismo do futuro não é mais dar efetividade às normas constitucionais com a superação das omissões normativas inconstitucionais, mas de perquirir como será feito o efetivo controle das decisões que superam estas omissões e concretizam os direitos constitucionais, tarefa, primordialmente daquele que é considerado o guardião da Constituição, ou seja, o Poder Judiciário. Com efeito, a invasão do Judiciário em atos de outros poderes quando violadores da Constituição é pressuposto indiscutível em sistemas em que se prega a supremacia das normas constitucionais e o controle de constitucionalidade dos atos do poder público. Sendo assim, é fundamental que se formule um procedimento racional para dar maior legitimidade às decisões na jurisdição constitucional, que envolve um alto grau de criatividade do aplicador do Direito.

Esta necessidade de racionalidade torna-se notável no momento em que se delineou, no Supremo Tribunal Federal, uma nova perspectiva para o mandado de injunção, mormente com o julgamento dos MI 670, 708 e 712 em que se discutiu a regulamentação do direito de greve do servidor público.

Na exposição deste ensaio, pretende-se trazer alguns elementos para uma reflexão acerca da decisão em sede de mandado de injunção, além esboçar alguns *standards* para aplicação do *writ*, garantindo uma atuação legítima e responsável do Poder Judiciário.

1. O VELHO PROBLEMA DA EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

O busca pela atribuição de eficácia às normas constitucionais tem origem no nascimento do próprio constitucionalismo. No Direito Constitucional brasileiro, a primeira grande classificação ocorreu no início do século XX, com Ruy Barbosa, que importou do direito norte-americano uma conhecida classificação das normas constitucionais quanto à eficácia. Segundo tal doutrina, as normas constitucionais seriam autoaplicáveis (*selfexecuting*), normas revestidas de plena eficácia jurídica por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, ou não autoaplicáveis (*non selfexecuting*), normas de aplicabilidade dependentes de outras normas regulamentares.

Atualmente, tal classificação não desfruta de muito prestígio no mundo jurídico, pois, por muito tempo, foi utilizada, em verdade, para retirar a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Foi combatida veemente a partir da segunda metade do século XX por doutrinadores de diversos países.

No Direito Constitucional brasileiro, José Afonso da Silva, com forte inspiração em Vezio Crisafulli e em Meirelles Teixeira, estabelece o grande marco para o rompimento de uma Constituição álibi¹, cheia de inefetividade e de insinceridades. Em 1968, o autor apresenta ao público sua consagrada classificação das normas constitucionais, fazendo a distinção entre normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada ou reduzida.

Em breve síntese, normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. Já as normas constitucionais de eficácia

¹ Segundo Marcelo Neves, o objetivo da Constituição álibi é fortalecer a confiança do cidadão no respectivo governo, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 37.

contida são aquelas que o legislador constituinte, assim como nas de eficácia plena, regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, deixando, todavia, margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público. Por último, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que somente incidem totalmente sobre determinada situação fática ou jurídica após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade².

Apesar das críticas³ e da falta de ineditismo, tal classificação teve o mérito de revelar ao meio jurídico o que atualmente é marcado pela obviedade: as normas constitucionais são normas jurídicas e, portanto, possuem um mínimo de eficácia. Em outras palavras, a Constituição, tendo força normativa, não pode ser vista como uma carta de intenções sem qualquer efeito no mundo fático ou jurídico. Tem-se início com José Afonso da Silva aquilo que se denominou de “doutrina brasileira da efetividade”⁴.

Reconhecida a eficácia jurídica de todas as normas constitucionais, o passo seguinte seria a busca de sua eficácia social (efetividade). É necessário, portanto, que a Constituição seja implementada também no mundo dos fatos, para que não seja considerada mera folha de papel ou mera formulação retórica. Sendo norma jurídica, a Constituição é expressão do dever ser. Por isso, não tem o objetivo de descrever meramente os fatos ou revelar algo preexistente; do contrário, tem a pretensão de impor ordem e conformação à realidade política e social⁵.

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

³ Em verdade, “toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia. Ou seja: todas as normas são de eficácia limitada.” SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. In *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006, p. 50.

⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Org. Luís Roberto Barroso, 2003.

⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

A Constituição de 1988 surgiu em um momento histórico de redemocratização do Estado brasileiro. Momento propício para mudanças e proliferação de ideais para um futuro melhor. Apresenta, como consequência, uma forte carga de dirigismo político, deixando de ser mero instrumento garantidor do *status quo*. Tem, assim, a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, reduzindo campo de deliberação política majoritária.

Mais de 20 anos depois da promulgação da Constituição dirigente brasileira, ela continua viva. Para sua real efetivação, propõe-se, então, uma mudança de conceito. Passamos a utilizar a nomenclatura “Constituição aspiracional”⁶, a qual une o antigo conceito de Constituição dirigente agregado a um compromisso dos movimentos sociais, opinião pública e, em geral, das forças políticas para a realização da Constituição, formando-se uma nova cultura jurídica de proteção de direitos. Por conseguinte, promove, de certa forma, um maior ativismo judicial e uma politização da prática judicial, já que tem como pressupostos a centralidade da Constituição e a função de guardião constitucional nas mãos do Judiciário.

Em um contexto de uma Constituição aspiracional, ou seja, de uma grande inquietude com o presente, tendo a pretensão de possibilitar de um futuro melhor, é o mandado de injunção um poderoso instrumento para a garantia da tão almejada efetividade constitucional.

2. AS OMISSÕES NORMATIVAS INCONSTITUCIONAIS

⁶ GARCIA-VILLEGAS, Maurício. *Democracia y Estado social de derecho. Aspiraciones y Derechos en el Constitucionalismo Latinoamericano*. In *La reforma política del Estado en Colombia: Una salida integral a la crisis*. Edição de Miguel E. Cárdenas. Bogotá: Cerec-Fescol, p. 207 e s.

Em regra, legislar é uma atividade política discricionária do Poder Legislativo. Cabe a esse Poder agir oportunamente nas matérias que reputar relevantes, fundado sempre em um argumento de política, quando entender conveniente. No entanto, quando há um dever de legislar previsto na Constituição, não se pode falar em discricionariedade propriamente dita. Nesse caso, o não agir, resulta, necessariamente, em uma omissão normativa inconstitucional. Também existirá omissão normativa inconstitucional quando a Constituição consagrar normas referentes a direitos fundamentais sem a suficiente densidade para se tornarem normas exequíveis por si mesmas, reenviando para o legislador de forma implícita tal tarefa. Em suma, pode-se conceituar omissão normativa inconstitucional como o comportamento omissivo de um dos poderes constituídos contrário a um dever constitucional, explícito ou implícito, de elaborar uma norma regulamentadora.

Dúvida pode surgir é se diante uma norma programática haveria verdadeiramente uma omissão inconstitucional. J. J. Gomes Canotilho separara as omissões normativas resultantes de preceitos constitucionais concretamente impositivos daquelas que resultam da não atuação de preceitos constitucionais abstratamente impositivos, isto é, normas-tarefa ou normas programáticas. Estas últimas seriam aquelas que traçam os fins sociais a serem alcançados pelo Estado. Segundo o referido autor, não geram o direito subjetivo aos jurisdicionados, possuindo apenas uma eficácia negativa, ou seja, contém o dever dos poderes públicos de se absterem de atos que contravenham os programas traçados⁷. Apesar do respeitável entendimento, é preciso interpretar a Constituição sempre dando a importância para a sua máxima efetividade. Nesse sentido, as normas programáticas possuem sim uma eficácia positiva, pelo menos no que se refere às normas de direitos fundamentais ligadas ao mínimo

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1087

existencial, que são as prestações materiais mínimas inerentes ao desenvolvimento da vida humana com dignidade⁸.

3. O MANDADO DE INJUNÇÃO

Já prevendo o descaso com os preceitos constitucionais, o legislador constituinte de 1988 criou dois importantes institutos. O primeiro é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista no art. 103 da Constituição da República, enquanto o outro é o mandado de injunção previsto no art. 5º, LXXI, da Lei Fundamental. Apesar de os dois instrumentos merecerem um estudo amplo e consistente, o presente trabalho tem como análise tão somente o mandado de injunção.

O mandado de injunção é uma garantia fundamental prevista no Título II da Constituição. Ser garantia fundamental talvez seja o único ponto convergente na doutrina e jurisprudência sobre o respectivo *writ*. Para a elaboração de um conceito mais completo será necessário passar por diversos pontos de conflito. Por essa razão, o conceito do instituto somente será dado ao final deste tópico.

Quanto ao objeto do mandado de injunção, há divergência na doutrina.

Uma primeira corrente dá sentido restrito ao objeto⁹. Afirma que o mandado de injunção tem por objeto tão somente os direitos inerentes à nacionalidade, à soberania e à

⁸ Embora ainda não exista um consenso amplo sobre o conteúdo do mínimo existencial, é razoavelmente aceito que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247 e s.

⁹ Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 325.

cidadania. A crítica que se faz é que tal corrente desconsidera a grande indeterminação que conceitos como soberania, nacionalidade e cidadania podem ter.

Enquanto isso, outra corrente dá sentido amplo ao objeto do mandado de injunção¹⁰: quaisquer direitos, liberdades e prerrogativas previstas em quaisquer dispositivos da Constituição. A crítica a ser feita é que tal corrente ignora a localização topológica e a natureza de garantia fundamental. Além disso, não se pode reduzir a expressão “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” a um nada, já que a “a lei não prevê palavras inúteis”.

Apesar de ambos os entendimentos possuírem bons argumentos, adota-se uma posição intermediária. Até para que haja uma efetiva diferença com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o melhor entendimento realmente é o de que o objeto do mandado de injunção são os direitos contemplados no Título II da Constituição, ou seja, os direitos fundamentais¹¹. Com efeito, estando o mandado de injunção previsto dentre as direitos e garantias fundamentais, chega-se a conclusão de que se trata de um instrumento da efetividade dos direitos fundamentais.

Ultrapassa a discussão sobre o objeto do mandado de injunção, tem-se que não é possível elaborar um verdadeiro conceito sem antes estabelecer a real finalidade de um instituto. Enfrentar-se-á, então, a grande divergência que existe acerca da natureza jurídica da decisão de mérito em sede de mandado de injunção.

¹⁰ Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 245.

¹¹ Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242. Aparentemente, nesse sentido: MENDES, Sérgio da Silva. *Hermenêutica da Criação ... e dos Esquecimentos: o holzwege do mandado de injunção*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-SERGIO%20MENDES.pdf>. Acesso em: 03.11.2010, p. 30.

Para uma primeira corrente, a natureza da decisão seria meramente declaratória¹². Nesse caso, o mandado de injunção teria como finalidade dar apenas ciência ao órgão omisso. Com argumentos ancorados, sobretudo, no princípio da separação dos poderes e no princípio democrático, afasta-se qualquer possibilidade de o Tribunal competente criar uma norma supletiva. Ante a tese da impossibilidade de haver qualquer criação pelo órgão julgador, denominou-se tal corrente como não concretista.

Mesmo sem dar solução para a inefetividade deflagrada, era, na prática, esta a solução que o Supremo Tribunal Federal vinha dando à questão, desde o julgamento de Questão de Ordem no MI 107-DF. Denominava o STF de mandamental a decisão, mas seu conteúdo na verdade era declaratório, com o os mesmos efeitos que se dava à decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹³.

Outra corrente, denominada por alguns de concretista geral, considera que a decisão do mandado de injunção tem natureza preponderantemente constitutiva com efeitos subjetivos *erga omnes*. A finalidade do mandado de injunção seria, então, a proteção objetiva dos direitos e prerrogativas constitucionalmente tutelados¹⁴. Formula-se críticas, fracas do ponto de vista argumentativo, no sentido de que esta corrente violaria os princípios da separação de poderes e da democracia. Coerentemente com o que aqui se defende, tais argumentos não podem ser aceitos. Em verdade, a principal crítica que se faz a essa corrente, ao contrário do que possa parecer, é que, ao considerar tal decisão como constitutiva geral, os

¹² Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 325-326. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 141. Apesar de esse último autor afirmar que a natureza da decisão é mandamental, dá efeitos declaratórios ao defender que não há possibilidade de qualquer criação normativa.

¹³ Cf. STF, Pleno, QO no MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 23.11.1989. No mesmo sentido: STF, Pleno, MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 21/03/1990; STF, Pleno, MI 361, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 08/04/1994; STF, Pleno, MI 584, Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 29/11/2001, DJU 22.02.2002.

¹⁴ Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 184.

seus efeitos seriam absolutamente idênticos ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁵.

Já para uma terceira corrente, denominada de concretista individual direta, a natureza da decisão é preponderantemente constitutiva com efeitos subjetivos *inter partes*¹⁶. A finalidade do mandado de injunção seria, portanto, possibilitar, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. O juiz, para os defensores dessa corrente, teria como função criar a norma regulamentadora para o caso concreto e aplicá-la na pretensão veiculada. Para essa corrente, a criação da norma não faria parte do mérito do processo, mas seria uma questão prejudicial. Como consequência, a legitimidade passiva da ação seria diversa daquela que prega as outras correntes, recaindo sobre a pessoa a qual cabe a prestação decorrente da norma faltante.

Por último, há ainda uma quarta corrente, denominada de concretista indireta ou intermediária¹⁷, que entende ter a decisão em mandado de injunção, preponderantemente, a natureza mandamental. A finalidade do *writ* seria, então, obrigar o órgão omissor a elaborar o ato normativo. Essa inclusive parece ter sido a vontade do constituinte, isso porque: (i) o *nomen iuris* do instituto contém a expressão mandado; (ii) há previsão no art. 102, II, a, da Constituição de que, denegada a ordem, caberá recurso ordinário para o STF; (iii) a competência para apreciar e julgar o mandado de injunção é definida em razão do órgão que

¹⁵ O Supremo Tribunal Constitucional vem aplicando a mesma técnica desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), a chamada declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*). Em outras palavras, para a Corte, a decisão possuiria uma natureza meramente declaratória (cf. STF, Pleno, ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 24/02/2010). Todavia, a técnica das *sentenze aditive* do Tribunal Constitucional italiano (*Corte costituzionale*), ante seu caráter constitutivo, parece ser a que melhor protege os direitos e interesses previstos na Constituição da inércia do poder público no âmbito a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

¹⁶ Nesse sentido: PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 169; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 447.

¹⁷ Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 167; QUINTAS, Fábio Lima. *A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas*. In Revista de Direito Público, n. 20, mar-abr, 2008, p.94.

deveria suprir a omissão normativa o que leva à conclusão de que esses órgãos são os legitimados passivos¹⁸.

Formalmente, o STF adotava esse entendimento, apesar de, na prática, dar efeitos declarativos à decisão. Isso porque o Tribunal desconsiderava que, assim como toda decisão mandamental, no caso de não cumprimento, o juiz deve, em um momento posterior, determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 461 do Código de Processo Civil). Aplica-se, assim, o princípio da máxima coincidência possível ou da primazia da tutela específica, pelo qual se deve dar ao jurisdicionado exatamente aquilo que ele obteria caso não fosse necessário o ingresso no Judiciário, ante o cumprimento espontâneo do dever jurídico¹⁹. Dessa forma, em um primeiro momento, o órgão julgador irá declarar a inconstitucionalidade por omissão, determinando que se elabore a norma regulamentadora em prazo razoável (mínimo de um processo legislativo sumário, ou seja, 100 dias²⁰). Já num segundo momento, o órgão julgador irá estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá os interessados promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado²¹.

Nessa segunda etapa o órgão julgador poderá, por exemplo, (i) dar autoaplicabilidade para uma norma não autoaplicável²²; (ii) estabelecer a aplicação de uma regra do ordenamento jurídico que regula uma situação semelhante (analogia *legis*)²³; (iii)

¹⁸ QUINTAS, Fábio Lima. *A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas*. In Revista do Direito Público. Volume 20, mar-abr, 2008. p. 94.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito constitucional*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 323.

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 167.

²¹ O art. 8º do Projeto de lei que visa regulamentar o mandado de injunção (PL 6.128/2009) consolida esse entendimento.

²² STF, Pleno, MI 284-DF, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, julg. 22.11.1992; STF, Pleno, MI 232-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 02.08.1991.

²³ Em julgamento conjunto de três mandados de injunção, o STF definitivamente considerou mandamental a decisão. Nesses julgados históricos, reconheceu a mora legislativa para regulamentar o art. 37, VII, da Constituição, e determinou a aplicação por analogia da Lei 7.783/89, dando efeitos *erga omnes* à sua decisão

criando a norma a ser aplicada com base nos princípios jurídicos (*analogia iuris*); (iv) possibilitando a reparação do dano através do pagamento de indenização por perdas e danos²⁴; (v) no caso de omissão relativa, em que há uma ofensa ao princípio da isonomia, estender tal benefício ao grupo que não recebia a incidência da norma²⁵. Vale acrescentar que, devido a certa discricionariedade judicial e a uma mais acentuada interferência na função legislativa, esse segundo passo do julgamento deve ser efetivado através de um procedimento racional a ser estudado no tópico seguinte.

Questão que ainda a ser debatida é quanto aos efeitos subjetivos da decisão do mandado de injunção. Indaga-se se decisão, quando concretizada, teria efeitos *inter partes* ou efeitos *erga omnes*. Se a finalidade da ação é obrigar o órgão omissor a elaborar a norma regulamentar e a legitimidade passiva não é da pessoa a qual cabe a prestação decorrente da norma faltante²⁶, como se sustentar que os efeitos da decisão é *inter partes*? Assim, ao contrário da maioria, considerando o mandado de injunção como um instrumento cívico para sanar o vício da inefetividade das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, entende-se que o efeito da decisão só poderá ser geral (*erga omnes*)²⁷.

(STF, Pleno, MI 670-ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. em 25.10.2007; STF, Pleno, MI 708-DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 25.10.2007; STF, Pleno, MI 712-PA, rel. Min. Eros Grau, julg. em 25.10.2007). Um pouco antes, todavia, o STF declarou a inércia legislativa para a regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição e determinou a aplicação por analogia do artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. Neste julgado, diferente dos outros, o Tribunal deu eficácia *inter partes* a sua decisão (STF, Pleno, MI 721-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 30.08.2007). No mesmo sentido: STF, Pleno, MI 1083-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 02/08/2010; STF, Pleno, MI 788-DF, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 15/04/2009.

²⁴ STF, Pleno, MI 283-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 20.03.1991.

²⁵ Está pendente de julgamento o RE 405.579 em que o STF discute de seria possível a extensão de um benefício fiscal a uma determinada situação jurídica, por possível afronto ao princípio da isonomia. Favoravelmente à extensão manifestaram o Min. Marco Aurélio e o Min. Carlos Britto. O Min. Gilmar Mendes, acompanhou a divergência e defendeu a utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição, em decisão de efeitos aditivos (Info. 484, RE 405.579, rel. Min. Joaquim Barbosa).

²⁶ Cf. STF, Pleno, QO no 352, Rel. Min. Néri Da Silveira, julgado em 04/09/1991 e art. 3º do PL 6.128/2009.

²⁷ O art. 9º do PL 6.128/2009, apesar de afirmar no *caput* que a “decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”, no parágrafo primeiro considera que “poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração”.

O efeito *inter partes* não teria sentido, já que tal efeito poderia ser conseguido em qualquer demanda jurisdicional. Observe-se que: (i) por decorrência do art. 5º, XXXV, da Constituição, a nenhum juiz é dado não apreciar determinada questão levada ao Judiciário, vedado o *non olet*; (ii) todo juiz é legitimado a reconhecer a inconstitucionalidade de determinada norma; (iii) todo juiz pode aplicar, no caso concreto e com efeitos *inter partes*, a regra do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil não sendo necessária a ida a um Tribunal para tanto²⁸; (iv) não se pode negar uma forte tendência, seja na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁹, seja na legislação³⁰, de conferir efeitos transcendentais também para as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

As dúvidas que poderiam surgir seriam como compatibilizar duas ações distintas (ADI por omissão e o mandado de injunção) com a mesma finalidade e a razão de haver um rol limitado em uma, um amplo na outra³¹.

Esclarecendo as dúvidas, diz-se que as diferenças essenciais de ambas as ações constitucionais são quanto à finalidade e ao objeto. A finalidade do mandado de injunção é obrigar que o órgão inerte elabore a norma regulamentar, enquanto que a finalidade da ADI por omissão é encerrar a inconstitucionalidade com a elaboração da norma faltante. Por esta razão, sustenta-se que a natureza da decisão do mandado de injunção é mandamental, com efeitos *erga omnes*, enquanto a decisão em sede de ADI por omissão possui natureza preponderantemente constitutiva com efeitos *erga omnes*. Como se percebe, os efeitos

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. Op. cit., p. 130 e s.

²⁹ Na Reclamação n. 4.335 foram proferidos os votos do Min. Eros Grau e do Min. Gilmar Mendes no sentido de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, devendo ser feita uma releitura do art. 52, X, da Constituição (STF, Info. 454 e 463, Rcl 4.335-AC, Rel. Min. Gilmar Mendes).

³⁰ Exemplos são os art. 557, § 1º-A, o art. 481, parágrafo único, e o art. 543-B, todos do Código de Processo Civil.

³¹ HAGE, Jorge. *O Projeto de Lei que regulamenta o Mandado de Injunção: uma iniciativa mais que oportuna*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/374/257>. Acesso em: 04.11.2010, p.2.

subjetivos seriam os mesmos, mas a natureza da decisão seria diversa. Já quanto ao objeto, o mandado de injunção estaria restrito tão somente à elaboração de norma referente aos direitos e garantias fundamentais, enquanto a ADI por omissão possuiria como objeto a elaboração de norma referente a qualquer omissão inconstitucional.

Por outro lado, a legitimidade ativa limitada da ADI por omissão se justificaria ante uma maior interferência em um dos poderes, já que o Tribunal Constitucional irá, logo em uma primeira etapa, declarando a inconstitucionalidade por omissão, elaborar a norma regulamentar até que o órgão omissor elabore o ato normativo. Essa visão, vale dizer, está longe de ser pacífica e também não é a dominante³².

Por fim, passe-se a elaboração de um conceito do mandado de injunção, com pretensão de delimitar o âmbito de proteção do art. 5º, LXV, da Constituição da República. Pode-se dizer, então, que o mandado de injunção é a garantia fundamental do cidadão contra uma omissão inconstitucional, total ou parcial, violadora de um dever de concretizar direito ou garantia fundamentais.

4. ALGUNS OBSTÁCULOS PARA UMA SENTENÇA ADITIVA (?)

A. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES³³

³² Contrariamente, afirma-se uma suposta violação ao princípio (quase absoluto) da separação de poderes e ao princípio democrático. Tal visão, todavia, possuem concepções deturpadas da própria Constituição. Por esta razão, nos dois tópicos seguintes buscar-se-á desmitificar tais argumentos.

³³ O princípio da separação dos poderes teve um primeiro esboço ainda na Antiguidade com Aristóteles em seu “A Política”, mas foi no final do século XVI, ganhou sólidos contornos com Montesquieu em “O Espírito das Leis”. Tornou-se dogma do constitucionalismo liberal, previsto, inclusive, no art. 16 da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Os revolucionários do Estado liberal cunharam, junto com a separação de poderes, a supremacia do Parlamento e a centralidade da lei. A razão era a especial desconfiança nos juízes, considerados como inimigos da Revolução. Concentraram-se, então, no legislador todos os poderes do Estado³⁴. Os demais poderes ficavam estreitamente vinculados à obra do legislador: se por um lado os juízes seriam a “boca da lei”, por outro, o administrador só poderia agir nos limites estritos da lei³⁵.

No século XX, contudo, ocorrem profundas transformações na relação Estado e sociedade. O peso da administração pública prestacional, as crises econômicas, novas ideologias, a inaptidão do parlamento para fazer face a muitos problemas econômicos e sociais, a falta de vontade de Constituição³⁶ dos parlamentos, a conseqüente crise de representatividade, tudo isso altera substantivamente o conteúdo do princípio da separação de poderes.

Nesse cenário, o Legislativo vem perdendo a *status* de poder dos poderes. A centralidade da lei sofre uma crise em decorrência do aumento de novas fontes normativas³⁷. E, por outro lado, há o reconhecimento de uma inevitável criatividade de juízes, sobretudo dos Tribunais Constitucionais, na aplicação do Direito.

Essa reformulação parte do correto pressuposto de que a separação de poderes foi engendrada pra a proteção do cidadão, não sendo lícita sua utilização como um fim em si mesmo, ou como instrumento de proteção do Estado como um órgão diverso da sociedade e de seus membros. Não obstante haver ainda quem critique um maior ativismo judicial, essa

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. 4ª edição. Madrid: Trotta, 2002, p. 29.

³⁵ É forte na doutrina do Direito Administrativo clássica que na administração pública “só é permitido fazer o que a lei autoriza”, enquanto “na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88. Com uma visão crítica, BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do ato administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34 e s.

³⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. *Op.cit.*, p. 19.

³⁷ Tal fenômeno ficou conhecido na doutrina como deslegalização e tem como cenário descentralização administrativa com a criação de agências reguladoras (*regulatory agencies*). Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 218.

maior participação do Judiciário do cenário político é corolário de um Estado democrático de direito em que se prega a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais.

Nesse novo contexto, mostra-se necessária a divisão do conteúdo do princípio em uma dimensão positiva e negativa, tendo como base o princípio da lealdade constitucional (*Verfassungstreue*)³⁸. Em uma dimensão negativa do princípio, entende-se que cada um dos poderes é *independente*, devendo haver um respeito recíproco no âmbito de competência de cada um deles. Já em uma dimensão positiva, haverá o dever de se organizarem, internamente e cooperativamente, de forma otimizada e harmônica³⁹.

Além disso, deve-se reconhecer que definida na Constituição alguma função, há de serem manejados alguns poderes instrumentais. Em outras palavras, reconhecida a função do Judiciário de guardião da Constituição, é mister que haja mecanismos *hábeis* para auxiliá-lo nessa função/dever. O reconhecimento, então, de um maior poder criativo pelo órgão judicial em sede de controle das omissões inconstitucionais, longe de ser uma afronta ao princípio da separação de poderes, é uma forma de fortalecê-lo na sua dimensão positiva.

B. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Outro argumento muito utilizado para dar baixa eficácia ao mandado de injunção se refere à dificuldade contramajoritária (*counter-majoritarian difficulty*) do Poder Judiciário. Argumenta-se que as atuações do Judiciário, seja como legislador negativo no controle de constitucionalidade, seja criando a norma aplicável no caso concreto, são atividades

³⁸ MORAES, Alexandre de. *Legitimidade da justiça constitucional*. Themis : Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 311-338, jan./jun. 2006, p. 319.

³⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 417.

presumidamente antidemocrática. Isso porque, segundo adeptos de tal tese, o Judiciário não possui a legitimidade dada pelo voto popular direto⁴⁰.

Contudo, a falha do argumento está em considerar o déficit democrático do Judiciário maior do que do Legislador. De fato, presencia-se uma grave crise de representatividade.⁴¹ O fato de a composição do Legislativo poder estar afetada por circunstância que não a livre escolha popular, seja pelo uso da própria máquina governamental para a eleição de determinado candidato, ou seja, pela forte e abusiva interferência de grupos econômicos de pressão, é motivo suficiente para se refletir sobre uma supremacia do parlamento sobre o Judiciário. Dessa forma, os supostos representantes do povo, não necessariamente representam, e, por muitas vezes, desrespeitam princípios e direitos fundamentais.

Ademais, não se pode reduzir o princípio democrático tão somente ao seu caráter majoritário. A função do Judiciário e principalmente de um Tribunal Constitucional é tanto fiscalizar o processo de deliberação política como o de garantir os valores de uma comunidade, que estão expressos nos direitos fundamentais⁴². Segundo Robert Alexy, quando os atos dos outros Poderes, mormente o Legislativo, respeitam e promovem os direitos fundamentais, o princípio majoritário atende às exigências da democracia deliberativa; do contrário, resta recorrer à jurisdição constitucional. Em última análise, sua legitimidade é aferida *a posteriori*, uma vez que é realizada através do discurso. Trata-se, então, de uma “representação argumentativa”⁴³.

⁴⁰ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven Yale University Press, 1986, p. 16.

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 390. No mesmo sentido, MORAES, Alexandre de. *Legitimidade da justiça constitucional*. Op. Cit., p. 311.

⁴² ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Rapposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

⁴³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35-36.

Em uma democracia deliberativa⁴⁴, portanto, os direitos fundamentais apresentam uma função racionalizadora e legitimadora do livre debate sobre os rumos de uma comunidade. Seriam, por certo, condições básicas para a sua implementação. Não parece certo, assim, uma visão meramente procedimentalista da Constituição nos termos propostos por John Hart Ely⁴⁵ e Jürgen Habermas⁴⁶, no sentido de que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa proteção de um processo democrático do Direito, não podendo ser um guardião de uma suposta ordem de valores substanciais. Com efeito, não há como se considerar a necessidade de vinculação da jurisdição a um paradigma calcado nos valores substanciais, o que indica que deve haver uma presença de concretização de princípios e de garantias pelo juiz constitucional. Assim, numa visão, sobretudo, substancialista da Constituição, o judiciário deve assumir uma posição de garantidor dos direitos fundamentais, inclusive contra maiorias eventuais⁴⁷.

Assegurar os direitos fundamentais, em uma visão substancialista, seria o mesmo que exercer a própria democracia. Sendo assim, possui o Judiciário a função de concretizar os direitos fundamentais ante a inércia de um poder constituído, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática⁴⁸. Filosoficamente, os direitos

⁴⁴ A *democracia deliberativa* é um sistema de tomada de decisão política que depende de uma ampla participação popular para um atuar legítimo. Em contraste com a democracia formal, em que o voto é ponto nodal, os defensores da democracia deliberativa afirmam que as escolhas políticas só podem ser tomadas através de um amplo espaço de deliberação pública. Adota, assim, tanto elementos de democracia direta como de democracia representativa. O termo é devido a: BESSETTE, Joseph. *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

⁴⁵ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 103.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.170 e ss.

⁴⁷ Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. The foundation Press. 2. ed. Mineola: New York, 1988, p. 1682 e s.; ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Ob. cit.; RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 139 e s.

⁴⁸ SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129%283%29.pdf>. Acesso em 03.11.2010, p. 26.

fundamentais serviriam como uma autovinculação ou pré-compromisso do poder constituinte contra de perigos e tentações que podem abalá-lo no futuro⁴⁹.

C. DISCRICIONARISMO JUDICIAL

Na hermenêutica moderna, já se admite sem muitas discussões que a atividade jurisdicional não consiste somente em reconhecer e pronunciar as decisões do Legislativo⁵⁰. Mesmo o corifeu do normativismo jurídico, Hans Kelsen, já admitia que a tarefa do Judiciário pode exigir uma certa criatividade, já que a “norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual”⁵¹.

Vale ressaltar que, no âmbito da jurisdição constitucional, o exercício dessa criatividade é ainda mais explícito, isso porque além da atividade interpretativa se desenvolver em torno de enunciados abertos, há o entendimento, um pouco extremista, de que os tribunais constitucionais estão situados fora e acima da tradicional tripartição de poderes estatais⁵².

Contudo, a ausência de parâmetros pode levar a considerar as cortes constitucionais como um (poder) ditador do Direito. Partindo dessa visão, ter-se-ia que concordar com a visão realista de Charles Evans Hughes, quando afirmou em seu discurso

⁴⁹ Assim como a decisão de Ulisses de se amarrar para ouvir o canto das sereias, a decisão do Tribunal Constitucional, segundo Jon Elster, evita que as majorias atuem de maneira irracional na tomada de decisões futuras. ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

⁵⁰ Os juízes já não são considerados “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 175.

⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 171.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58.

como governador de Nova York, em 1907, que “*we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”.

No tema omissão inconstitucional, o discricionarismo ganha relevância, uma vez que, para sanar o vício da inconstitucionalidade por omissão, haverá uma alta dose de criatividade por parte do Judiciário. No caso específico do mandado de injunção, não cumprida a ordem de elaborar a norma regulamentar, muitas vezes será necessário que o órgão julgador elabore a norma aplicável enquanto não for editada aquela. O tema requer, então, um estudo mais detalhado sobre o reconhecimento das lacunas no sistema jurídico e seu enfrentamento.

O debate entre o inglês Herbert L. A. Hart e o norte-americano Ronald Dworkin⁵³ trouxe profundas contribuições para o desenvolvimento de uma racionalidade no atuar criativo do juiz diante de uma lacuna. Em 1961, quando o positivismo jurídico ainda predominava, Hart lança o livro *The Concept of Law*, em que reconhece a existência de lacunas no ordenamento jurídico, bem como a possibilidade de o juiz decidir discricionariamente⁵⁴. Dworkin, então, em 1977, com seu livro *Taking Rights Seriously*, critica as ideias de Hart, alegando haver uma vinculação do juiz não só às regras, mas também aos princípios jurídicos.

Para a tomada de uma decisão judicial, Dworkin faz a distinção, então, entre dois conceitos: o argumento de política e o argumento de princípio. Argumentos de política seriam aqueles que mostram que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da

⁵³ Apesar da importância de tal debate, as ideias não eram novas. Décadas atrás já haviam aparecido as Escolas da livre pesquisa científica (Gèny) e do Direito livre (Ehrlich e Kantorowicz) que se contrapunham à Escola da Exegese (Delvincourt e Proudon). Combatiam, então, a admiração incondicional pela obra do legislador (fetichismo legal), com a crença de completude do ordenamento jurídico legislado. Apesar das críticas, principalmente voltadas para a segurança jurídica, tais Escolas tiveram o mérito de reconhecer que o Direito posto pelo legislador está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar no poder criativo do juiz. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª edição. Brasília: UNB, 1995, p. 115 e s.

⁵⁴ HART, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*. Tradução de Genero R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 155 e s.

comunidade como um todo. Por outro lado, argumentos de princípio seriam aqueles que mostram que a decisão garante ou respeita um direito de um indivíduo. Com base em tais conceitos, Dworkin sustenta que não há inteiramente uma discricionariedade judicial, já que os juízes estão subordinados sempre aos argumentos de princípio, não podendo ser utilizado necessariamente um argumento de política⁵⁵. Assim sendo, considerando a abstração dos princípios, para o entendimento de Dworkin, não haveria nenhum caso possível que não se poderia decidir com base em critérios jurídicos⁵⁶.

No caso específico das omissões inconstitucionais, todavia, não há que se falar propriamente em uma elaboração de norma pelo Judiciário através de um argumento de política. A verdade é que o suposto argumento de política se transforma em argumento de princípio, quando há um dever de legislar sobre determinada matéria prevista na Constituição. Conseqüentemente, pode-se dizer que há efetivamente uma redução do campo de atuação política majoritária, o que, é verdade, poderá ser objeto de certos questionamentos a respeito da própria legitimidade democrática da Constituição. A situação se agrava principalmente em ordenamentos constitucionais em que se tem a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, através de normas-tarefa ou normas-programa. Contudo, como será visto no tópico seguinte, os conceitos de supremacia da Constituição e pré-compromisso constitucional, são fortes argumentos a legitimar tal caráter dirigente.

Em suma, pode-se dizer, com apoio nas ideias pioneiras de Dworkin, que é necessária certa prudência no atuar dos órgãos judiciais quando se depararem com os chamados casos difíceis (*hard cases*). Com o objetivo de racionalizar o *iter* decisório, deve o julgador, assim, buscar sempre no próprio sistema jurídico os moldes de sua decisão. Dessa

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. *Op. cit.*, p. 130-131.

⁵⁶ No mesmo sentido: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 168.

forma, como já decidiu o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) a decisão judicial preencherá a lacuna de acordo com os parâmetros da razão prática e com ideias gerais de justiça aceitas pela sociedade⁵⁷.

5. ALGUNS PARÂMETROS PARA A DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO⁵⁸

Já foi visto que o mandado de injunção possui natureza mandamental e que para assegurar o efeito prático equivalente à edição da norma é necessária certa dose de criatividade do julgador. Foi visto também que os obstáculos à criação de uma norma regulamentar pelo Judiciário, quais sejam, a separação de poderes e a ausência de legitimidade democrática, não são argumentos a serem acolhidos ante uma violação omissiva da Constituição, mormente dos direitos fundamentais. Agora é a hora de traçar alguns parâmetros para legitimar a atuação do Judiciário nos casos de omissão inconstitucional, mais especificamente no caso da decisão em sede de mandado de injunção.

A. A UTILIZAÇÃO DE ALGUNS CONSENSOS

Considerando que o Judiciário não possui uma representação pelo voto popular, mas uma *representação argumentativa*, é necessário que haja o esforço para o convencimento

⁵⁷ BVerfGE 9, 338 [349], de 16.06.1959; BVerfGE 34, 269, de 14.02.1973.

⁵⁸ Em defesa de uma racionalidade nas decisões do Poder Judiciário, BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48: “em um Estado de direito, republicano e democrático, as decisões judiciais devem vincular-se ao sistema jurídico da forma mais racional e consistente possível, e o processo de escolhas que conduz a essa vinculação deve ser explicitamente demonstrado.”

de um idealizado auditório universal⁵⁹. Este convencimento, contudo, deve sempre observar parâmetros da razão prática e ideias gerais de justiça aceitas pela sociedade. Em outras palavras, é através da linguagem que se estabelecerá um consenso, mas, sobretudo, será a validade e a aceitação do consenso que acarretará a legitimidade argumentativa frente ao auditório.

Pode-se dizer, assim, que a permanência do argumento depende da existência de um consenso social prévio acerca de determinadas questões. Tais consensos vão muito mais além de um ato legislativo que representa a vontade da maioria. Eles seriam aquilo que todas as doutrinas abrangentes considerariam como essenciais para a manutenção da sociedade. Distinguindo tal consenso das simples convenções habituais, John Rawls denomina-o de consenso sobreposto (*overlapping consensus*)⁶⁰, que teria a função de assegurar a estabilidade numa sociedade pluralista. No caso, os direitos e garantias fundamentais podem ser considerados como verdadeiros *consensos sobrepostos*, legitimadores do argumento de princípio do julgador na atividade criativa de preenchimento das omissões inconstitucionais.

B. A UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

O Direito possui dois valores base que são a segurança jurídica e a justiça. Para o equilíbrio de um sistema jurídico devem-se conciliar esses dois valores. Para a concretização desse equilíbrio é necessário, então, a presença tanto de regras como de princípios. Considerando o sistema jurídico como um sistema fechado de regras e princípios, não se pode

⁵⁹ Para Chaïm Perelman no auditório universal estariam presentes todos seres racionais de determinada sociedade. PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. 2ª edição. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 20 e s.

⁶⁰ RAWLS, John. *O Liberalismo político*. *Op. cit.*, p. 180 e s.

afirmar tecnicamente que o julgador deve dar uma *preferência* para um método de autointegração⁶¹. Em verdade, tal método é o único possível para a elaboração da decisão judicial no caso de ausência de regra. Em outras palavras, busca-se no próprio sistema jurídico uma regra semelhante (analogia *legis*) ou princípios a servirem de parâmetros (analogia *iuris*).

Pode surgir a dúvida se com a utilização de princípios teríamos efetivamente uma lacuna, já que se estaria retirando do próprio ordenamento a norma jurídica. Para Norberto Bobbio, somente a utilização de princípios não expressos caracterizaria uma verdadeira lacuna.⁶² Todavia, não se poder concordar com tal entendimento. O conceito de lacuna, mesmo em um momento pós-positivista, deve se restringir a ausência de regra específica para regular o caso concreto.

A grande dificuldade em se aceitar a posição da Bobbio, seria quanto à argumentação jurídica. Isso porque, devido à grande abstração dos princípios, não admitir que se esteja diante de uma lacuna quando for aplicado diretamente um princípio na falta de uma regra, seria o mesmo que legitimar uma enorme discricionariedade pelo judiciário, desancorada de uma representação argumentativa. Com efeito, o entendimento de que a concretização do direito através de um princípio representa uma lacuna, tem o mérito de exigir do julgador um maior ônus argumentativo, dando uma maior legitimidade democrática da decisão. Ademais, em um modelo de regras e princípio, ficaria muito difícil estabelecer um caso de lacuna, já que, considerando a abstração dos princípios, não haveria nenhum caso concreto que não fosse possível decidir com base em princípios⁶³.

Outra dúvida que pode surgir é quanto ao primeiro critério a ser adotado pelo aplicador do direito: se a analogia *iuris* ou a analogia *legis*. Primeiramente, a dúvida não pode

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. *Op. cit.*, p. 146 e s.

⁶² *Ibid.*, p. 160.

⁶³ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. *Op. cit.*, p. 168.

surgir quando houver a possibilidade de aplicação de um princípio ou regra constitucionais com outro princípio ou regra infraconstitucionais. Nesses casos, sempre haverá prevalência dos primeiros, tendo em vista a posição de supremacia da Constituição. Quando, por outro lado, o conflito for entre um princípio ou uma regra do mesmo escalão, deve ser dada preferência à analogia *legis*, ou seja, a aplicação de uma regra semelhante à matéria a ser tratada. Isso porque a aplicação das regras, além de ser imperativo do princípio da isonomia, representa a escolha do Legislativo com finalidade de assegurar a paz social e a segurança jurídica⁶⁴.

No caso da impossibilidade de aplicação de uma regra, por inexistência de regra semelhante, impõe-se, então, a aplicação dos princípios jurídicos. Dessa forma, a escolha da decisão a ser utilizada no caso estaria contida no próprio ordenamento jurídico. Ocorre que tal solução não resolve um problema da discricionariedade, tendo em vista o grau de abstração e abertura dos princípios. Poderia, assim, a solução se amalgamar ao exclusivo interesse do julgador, que possuiria um arsenal muito bem equipado de argumentos para manipular a decisão ao seu alvedrio.

C. O PROCEDIMENTO DECISÓRIO RACIONAL

Para resolver o problema da manipulação dos princípios, Robert Alexy acrescenta ao sistema de regras e princípios outro elemento: o procedimento, que seria a busca da racionalidade através da razão prática e na teoria da argumentação jurídica⁶⁵. O grande mérito

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113-114.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. *Op. cit.*, p. 173-174.

está em reconhecer que a validade de uma proposição não pode ser demonstrada, mas pode ser justificada de uma forma racional.

Nesta parte do texto, buscar-se-á a construção de alguns postulados para a orientação do órgão Jurisdicional na elaboração de uma norma regulamentadora nos excepcionais casos de omissão normativa inconstitucional. Vale dizer que apesar de se estar tratando especificamente sobre a decisão em sede de mandado de injunção, tais postulados são aplicáveis também à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como ao juiz monocrático que colmatará as omissões no caso concreto.

Primeiramente, deve o órgão julgador apresentar “clareza linguística”. O abuso de termos jurídicos e de linguagem excessivamente rebuscada é uma maneira antidemocrática de elitizar o discurso. Com efeito, a falta de clareza no uso das palavras, de forma que somente poucos entendam o conteúdo da decisão, contribui para que o debate, que deveria ser amplo, fique restrito a uma elite detentora de certo conhecimento jurídico.

O segundo postulado é o da “universalidade”, que poderá ser desdobrado tanto em um sentido objetivo ou retórico como em um sentido subjetivo.

Em sentido retórico, o postulado da universalidade impõe que se utilizem argumentos aplicáveis a todos os casos semelhantes. Seria necessário, assim, uma norma unificadora que “tanto explica como justifica todas as normas mais específicas em questão ou qualquer delas”⁶⁶, racionalizando o discurso. Os tão proclamados postulados da proporcionalidade ou da razoabilidade (em um aspecto procedimental), bem como a dignidade da pessoa humana (em um aspecto substancial) são exemplos desse tipo de parâmetro do julgador, não só para o controle dos demais atos do poder público, como também para controle de seus próprios atos.

⁶⁶ MACCORMICK, NEIL. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197 e 252.

Se se considerar que a decisão em sede de mandado de injunção possui efeitos *inter partes*, é necessário considerar ainda uma dimensão subjetiva de tal postulado. Assim é que a conclusão expressada na decisão deve ter aplicabilidade a outros casos idênticos, como corolário do princípio da isonomia. Nesse ponto, deve o julgador observar não apenas a justiça do caso concreto, mas também uma macrojustiça. Em outras palavras, é importante que seja aferido os efeitos sistêmicos da decisão, ou seja, quais seriam as consequências, principalmente sobre um determinado segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público⁶⁷.

O terceiro postulado aplicável é o da “participação” da sociedade. Como pressuposto da participação da sociedade é fundamental que haja a distribuição equitativa dos direitos de comunicação⁶⁸. Em outras palavras, deve o órgão julgador divulgar de forma ampla suas decisões.

Nesse quesito, o Tribunal Constitucional brasileiro possui qualidades singulares de abertura institucional. De fato, o Supremo Tribunal Federal além de divulgar a íntegra de suas decisões na internet, possibilita que qualquer cidadão observe em tempo real a deliberação de suas decisões através do Rádio e da TV Justiça.

Ultrapassada a distribuição equitativa dos direitos de comunicação é fundamental que haja uma possibilidade de que a ampla participação da sociedade influencie o órgão julgador. A ideia é que os intérpretes oficiais da Constituição (Judiciário, Legislativo e Executivo), não podem se distanciar completamente da interpretação da Constituição que existe no âmbito da sociedade. Isso porque no processo de aplicação e interpretação constitucional estão vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os

⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em 04.11.2010, p. 13.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. *Op. cit.*, p. 46.

cidadãos e grupos, ou seja, não há um rol taxativo de intérpretes da Constituição⁶⁹. Vale dizer que, no âmbito da jurisdição constitucional, deve haver canais de influência recíproca. Nesse ponto, o STF também ganha destaque, seja através da participação de *amici curiae*, seja através da realização de audiências públicas⁷⁰.

O quarto postulado é o da “neutralidade”. Significa que o julgador deve afastar toda doutrina abrangente para a solução da decisão. Doutrinas abrangentes são os pensamentos que representam os principais aspectos filosóficos, religiosos e morais da vida humana em uma sociedade plural que organizam e caracterizam valores compatíveis entre si, expressando uma visão de mundo inteligível, com base em uma tradição⁷¹. Somente o argumentos que tiverem um certo consenso entre todas as doutrinas abrangentes deve ser utilizado. Nesse ponto, ganha especial relevo os direitos fundamentais, consenso sobreposto que têm como “epicentro axiológico”⁷² o princípio da dignidade da pessoa humana.

O quinto postulado é o da “ponderação” ou “prudência”. Primeiramente, deve ser entendido no sentido de que, considerando os princípios como mandados de otimização⁷³, ou seja, aplicáveis da forma mais ampla possível, o Judiciário deve estabelecer a concordância prática entre todos os princípios aplicáveis no caso. Deve o Judiciário ter uma maior parcimônia em se utilizar de atos que sejam contra o princípio da separação de poderes,

⁶⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

⁷⁰ “Con ello, ‘penetra’ el Tribunal en el ámbito de la sociedad, asume ideas e intereses de ese ámbito, los ‘oye’ y los transforma por medio de su interpretación constitucional abierta. Por esta vía tiene que apoyarse en la doctrina científica. El derecho procesal constitucional se abre a la ‘sociedad abierta de los intérpretes constitucionales’; se transforma en su ‘medium’, sobre todo allí donde el Parlamento ha falado”. HÄBERLE, Peter. *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In *Revista Direito Público*. Porto Alegre: IOBIDP, v.5, n.25, jan./fev. 2009, p. 199.

⁷¹ RAWLS, John. *O Liberalismo político*. *Op. cit.*, p. 103.

⁷² SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 59.

⁷³ “Los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

tentando uma conciliação com todas as outras normas constitucionais. Não é por outra razão que os efeitos constitutivos da decisão em mandado de injunção devem ter caráter subsidiário, bem como resolutorio até que o poder Legislativo cumpra o seu papel⁷⁴.

Além disso, na aplicação da ponderação, ganha destaque a utilização de decisões manipulativas restritivas de efeito temporal, ou seja, o Judiciário, antes de elaborar a norma regulamentadora deve declarar o descumprimento do dever constitucional, estabelecendo primeiramente um prazo para a elaboração normativa. Embora não se tenha dúvida de que passados mais de 20 anos de edição da Constituição a parcimônia vai ser reduzida, em situações em que envolvam a prestação de determinado serviço ou uma alocação de recursos⁷⁵, deve o Judiciário estabelecer prazos e metas razoáveis para o órgão omissor, sob pena de haver o inevitável descumprimento de sua decisão. O Judiciário, antes de tudo, deve saber que não se pode salvar o mundo com papel e tinta, do contrário, a inefetividade se estenderia para além da norma, alcançando também a decisão jurisdicional⁷⁶, o que poderia acarretar o desprestígio de sua função.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um contexto de uma Constituição aspiracional, ou seja, de uma grande inquietude com o presente, tendo a pretensão de possibilitar de um futuro melhor, é o

⁷⁴ Segundo Karl Loewenstein, citado por Eros Grau em seu voto na Reclamação n. 4.335, “uma importante limitação do poder do Tribunal Supremo encontra-se na possibilidade de o Congresso posteriormente, por meio de uma lei corretiva, revogar os efeitos de certa decisão”.

⁷⁵ Em sentido contrário, entendendo que seria inviável a tutela jurisdicional por meio de mandado de injunção quando envolver a prévia organização de serviços ou a alocação de recursos é inviável: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e "Habeas Data": constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 112.

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Ob. Cit., p. 220.

mandado de injunção um poderoso instrumento para a garantia da tão almejada efetividade constitucional. Considerando que a invasão do Judiciário em atos de outros poderes quando violadores da Constituição é pressuposto indiscutível em sistemas em que se prega a supremacia das normas constitucionais e o controle de constitucionalidade dos atos do poder público, é imperioso que haja uma reconstrução de alguns princípios constitucionais, tais como o da separação de poderes e o da democracia.

Por esta razão, defende-se que diante do comportamento omissivo de um dos poderes constituídos contrário a um dever constitucional, explícito ou implícito, de elaborar uma norma regulamentadora, possui legitimidade a atividade do Poder Judiciário em buscar afastar essa inconstitucionalidade. Esse agir, muitas vezes, significará a criação de uma norma regulamentar. E, por esta razão, impõe-se o estabelecimento de determinados parâmetros para o julgador. Assim sendo, o Judiciário, especificamente no âmbito do mandado de injunção, deve estabelecer um procedimento racional, pautado principalmente no princípio da dignidade humana e na proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *El concepto y la validez del Derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em 04.11.2010.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BESSETTE, Joseph. *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do ato administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6ª edição. Brasília: UNB, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 875. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 24/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI-QO 352-RS. Relator: Min. Néri Da Silveira, julgado em 04/09/1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4.335-AC. Relator: Min. Gilmar Mendes. Informativos 454 e 463.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 1083-DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 02/08/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 168-RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 21/03/1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 232-RJ. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 02.08.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 283-DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 20.03.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 284-DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 22.11.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 361-RJ. Relator: Min. Néri da Silveira. Relator para Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 08/04/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 584-SP. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 29/11/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670-ES. Relator: Min. Maurício Corrêa. Relator para Acórdão Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708-DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712-PA. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em 25.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721-DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 30.08.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 788-DF. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em 15/04/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI-QO 107-DF. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 23.11.1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 405.579. Relator: Min Joaquim Barbosa. Informativo 484.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito constitucional*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martis Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. *Democracia y Estado social de derecho. Aspiraciones y Derechos en el Constitucionalismo Latinoamericano*. In *La reforma política del Estado en Colombia: Una salida integral a la crisis*. Ed. Miguel E. Cárdenas. Bogotá: Cerec-Fescol, p. 203-226.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. *La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta*. In *Revista Direito Público*. Porto Alegre: IOBIDP, v.5, n.25, jan./fev. 2009, p. 189-205.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAGE, Jorge. *O Projeto de Lei que regulamenta o Mandado de Injunção: uma iniciativa mais que oportuna*. Disponível na internet: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/374/257>. Acesso em: 04.11.2010.

HART, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Mandado de Segurança*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Sérgio da Silva. *Hermenêutica da Criação ... e dos Esquecimentos: o holzwege do mandado de injunção*. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-SERGIO%20MENDES.pdf>. Acesso em: 03.11.2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Legitimidade da justiça constitucional*. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 1, p. 311-338, jan./jun. 2006.

_____. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e "Habeas Data": Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. 2. ed. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

QUINTAS, Fábio Lima. *A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas*. In Revista de Direito Público, n. 20, mar-abr, 2008, p. 82-102.

RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. In Revista de Direito do Estado, n. 4, 2006, p. 23-51.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Organizado por Luís Roberto Barroso, 2003.

_____. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129%283%29.pdf>. Acesso em 03.11.2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The foundation Press, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.