



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

NATALY PATRÍCIO DOS SANTOS

ADOÇÃO EXPLÍCITA DO ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA LEI Nº 13.300/2016
COMO RESPOSTA À CRISE DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

SOUSA-PB

2017

NATALY PATRÍCIO DOS SANTOS

ADOÇÃO EXPLÍCITA DO ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA LEI Nº 13.300/2016
COMO RESPOSTA À CRISE DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais-Direito.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA-PB

2017

NATALY PATRÍCIO DOS SANTOS

ADOÇÃO EXPLÍCITA DO ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA LEI Nº 13.300/2016
COMO RESPOSTA À CRISE DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, em
cumprimento aos requisitos necessários
para obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais-Direito.

Data de aprovação: 17/03/2017.

BANCA EXAMINADORA:

Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Universidade Federal de Campina Grande-UFCG
Orientador

José Alves Formiga
Prof. Examinador (UFCG)

Manoel Pereira de Alencar
Prof. Examinador (UFCG)

Dedico este trabalho a minha avó Raimunda Cartaxo Araruna (in memoriam), que com muito amor, carinho e esforço, investiu na minha educação e contribuiu para o meu desenvolvimento pessoal e profissional.

AGRADECIMENTOS

Neste momento o sentimento que me move é a gratidão.

Em primeiro lugar, agradeço a DEUS, meu guia, meu protetor, que iluminou a minha mente e me deu inspiração para escrever o presente trabalho, que me possibilitou a chegar até aqui com muita luta e perseverança, me permitindo alcançar grandes vitórias.

A minha mãe, Tatiana Patrício Cartaxo dos Santos, por ser sinônimo de força, companheirismo, caráter e por sempre me ajudar em todos os momentos de dificuldades, demonstrando ser uma verdadeira guerreira.

Ao meu pai, Erivan Paulo dos Santos, por toda fé depositada em mim e por me mostrar que a simplicidade e a humildade devem sempre ser a base para toda e qualquer etapa da vida.

Ao meu irmão, Samuel Patrício dos Santos, e a minha cunhada, Frankiniella Lemos dos Santos, por terem sempre acreditado e torcido por mim e por todo incentivo dado durante essa trajetória.

De igual modo, pelos mesmos motivos, estendo esse agradecimento a toda a minha família, que de uma forma ou de outra, me apoiaram na realização deste propósito.

Ao meu orientador e coordenador do curso, o professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira, pelo acompanhamento ao longo desta produção monográfica, pela amizade conquistada com muito carinho e respeito, pela prazerosa convivência em sala de aula, pelo exemplo profissional que sempre demonstrou e pela dedicação à docência jurídica.

A minha amiga, Tainah Abrantes Gadelha, que permaneceu comigo desde o início, me auxiliando em todos os momentos da vida acadêmica e me dando o que de mais precioso existe, sua amizade sincera e desinteressada.

A queridíssima professora Flávia Bahia, por despertar em mim a paixão pelo Direito Constitucional e pela sua disposição de não somente ensinar, mas também educar, debruçando-se com desvelo sobre aquilo que faz.

Aos amigos, Rodolfo Cipriano, Manoela Antunes, Wemerson Luna e José Everton, por terem me escutado no momento em que eu quis compartilhar da escolha do meu tema, pelas palavras de ânimo e por todo suporte e estímulo que me encorajou a continuar e a fazer do “é impossível”, a minha maior motivação.

A todos os professores que tive ao longo do Curso de Direito, que contribuíram nesta jornada de cinco anos e que foram fundamentais nesse processo de aquisição de conhecimento.

Aos meus chefes de estágios, Dr. Dinácio de Sousa Fernandes (advogado), pela oportunidade que me foi dada no terceiro semestre do curso e por todo ensinamento e convívio durante três anos, e ao Dr. Lucas Ramalho de Araújo Leite (Procurador Federal), por sugerir que eu dissertasse sobre o Ativismo Judicial, pelos conselhos, pelo profissionalismo, por ser um exemplo de vida contagiante e motivador e pelo grande ser humano que é.

Enfim, a todos aqueles que direta ou indiretamente, contribuíram significativamente para a realização deste trabalho.

“Mas o *SENHOR* é a minha defesa; e o meu Deus é a rocha do meu refúgio.”

(Salmos 94:22)

RESUMO

O Mandado de Injunção surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, porém, passados vinte e oito anos da promulgação da Carta Magna, somente no dia 23 de junho de 2016 foi regulamentado o seu processo e julgamento através da edição da recente Lei nº 13.300/2016. O instrumento é o meio capaz de suprir as omissões legislativas totais ou parciais concernentes a direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania sempre que o exercício desses direitos for inviabilizado pela falta de uma determinada norma regulamentadora. No presente trabalho, a garantia constitucional será abordada em vários aspectos, desde a origem histórica do instituto, com alusão aos termos Constituição e Estado Democrático de Direito, passando pelo conhecimento detalhado do Mandado de Injunção, das divergências doutrinárias, do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e principalmente, da evolução trazida pela Lei nº 13.300/2016 que influenciou consideravelmente o fenômeno chamado Ativismo Judicial. Para tanto, faz-se uma análise do Ativismo Judicial no Brasil, evidenciando seus fatores essenciais e indagando sobre sua legitimidade e eficácia, bem como suas implicações e consequências favoráveis ou desfavoráveis que refletem com mais intensidade na vida da sociedade atual. O estudo aqui desenvolvido utilizou-se do método dedutivo, tomando-se por base a pesquisa bibliográfica, como livros e artigos de revistas publicados sobre o tema, além da extensa busca jurisprudencial. Nesse sentido, objetiva-se apontar o reflexo da reação legislativa nos direitos fundamentais frente à crise das instituições democráticas e da inefetividade das normas constitucionais que conduz a uma atitude proativa do Poder Judiciário, a fim de verificar e melhor atender aos anseios da soberania popular.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Constituição; Lei nº 13.300/2016; Mandado de Injunção.

ABSTRACT

The Writ of Injunction came with the advent of the Federal Constitution of 1988, however, after twenty and eight years of the promulgation of the Constitution, only on June 23, 2016 was regulated their prosecution and trial by editing the recent Law No. 13,300 / 2016. The instrument is the means able to meet the total or partial legislative omissions concerning constitutional rights and freedoms and prerogatives inherent to nationality, sovereignty and citizenship whenever the exercise of these rights is prohibited by lack of a specific regulatory standard. In this study, the constitutional guarantee will be addressed in several ways, from the historical origin of the institute, with reference to the terms of the Constitution and democratic state, through detailed knowledge of the Writ of Injunction, the doctrinal differences, the position of the Supreme Court , and especially the evolution brought by Law No. 13,300 / 2016 has influenced considerably in the phenomenon called judicial activism. Therefore, it is an analysis of Judicial Activism in Brazil, highlighting its key factors and inquiring about their legitimacy and effectiveness, as well as its implications and favorable or unfavorable consequences that reflect more intensely in the life of modern society. The study developed here we used the deductive method, taking as a basis the literature, such as books and magazine articles published on the subject, as well as extensive case law search. In this sense, the objective is to point the reflection of the legislative reaction on fundamental rights with the crisis of democratic institutions and the ineffectiveness of constitutional norms that lead to a proactive attitude of the judiciary in order to verify and better meet the needs of popular sovereignty.

Keywords: Judicial Activism; Constitution; Law No. 13,300 / 2016; Writ of Injunction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ASPECTOS HISTÓRICOS	14
1.1 CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E ELEMENTOS	14
1.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	16
1.2.1 Surgimento	17
1.2.2 Conceito	18
1.2.3 Características	18
1.2.4 Princípios.....	19
1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO: ATUAÇÃO FORTALECIDA DO PODER JUDICIÁRIO.....	20
1.4 DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS	22
1.4.1 A constatação das dimensões de direitos	23
1.4.2 Distinção entre direitos e garantias fundamentais.....	25
1.4.3 Dos remédios constitucionais: a caracterização do mandado de injunção	26
1.4.4 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais: a pertinência das normas de eficácia limitada ao mandado de injunção.....	27
1.4.5 O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais ...	29
2. ATIVISMO JUDICIAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO	32
2.1 CONCEITO E SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	32
2.2 DIFERENÇA ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO	33
2.3 AS IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL.....	34
2.4 A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	36
2.4.1 Histórico e evolução	36
2.4.2 A revisão da teoria da separação dos poderes: expansionismo do poder judiciário	38
2.5 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SUA ATUAÇÃO JURISDICIONAL VIA MANDADO DE INJUNÇÃO.....	40
2.5.1 Teorias sobre os efeitos da decisão à luz da doutrina	40
2.5.2 Mudança de filosofia na atuação jurisdicional	44
2.5.3 Reflexos da reação legislativa nos direitos fundamentais	46
3. A ADOÇÃO EXPLÍCITA DO ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA LEI Nº 13.300/16 COMO RESPOSTA À CRISE DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS .	50
3.1 DA FRAGILIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS	50

3.2 O SURGIMENTO DA LEI Nº 13.300/16 E SEU VIÉS PROCESSUAL	51
3.2.1 Previsão, conceito e origem do instituto	52
3.2.2 Espécies de mandado de injunção.....	53
3.2.3 Espécies de ausência de norma regulamentadora	54
3.2.4 Natureza da norma regulamentadora.....	55
3.2.5 Legitimação	55
3.2.6 Competência	57
3.2.7 Procedimento	58
3.3 EFICÁCIA OBJETIVA DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A POSIÇÃO ADOTADA PELA LEI Nº 13.300/2016	60
3.3.1 Superveniência da norma regulamentadora.....	62
3.4 A INFLUÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL COM A NOVA LEI REGULAMENTADORA DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	63
3.5 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO EVENTUAL LEGISLADOR POSITIVO: SOLUÇÃO NORMATIVA E CONCRETIZADORA.....	66
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, prevê uma série de direitos e garantias fundamentais instituídos ao longo da trajetória política do país, que positivados através das suas normas, estabelece diretrizes para viabilizar o seu exercício.

Todavia, algumas normas do texto constitucional produzem efeitos jurídicos reduzidos, tendo em vista que dependem da atuação futura por parte do Poder Público para alcançar os seus efeitos jurídicos principais. São, portanto, pela visão tripartida de José Afonso da Silva, classificadas como normas constitucionais de eficácia limitada, que possuem incidência indireta, mediata e não integral.

É nesse contexto que surgiu o Mandado de Injunção como um instrumento de controle de constitucionalidade na forma difusa, que visa sanar o problema da omissão do legislador 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, conforme dispõe o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.

O Mandado de Injunção perdurou quase três décadas no ordenamento jurídico brasileiro sem regulamentação própria, o que gerou um sentimento de frustração dada a sua inutilidade prática, pois, durante muito tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendia que a decisão concessiva do remédio apenas deveria declarar a mora do Poder Omissor.

O Poder Legislativo, símbolo máximo da democracia e representatividade popular, é uma instituição fragilizada pelo preocupante descrédito da sociedade governada evidenciado pela crise de atuação no seu papel político constitucionalmente previsto.

A preocupação inicial, tanto da Corte Suprema quanto da população interessada, manifestou-se quando o exercício dos direitos fundamentais acabou sendo impedido pelos seguintes motivos: reação legislativa negativa, falta de legitimação dada ao Poder Judiciário, inércia do Poder Legislativo em editar a norma regulamentadora faltante e, por fim, a carência normativa que discipline o processo e o julgamento do Mandado de Injunção, como um dos desafios enfrentados pelo Supremo ao longo dos anos.

É por essa razão que, apesar das constantes críticas, a Corte adotou um novo posicionamento que refletiu diretamente no fenômeno chamado de Ativismo Judicial e desafiou, consideravelmente, o Princípio da Separação dos Poderes, basilar do Estado Democrático de Direito.

A questão da teoria da separação rígida entre os poderes, desenvolvida por Montesquieu, foi revista em decorrência, dentre outros fatores, da ascensão do Poder Judiciário no processo de constitucionalização democrática, que se vê obrigado a dar respostas adequadas aos diversificados problemas, mesmo que não haja lei a ser aplicada ao caso concreto.

Portanto, com a recente edição da Lei nº 13.300/2016 de 23 de junho de 2016, que disciplina o procedimento do Mandado de Injunção, o Ativismo judicial foi expressamente adotado e a sua regulamentação é de suma importância por conferir exigibilidade aos direitos fundamentais violados.

Diante da relevância social que o tema desperta e da falta de embasamento técnico da doutrina e da jurisprudência brasileira, por ser uma lei recentemente publicada, a sua análise merece especial atenção dos operadores do direito e da sociedade em geral no intuito de harmonizar os Princípios da Supremacia da Constituição e da Dignidade da Pessoa Humana com os limites constitucionais de atuação dos três poderes, com a seguinte indagação: qual a influência do ativismo judicial no Mandado de Injunção e até que ponto ele será benéfico para o remédio chegar ao apogeu máximo de sua concretude?

Para isso, o presente trabalho procura abordar a sistemática adotada pelo ordenamento jurídico pátrio na aplicação do Mandado de Injunção, bem como apontar os elementos e os pressupostos básicos para a sua devida utilização prática pelo Poder Judiciário. Diante de tais objetivos, questiona-se a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal, desde o surgimento do referido remédio até a posição atualmente adotada pela Lei nº 13.300/2016.

A pesquisa aqui desenvolvida utilizou-se do método dedutivo. Neste sentido, verifica-se a abordagem das decisões dos Mandados de Injunção impetrados e aplicados aos casos específicos, gerando possíveis e provisórias soluções para o problema apresentado, já que, partindo da análise do aludido remédio, observa-se a viabilidade da sua eficácia no âmbito dos direitos fundamentais postos em juízo.

A técnica utilizada toma por base a pesquisa bibliográfica, como livros e artigos de revistas publicados sobre o tema, além de extensa busca á jurisprudência

no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, pretende-se fazer um levantamento do atual posicionamento doutrinário confrontado com o adotado pelos juízes e tribunais.

O primeiro capítulo trata dos aspectos históricos, com alusão aos termos Constituição e Estado Democrático de Direito, fazendo-se uma descrição detalhada de cada um e passando, posteriormente, pelo estudo do neoconstitucionalismo e dos direitos e das garantias fundamentais.

Dando sequência ao desenvolvimento do tema proposto, o segundo capítulo trata do Ativismo Judicial, abordando seu surgimento e introdução no Brasil, sua diferença com a judicialização, bem como suas implicações e a questão da separação dos poderes na Constituição de 1988.

O capítulo relata, ainda, a atuação jurisdicional do Poder Judiciário em sede de Mandado de Injunção, condicionando-se ao estudo das teorias sobre os efeitos da decisão em face da reação legislativa e a mudança de posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o terceiro e último capítulo dedica-se à Lei nº 13.300/2016 em todas as suas peculiaridades: surgimento e seu viés processual, iniciando pela análise da fragilização das instituições democráticas.

Acerca da eficácia objetiva da decisão concessiva do Mandado de Injunção, apresentar-se-á, em tópico próprio, a posição adotada pela lei que fundiu tudo o que até então foi trabalhado anteriormente à sua edição, de forma a dar uma utilidade prática ao remédio constitucional.

Além disso, não se pode negar a necessidade de se firmar entendimento sobre a influência que o Ativismo Judicial causou com a recente lei regulamentadora do Mandado de Injunção, o que provoca uma nova atuação do Poder Judiciário expressamente previsto na novidade legislativa.

É por esses fatos que o propósito do presente trabalho se iniciou, ao buscar uma melhor compreensão desta garantia constitucional e procurar identificar seus contornos mais significativos e atuais. A Constituição Federal elenca os valores mais importantes de uma nação, que devem, acima de tudo, ser resguardados e concretizados pelo Estado para a construção de um ordenamento legal mais justo e democrático.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Primeiramente, para melhor compreensão do presente trabalho, é importante uma breve análise histórica e sistemática do que vem a ser uma Constituição, um Estado Democrático de Direito na nova ordem constitucional, bem como o conceito dos direitos e das garantias fundamentais que fazem parte da estrutura do nosso ordenamento jurídico, do qual se insere o estudo da caracterização do Mandado de Injunção.

1.1 CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E ELEMENTOS.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 e dotada de supremacia, pode ser definida como um conjunto de normas fundamentais que regulam, estruturam e criam o Estado, estabelecendo as características principais do país e protegendo os direitos e as garantias fundamentais. É o estatuto do poder político.

O termo "constituição" é polissêmico, sendo também objeto de diversas ciências e podendo ser visualizado através de vários prismas. Analisando sob o prisma sociológico, Ferdinand Lassalle, na sua obra "A essência da Constituição" entende que a Constituição de um país é formada por fatores reais do poder; é o somatório dos fatos e representa a vivência da sociedade em determinada época (LASSALLE, 2001).

De fato, a Constituição deve moldar-se à constante mutação social, porém, para dar maior efetividade ao seu texto, é importante que alcance um mínimo de estabilidade e segurança jurídicas.

Para Carl Schmitt, autor da obra "Teoria da Constituição", a Constituição é uma decisão política fundamental; é ato proveniente de um poder soberano que dita à ordem social, a política e a jurídica (SCHMITT, 1932). Já Hans Kelsen, em sua obra "Teoria Pura do Direito", atribuiu a Constituição um sentido jurídico. De acordo com a sua interpretação, a Constituição é uma norma pura, lei hierarquicamente superior em relação às outras normas (KELSEN, 1974).

Assim, não há um conceito absoluto e imutável de Constituição, que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, procura-se adotar o sentido de cada

pensamento acima elucidado, que se justifica pela ampla definição que este termo abrange, por ser a Constituição a Lei Maior, a lei fundamental e suprema de um Estado.

No tocante à classificação das Constituições, há vários critérios diferenciadores. Quanto à origem podem ser promulgadas, outorgadas, pactuadas e cesaristas. Quanto à forma, escritas ou instrumentais e não escritas ou consuetudinárias. Quanto à extensão, sintéticas e analíticas. Quanto ao conteúdo, formais e materiais. Quanto ao modo de elaboração, dogmáticas e históricas. Quanto à alterabilidade, super-rígidas, flexíveis, semirrígidas, fixas e rígidas. Quanto à finalidade, dirigentes e liberais. Quanto à ideologia, ortodoxas e ecléticas. E quanto à correspondência ou não com a realidade, podem ser nominativas e semânticas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é promulgada, ou seja, democrática ou popular; escrita, organizada por um documento chamado Constituição; formal, pois reconhece como Constituição Federal tudo o que está dentro do código, não interessando o conteúdo entre as suas normas; dogmática, representando exatamente a vivência do país naquele momento de sua criação; rígida, por ser um processo de alteração mais solene; eclética, permitindo a pluralidade de ideologias; dirigente, no qual estabelece metas, programas e diretrizes que devem ser cumpridos pelos governantes; nominativa, sendo criada para regular a vida do Estado, mas que ainda não conseguiu atingir o seu objetivo; e analítica, contendo maior número de artigos, ou seja, é composta por um preâmbulo, uma parte dogmática e normas de passagem chamadas de Ato das Disposições Constitucionais Transitória, não havendo hierarquia entre estas.

Por fim, é importante mencionar que a Carta Magna de 1988 apresenta os seguintes elementos: orgânicos, inseridos nos títulos III (Da Organização do Estado) e IV (da Organização dos Poderes), que fazem parte da estrutura principal do texto constitucional; limitativos, formando os direitos individuais e coletivos do título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), com exceção do capítulo II (dos Direitos Sociais); sócio ideológico, que mostra a preocupação do Estado com a justiça social, inserido no capítulo II do título II (dos Direitos Sociais) e títulos VII (da Ordem Econômica e Financeira) e VIII (da Ordem Social); estabilização constitucional, que se preocupa com a proteção da Constituição e do Estado Brasileiro; e formais de aplicabilidade, que estabelece quando e como as normas produzirão seus efeitos.

1.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já em seu Preâmbulo, afirma:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para **instituir um Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [grifo nosso]

Na visão do Supremo Tribunal Federal, o preâmbulo não é norma constitucional, não servindo como parâmetro do controle de constitucionalidade das leis, nem tampouco é de observância obrigatória nas Constituições Estaduais. Porém, o preâmbulo é fonte de interpretação, no qual veicula a promulgação, a origem, as justificativas, os valores, os objetivos e os ideais de uma Constituição. Veja-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

(...) Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). **E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’ tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...).** Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade. (STF - ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.) [Grifo nosso]

A Carta Magna foi além, prevendo expressamente em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem

como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

1.2.1 Surgimento

Na origem, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, que trazia os ideais de limitação do poder estatal e da proteção das liberdades individuais. Nos dizeres de José Afonso da Silva:

A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos dos homens, convertendo os súditos em cidadãos livres, a qual, contudo, se tornara insuficiente, pelo que a expressão *Estado de Direito* evoluiu, enriquecendo-se com conteúdo novo. (SILVA, 2010, p.113)

Dessa forma, com o advento da Revolução Industrial, o modelo de Estado Liberal de Direito mostrou-se insuficiente.

A partir daí, houve uma transição do Estado Liberal para o Estado Social, em que a sociedade passou por um momento de reflexão na busca de um modelo de Estado que se preocupe com o social, tendo por fim conter o capitalismo avançado.

O Estado de Direito deixou de ser neutro e individualista para se transformar em Estado material de Direito, intervindo na ordem econômica e social, em que se pretendeu afirmar os direitos sociais e a realização da justiça social.

Porém, o Estado passou a tomar decisões políticas, o que não era aceitável nas concepções anteriores. Então, como uma maneira de equilibrar o direito e o social, passou-se a adotar um Estado Democrático de Direito, legitimado pela soberania popular.

Nesse sentido, surge uma nova interpretação do papel da sociedade e dos Poderes do Estado na luta pela realização da justiça como forma de efetivar os ditames constitucionais, tendo por base o princípio democrático.

1.2.2 Conceito

O Estado Democrático de Direito é um princípio constitucional, no qual privilegia os valores fundamentais e constitui, como um dos seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Alexandre de Moraes, assim o conceitua:

O Estado Democrático de Direito, caracterizador do *Estado Constitucional*, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais é proclamado, por exemplo, no *caput* do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”. (MORAIS, 2016, p.58)

A titularidade do Poder Constituinte é do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos. A lei, portanto, passa a representar a vontade dos cidadãos, devendo ser respeitada por todos, seja na qualidade de governantes ou governados.

1.2.3 Características

A caracterização de um Estado Democrático de Direito diz respeito ao próprio conceito e seus principais objetivos. Como o poder emana do povo, se revela imprescindível uma participação ativa do titular no processo de decisão política e nos atos governamentais, em que se busca sempre respeitar a pluralidade de ideias, culturas e etnia; o princípio da separação dos poderes, numa moderna concepção filosófica; e a igualdade de todos perante a lei.

Além disso, faz parte desse Estado Democrático o reconhecimento dos direitos fundamentais, tratados em tópico próprio como legítimas prerrogativas intrínsecas da pessoa humana.

1.2.4 Princípios

José Afonso da Silva elenca oito princípios do Estado Democrático de Direito: princípio da constitucionalidade, princípio democrático, sistema de direitos fundamentais, princípio da justiça social, princípio da igualdade, princípio da divisão de poderes e da independência do juiz, princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica. O prestigiado doutrinador ensina: “A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e

regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”. (SILVA, 2010, p.122).

O princípio da constitucionalidade diz respeito à proteção da Constituição Federal e do Estado Brasileiro dotada de supremacia e formada por regras e princípios que devem conviver de forma harmônica, como um instrumento de integração comunitária.

O princípio da justiça social se faz presente, não para caracterizar um Estado socialista, mas para a realização de uma democracia social e cultural, que se baseia na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva.

O princípio da igualdade, extraído do art. 5º, caput e inciso I da Constituição Federal, se refere ao tratamento isonômico pela lei, no qual são vedadas as diferenciações arbitrárias, seja por parte do legislador, do intérprete, da autoridade pública ou do particular.

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II e no art. 37, caput, da Constituição Federal, é corolário da própria noção de Estado Democrático de Direito, em que somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações, ficando os indivíduos vinculados aos comandos legais. A juridicidade, por sua vez, traz uma releitura do princípio da legalidade, devendo-se respeitar o ordenamento jurídico como um todo.

O princípio democrático baseia-se numa democracia representativa, participativa e pluralista, no qual tem por finalidade precípua garantir a vigência e a eficácia dos direitos fundamentais.

O sistema de direitos fundamentais compreende os títulos II, VII e VIII da Constituição Federal, ou seja, os direitos individuais, coletivos, sociais e culturais.

O princípio da segurança jurídica garante aos cidadãos os seus direitos naturais tratados constitucionalmente, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, dentre outros. Assim, quanto mais a sociedade entende o seu simples conteúdo normativo, maior a segurança jurídica e a sua aplicabilidade no cotidiano.

O princípio da divisão de poderes ou de funções está consagrado no art. 2º da Constituição Federal, ao dispor que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Esse princípio surgiu da formulação tripartite de Montesquieu, no qual, cada um tem sua competência e funções minuciosamente previstas no texto constitucional. Por serem harmônicos entre si, são organizados pelo sistema de

freios e contrapesos – *checks and balances* – que tem como objetivo evitar o desvio de finalidade e a usurpação de competências, como se verá detalhadamente em tópico próprio, que será analisado sob uma nova perspectiva, não havendo mais que se falar em uma separação rígida entre os poderes.

Já a independência do juiz é garantia do próprio Estado de Direito, pelo qual se atribuiu ao Poder Judiciário a prerrogativa de dizer o direito, ou seja, dar a cada um o que é seu, baseando-se no ideal de justiça. Nesse sentido, o Poder Judiciário está legitimado, especialmente diante da falta dos outros poderes, para solucionar demandas sociais, questão a ser discutida ao logo do presente trabalho.

1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO: ATUAÇÃO FORTALECIDA DO PODER JUDICIÁRIO

Até o ano de 1945 vigorava o positivismo jurídico, em que os princípios constitucionais eram mera pauta programática supralegal, com carência em sua normatividade, resultando, conseqüentemente, na sua irrelevância jurídica. Os princípios passaram a ter normatividade após a Segunda Guerra Mundial, no pós-positivismo, surgindo, por conseguinte, uma nova corrente jus filosófica conhecida como o Neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional.

O Neoconstitucionalismo identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais pode ser assinalada, como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito; como marco filosófico, o pós-positivismo; e como marco teórico, o conjunto de mudança, a expansão da jurisdição e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Com a devida peculiaridade no tema, Luiz Roberto Barroso leciona que:

O novo direito constitucional ou Neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente,

como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade. Por sua importância e alcance prático na atualidade jurídica, faz-se breve registro acerca de cada um deles. (BARROSO, 2011, p.250)

Desta forma, depreende-se que o Novo Direito Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro se mostra relevante a ponto de se reconhecer este grande avanço como necessário à reinterpretação de diversas instituições contemporâneas presentes no Direito, em que os princípios se consagram como normas que permitem projeções do mais alto relevo.

Dentre as características do Neoconstitucionalismo, as principais são a constitucionalização do ordenamento jurídico; a renovação da Teoria das Fontes; uma nova Teoria dos Princípios; o desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais; método da ponderação; e a atuação fortalecida do Poder Judiciário.

Em relação ao método da ponderação, o primeiro passo que deve ser seguido pelos operadores do Direito, é verificar os direitos fundamentais que estão em conflito. Após essa análise, o segundo passo é investigar se há reserva de lei que trate desses direitos, para que, em último caso, se possa ponderar à luz dos princípios da hermenêutica contemporânea, como o princípio da supremacia da constituição, razoabilidade e proporcionalidade.

Contudo, será abordada neste tópico a atuação fortalecida do Poder Judiciário Brasileiro como marco teórico do Neoconstitucionalismo, que sofreu e continua sofrendo repercussões na atualidade, devido à transição do regime ditatorial para o regime democrático.

O poder judiciário assume funções inéditas, como harmonizar o conteúdo das leis com as normas/valores constitucionais no sentido de concretização dos direitos, exigindo-se, portanto, uma postura ativa do Estado. Essa postura é incompatível com o Estado-Liberal, no qual caracterizava um judiciário neutro politicamente, em que o Estado tinha um dever de prestação negativa, isto é, de nada fazer a não ser respeitar as liberdades públicas, civis e políticas.

Nos tempos hodiernos, não é mais suficiente o judiciário decidir conflitos mediante a simples aplicação de normas abstratas gerais e unívocas a casos concretos, vendo-se obrigado a dar respostas a demandas oriundas de uma sociedade fruto do desenvolvimento urbano-industrial, marcada pela intensa migração interna, desigualdades regionais, fracasso das políticas públicas, omissões

legislativas, entre outros, que exigem cada vez mais tutelas diferenciadas para os direitos considerados fundamentais.

Para Streck, o “*Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social*”. Assim, com o advento do Estado Social, o poder judiciário pode atuar nos casos em que houver omissão dos outros poderes, buscando sempre respeitar o princípio da supremacia da Constituição, princípio base do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, procura-se discutir no presente trabalho a legitimidade constitucional do Poder Judiciário ao determinar um agir político do Estado, que pressupõe a proteção dos direitos e das garantias fundamentais, superando o déficit de legitimidade dos demais poderes e lutando pela efetivação da Constituição.

1.4 DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A expressão “direitos fundamentais” surgiu na França em 1770, no movimento cultural e político que deu origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

É importante esclarecer a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. A diferença mais usual na doutrina brasileira é no sentido de que ambos protegem direitos que são positivados em planos distintos. Enquanto os direitos humanos encontram-se consagrados nos tratados e nas convenções internacionais, ou seja, no âmbito internacional; os direitos fundamentais são protegidos internamente pela Constituição de cada país.

Marcelo Novelino aduz que os direitos fundamentais possuem certas características particulares que os identificam com maior frequência e os distinguem dos demais direitos. São, portanto, universais, por serem vinculados ao valor liberdade e, sobretudo, à dignidade humana; históricos; inalienáveis; imprescritíveis; irrenunciáveis e relativos, por encontrarem limitações em outros direitos constitucionalmente consagrados (NOVELINO, 2014, p.399).

Os direitos fundamentais estão previstos no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal Brasileira de 1988, subdividido em cinco capítulos (direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade;

direitos políticos e partidos políticos), sendo reconhecidos como normas positivas constitucionais, isto é, princípios e/ou regras dotados de força normativa.

A proclamação dos direitos fundamentais tornou-se relevante após a instituição de um Estado Democrático. Nas próximas páginas serão abordados alguns tópicos relevantes para que se possa extrair dos direitos fundamentais o que eles são vocacionados a oferecer, desde que devidamente concretizados.

1.4.1 A constatação das dimensões de direitos

A evolução dos direitos fundamentais é situada em três grandes dimensões, que surgiram em períodos distintos. Porém, o surgimento de novas gerações não importa na extinção das anteriores, razão pela qual parte da doutrina tem optado pelo termo “dimensão”.

Os direitos de primeira dimensão foram consagrados nas revoluções liberais (francesa e norte americana), que correspondem às liberdades públicas, civis e políticas. Ao Estado era imposto um dever de prestação negativa, isto é, uma postura neutra que somente buscava respeitar as liberdades do homem. São exemplos desses direitos, o direito à vida, ao devido processo legal, ao voto, à liberdade de locomoção, de opinião, de expressão, de propriedade, entre outros.

Segundo Gilmar Mendes:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. (MENDES, 2014, p.142)

Essa mudança de paradigma, portanto, fez com que o Estado passasse a intervir ativamente na realização da justiça social, surgindo, conseqüentemente, os chamados direitos de segunda dimensão, pertencentes os direitos sociais, econômicos e culturais, onde o Estado, nesse momento, impõe a sua intervenção. Dizem respeito ao direito à saúde, educação, assistência social, trabalho, etc.

Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais por se ligarem a reivindicações de justiça, como, por exemplo, a liberdade social de sindicalização e o direito de greve.

Os de terceira dimensão representa a evolução dos direitos fundamentais, marcada pelo espírito de fraternidade ou solidariedade entre os povos com o fim da Segunda Guerra Mundial. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, comunicação, autodeterminação entre os povos e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um rol exemplificativo, por não excluir outros direitos decorrentes do dever de solidariedade.

Há doutrinadores que trata, ainda, dos direitos de quarta, quinta e sexta dimensão. A quarta dimensão é marcada pela globalização ou pós-modernidade, compreendendo o direito à informação, à democracia e ao pluralismo. Paulo Bonavides observa que esses direitos compreendem o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social, sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política (BONAVIDES, 2001).

A quinta dimensão reconhece a paz mundial como indispensável à convivência humana. A defesa da paz está elencada no art. 4º, VI, da CRFB/88 como um dos princípios fundamentais que regem o Estado Brasileiro.

Já a sexta dimensão afirma a existência da água potável, como componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, considerado como um direito fundamental, o acesso à água potável vincula todos os poderes estatais, bem como a atitude de cada indivíduo, para que, nas presentes e futuras gerações, possam receber o tratamento adequado a permitir que seja preservada em benefício de todos.

A visão dos direitos fundamentais em termos de dimensões não se situa num contexto de unidade e indivisibilidade, pois cada direito de cada geração interage entre si, e, nesse processo, dá-se à harmonização e à compreensão.

1.4.2 Distinção entre direitos e garantias fundamentais

O Título II da Constituição Federal traz duas grandes expressões (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) que, para melhor entendimento, é necessário traçar distinção entre os termos.

Direitos fundamentais são os direitos básicos individuais, políticos, sociais e jurídicos previstos na Constituição, como o direito à liberdade de expressão (art. 5º, IX), à ampla defesa (art. 5º, LV), direito de crença (art. 5º, VI), e assim por diante. Já garantias são mecanismos de proteção, medidas assecuratórias que visam proteger e possibilitar o exercício desses direitos.

As garantias fundamentais são divididas em gerais e específicas/instrumentais. As garantias gerais são formadas pelos princípios, que apesar de possuírem normatividade, precisam da intervenção de alguma autoridade para efetivamente resguardar determinado direito violado. Nessas hipóteses, é necessário utilizar as garantias específicas, formadas pelos remédios constitucionais.

Essas garantias podem ser administrativas, prevista no art. 5º, XXXIV, da CRFB/88, quando a autoridade intervém na qualidade de agente administrativo; ou, judiciais, elencadas no art. 5º, LXVIII a LXXIII, da CRFB/88, quando a autoridade atuar como agente judiciário.

Neste sentido, merece destaque a exposição de Marcelo Novelino que leciona com a maestria que lhe é peculiar:

A fixação da garantia e a declaração do direito têm uma linha divisória pouco nítida e, não raro, localiza-se no mesmo dispositivo, tal como ocorre com o *habeas corpus*, garantia criada para assegurar a *liberdade de locomoção* (art. 5º, LXVIII); com o *devido processo legal*, instrumento que visa à proteção dos direitos de *liberdade e propriedade* (art. 5º, LIV); e com o princípio da legalidade, meio protetivo e assecuratório das *liberdades individuais* (art. 5º, II). (NOVELINO, 2014, p.402)

Portanto, os remédios constitucionais são essenciais para garantir e assegurar a proteção dos chamados direitos fundamentais em face de eventuais violações.

1.4.3 Dos remédios constitucionais: a caracterização do mandado de injunção.

Das garantias instrumentais chamadas de remédios constitucionais será abordado especificamente sobre o Mandado de Injunção, no qual se faz necessário uma breve análise desse importante instrumento para melhor compreensão do presente trabalho.

O Mandado de Injunção surgiu no Brasil em 1988 como um remédio constitucional que visa defender direitos fundamentais (de primeira, segunda ou

terceira dimensão) dependentes de regulamentação. Está previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, que assim prescreve:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXI - 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;

É, portanto, uma ação constitucional cível responsável pela defesa em juízo de direito fundamental previsto na Constituição, ainda pendente de regulamentação, ou seja, há uma omissão no sistema normativo que torna inviável o exercício dos direitos e das garantias constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Embora ambos cuidem da inércia constitucional, diferencia-se o Mandado de Injunção da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) por ser esta uma ação do controle concentrado formada por um processo objetivo, no qual busca defender normas constitucionais dependentes de regulamentação; enquanto que o Mandado de Injunção é um remédio constitucional formado mediante um processo subjetivo, seja pela via individual ou coletiva.

De acordo com o art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90, aplicava-se ao Mandado de Injunção, no que couberem, as regras do mandado de segurança, previstas na Lei nº 12.016/09, pois até então não havia norma específica regulamentando o remédio no plano infraconstitucional desde o seu surgimento.

O objeto do MI é a norma ou ato omissivo inconstitucional do órgão ou autoridade pública que torna inviável o exercício do direito subjetivo dependente de regulamentação normativa para ser usufruído. Cumpre dizer, portanto, que as normas têm que ser de eficácia limitada, não cabendo o referido remédio quando a norma for autoaplicável.

1.4.4 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais: a pertinência das normas de eficácia limitada ao mandado de injunção.

O art. 5º, §1º, da Constituição Federal prescreve que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Porém, nem todos possuem aplicação imediata, como é o caso dos incisos VIII, XIII, XXVII, XXVIII e XXIX, que precisam da feitura de leis para se tornarem plenamente aplicáveis.

O eminente professor, José Afonso da Silva, analisou a questão das normas constitucionais, ao afirmar que:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição que aderem e a nova ordenação instaurada (...) se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como insinuam certos autores: a) normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas de imediata aplicação; b) normas constitucionais de eficácia limitada, distinguindo-se estas, ainda, em: 1) normas de legislação e 2) normas programáticas (...) Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas de eficácia limitada ou reduzida. (SILVA, 2003, p.82)

Diante disso, o autor dividiu as normas constitucionais em três categorias distintas, todas relacionadas à sua eficácia e aplicabilidade. Baseando-se nessa visão tripartida, são classificadas em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são normas autoaplicáveis, ou seja, desde o momento de sua entrada em vigor na Constituição Federal, estariam plenamente aptas a produzirem todos os seus efeitos jurídicos essenciais. Possuem incidência direta, imediata e integral, como, por exemplo, o art. 1º, 2º e 5º, III, da CRFB/88.

As normas constitucionais de eficácia contida estão plenamente aptas a produzirem todos os seus efeitos jurídicos essenciais desde a sua entrada em vigor, produzindo igualmente incidência direta, imediata, porém, não integral, podendo sofrer restrições futuras por parte do Poder Público. Tem-se como exemplo o art. 5º, XIII e XV, bem como o art. 93, IX, da CRFB/88.

Já as normas constitucionais de eficácia limitada produzem efeitos jurídicos reduzidos, tendo em vista que os seus efeitos jurídicos principais dependem da

atuação futura por parte do Poder Público. Dividem-se em programáticas e organizatórias.

As normas programáticas traçam objetivos, metas ou ideais que deverão ser delineados pelo Poder Público para que produzam seus efeitos jurídicos essenciais. Estão vinculados normalmente aos direitos sociais de segunda dimensão previstos na Constituição Federal, como a título de exemplo, o direito à saúde (art. 196) e a educação (art. 205).

As normas organizatórias criam novos institutos, serviços, órgãos ou entidades que precisam de legislação futura para que ganhem vida real. Exemplos do art. 134, parágrafo primeiro e art. 93, caput, ambos da Constituição Federal que tratam da organização institucional da Defensoria Pública e do Estatuto da Magistratura, respectivamente.

O autor Uadi Lammêgo Bulos, inova ao incluir na classificação as normas de eficácia exaurida ou esvaída, isto é, aquelas que já extinguiram a produção de seus efeitos, tendo sua aplicabilidade esgotada. São próprias do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, caracterizadas como normas de passagem. (BULOS, 2014, p.478).

Pode-se dizer que a classificação clássica na doutrina brasileira é a tricotômica de José Afonso da Silva. Nas palavras do próprio autor:

Parece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias. (SILVA, 2003, p.82)

Como mencionado no tópico anterior, o objeto do Mandado de Injunção são as normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, dependentes de regulamentação. Como exemplo de norma definidora de direito e garantia fundamental que carece de lei, pode ser citado o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, ou o da aposentadoria especial, garantido nos termos do art. 40, § 4º, ambos da CRFB/88.

Então, em relação à aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, qual seria o sentido dessa regra insculpida no art. 5º, §1º, da Constituição Federal? José Afonso da Silva explica:

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes. (SILVA, 2003, p.408)

É por essa razão que a Constituição Federal de 1988 trouxe o Mandado de Injunção para combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada, sendo um importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, dando, assim, um sentido exato ao art. 5º, §1º da Constituição Federal.

1.4.5 O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são imprescindíveis ao homem na medida em que representam um mínimo essencial a uma vida digna. A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente todos os direitos fundamentais que devem ser protegidos e garantidos pelo Estado.

Quando por sua vez, os titulares desses direitos forem lesados pela falta de uma determinada norma que os regulamente, o Mandado de Injunção, ora analisado, é o remédio constitucional que tem como finalidade combater essa omissão legislativa.

Porém, ante o suposto confronto entre os efeitos da procedência do Mandado de Injunção, os princípios da separação das funções e o da Supremacia da Constituição, a questão é alvo de profundas transformações no âmbito da jurisprudência pátria que traz também inquietação na doutrina especializada.

Apesar da Constituição Federal de 1988 prever o Mandado de Injunção, aplicava-se as regras da lei do Mandado de Segurança, porque não havia norma regulamentadora do referido remédio. Quanto aos seus efeitos, a primeira providência jurisdicional até meados do ano de 2007 era apenas declarar formalmente a mora do Poder omisso, não cabendo ao juiz suprir a lacuna normativa.

Neste sentido, segue a jurisprudência do STF:

Juros reais. Parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal. - Esta Corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, de que foi relator o eminente Ministro Sydney Sanches, firmou o entendimento, por

maioria de votos, de que o parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição não é auto-aplicável, dependendo, portanto, de regulamentação. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE: 345302 RS, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 20/08/2002, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27-09-2002 PP-00116 EMENT VOL-02084-05 PP-01087)

Esta posição adotada chamada de “não concretista”, foi bastante criticada pela doutrina, pois não assegurava ao impetrante o exercício do direito pleiteado, tampouco obrigava o legislador a editar a norma faltante. Os adeptos desse posicionamento defendem a extrema observância ao princípio da separação dos poderes.

A partir desse entendimento, a autora Nathalia Massom explica bem no trecho abaixo:

Dessa forma, e em homenagem ao princípio da separação de Poderes, a sentença judicial só declara a mora, mas não implementa o exercício do direito para o autor da ação, apenas recomendando ao legislador (ou a outro órgão do Poder Público) que o faça. Referida corrente, portanto, iguala os efeitos do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Na doutrina, tal corrente é defendida, por exemplo, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que acredita não ser possível conferir ao mandado de injunção um alcance maior que o previsto para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não cabendo ao Poder Judiciário suprir a omissão inconstitucional, normatizando as situações de forma individual ou genérica. (MASSOM, 2015, p.450)

Consequentemente, a providência jurisdicional mostrava-se inócua, não tendo nenhum efeito prático que viabilizasse o exercício do direito guerreado, diante da persistência da inércia legislativa e da falta de legitimidade do Poder Judiciário.

Essa disparidade entre teoria e prática em sede de direitos fundamentais tem causado grande insatisfação social. Portanto, hodiernamente, essa posição não concretista não condiz mais com o posicionamento da Corte Suprema, o que ocasionou uma virada jurisprudencial nesse sentido.

É por este motivo que foram surgindo posturas mais ativistas do Supremo Tribunal Federal no ponto de vista da interpretação e alcance dos efeitos do Mandado de Injunção. Continua Nathalia Massom:

A tese "não concretista", que aproxima em demasia os efeitos do mandado de injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO - ver are. 103, § 2, CF/88), consolidou-se no início da década de 90 do século passado, mas foi recentemente abandonada pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em razão do passar dos anos e a da verificação por parte da Corte de que seu apelo ao legislador não surtia efeito, que o

Congresso não dava devida atenção a essa demanda normativa. Foi então que, numa autêntica virada jurisprudencial, o STF passou a prolatar sentenças com perfil normativo-aditivo, isto é, decisões geradoras de efeitos que viabilizam imediatamente o exercício de direitos previstos constitucionalmente, mesmo que ainda dependentes de complementação legislativa. (MASSOM, 2015, p.451)

A questão dos efeitos do Mandado de Injunção é o aspecto mais polêmico que envolve este remédio constitucional, pois ao partir de uma análise mais apurada do seu objeto e de sua função social, passa-se a discutir o ativismo judicial dentro dessa nova perspectiva.

2 ATIVISMO JUDICIAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO

Diante de todo o exposto, percebe-se que a luta pela efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente deve ser o ponto de partida para que dentro de uma nova concepção filosófica, o Mandado de Injunção cumpra a sua finalidade por meio da consagração da importante figura do ativismo judicial.

2.1 CONCEITO E SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O ativismo judicial surgiu no Brasil a partir da ruptura do modelo tradicional da atuação do Poder Judiciário, que aponta a instituição do Mandado de Injunção como uma das mudanças decorrentes da Constituição Federal de 1988. Para Cittadino:

O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos Poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas. (CITTADINO, 2002, p.17)

Com o surgimento do sistema político democrático e com a crescente demanda social, não se visualiza mais a concepção clássica da teoria da separação das funções dos três poderes. O Poder Judiciário deixa de ser neutro politicamente e passa ser protetor da ordem jurídica, levando-se em conta a concretização dos direitos fundamentais.

Assim, os direitos fundamentais positivados oferecem a proteção necessária, no qual cabe ao judiciário se comprometer com o projeto constituinte democrático inaugurado pela Constituição.

Analisando essas modificações, Sadek aduz que:

A Constituição de 1988 imprimiu atributos de poder de Estado ao Judiciário. A instituição foi configurada com capacidade real de exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, quer provenientes do Executivo quer do Legislativo. Dessa forma, foram criadas as qualidades necessárias para participar ativamente da vida pública [...] O pós-1988 transformou o Poder Judiciário e especialmente o STF em uma arena privilegiada, acentuando a sua face política. Com efeito, a Corte Suprema tem atuado em relação a temas cruciais, quer devido a omissões legislativas, quer recebendo demandas sobre questões controversas, quer se pronunciando sobre impasses políticos, quer proferindo decisões cruciais

para a vida pública, com impactos na arena político-partidária, como os serviços públicos e também na configuração dos tribunais superiores e na estrutura do Poder Judiciário em sua totalidade. (SADEK, 2007, P.131/133)

Busca-se nesse sentido, uma nova identidade social do Poder Judiciário dentro de um Estado Democrático de Direito. Barroso destaca que o ativismo judicial “está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2011, p.233).

Já Tavares disciplina que:

A ampliação do espaço ‘tradicional’ do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero *legislador negativo*, na expressão cunhada por Kelsen) foi viabilizada, dentre ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções. (TAVARES, 2012, p.65)

Logo, o conceito de ativismo judicial na democracia moderna está intimamente ligado a uma postura proativa dos membros do Poder Judiciário, que intervêm diante das omissões dos demais poderes, especialmente do Poder Legislativo.

Essa intervenção é caracterizada, no presente trabalho, quando se trata detalhadamente do estudo do Mandado de Injunção, como um dos remédios-garantias constitucionais.

2.2 DIFERENÇA ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Ativismo é atitude, interpretação proativa do texto constitucional, positivo ou negativo, sendo uma mudança informal da Constituição Federal. Este fenômeno jurídico é frequentemente confundido com outro, chamado de judicialização da política.

Embora ambos tratem de questões ou decisões políticas dos Poderes Executivo e Legislativo que são decididas pelo Poder Judiciário, suas origens, entretanto, são distintas.

Enquanto o ativismo judicial permite que o juiz crie normas ou supra a omissão de uma norma faltante aplicando-se por analogia uma já existente no ordenamento jurídico, a partir dos princípios e valores constitucionais, a judicialização é uma circunstância factual que encontra respaldo no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, ampliando, portanto, o papel do juiz.

Na judicialização, os demais poderes ou seus agentes políticos acabam encaminhando ao Poder Judiciário decisões políticas, sendo a política a questão principal. Nas palavras do professor Luiz Roberto Barroso:

Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e Tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial. (BARROSO, 2012, p.369)

Assim, a judicialização decorre do modelo constitucional adotado pelo constituinte originário e não de um exercício deliberado da vontade política. Barroso ainda assinala que no Brasil a judicialização decorre de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente no país e o sistema de controle de constitucionalidade vigente (BARROSO, 2012).

Portanto, o juiz, antes de decidir, deve analisar a sua capacidade de produzir a melhor avaliação e decisão em determinada matéria, evitando a usurpação de competência dos outros poderes, o que ocasiona a existência de um ativismo judicial negativo, que interfere indevidamente nas questões legitimadas pelas demais funções. É por esse motivo que serão analisadas no próximo tópico as críticas quanto a esse ativismo judicial.

2.3 AS IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL

Dependendo da forma como é utilizado pelo Poder Judiciário, o ativismo judicial traz consequências favoráveis ou desfavoráveis que refletem com mais intensidade na vida da sociedade atual, pois são inúmeras as questões levadas aos órgãos judiciários brasileiros, que, muitas vezes, por inércia dos outros poderes, precisam tão logo serem apreciadas e resolvidas.

De acordo com Luiz Roberto Barroso, no Brasil há diversos precedentes de postura ativista do Supremo Tribunal Federal. Conforme o autor, dentre elas se incluem:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito. (BARROSO, 2011, p.371)

Essas atitudes proativas do Poder Judiciário são benéficas na medida em que asseguram a eficácia dos direitos e das garantias fundamentais e a implantação das políticas públicas, como nos precedentes sobre greve no serviço público ou decisões sobre direito à saúde.

Contudo, questiona-se sobre quais seriam os limites e os perigos que essa atuação pode causar à democracia. Barroso identifica três críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira, a crítica político-ideológica, a crítica quanto à capacidade institucional e quanto à limitação do debate. (BARROSO, 2012, p.376).

A crítica político-ideológica apresenta a seguinte objeção: juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Assim, não são legitimados a invalidar atos praticados pelos demais poderes ou impor-lhes deveres de atuação. Embora favoreça a tutela dos direitos fundamentais, a não participação da sociedade limita essa legitimidade.

A capacidade institucional do Poder Judiciário é criticada pelo fato de, muitas vezes, os juízes não possuem conhecimento específico acerca de determinados temas que envolvem aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade, como “avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público” (BARROSO, 2012, p.375).

Já a crítica quanto à limitação do debate refere-se à não acessibilidade da sociedade em geral, por não dominarem a linguagem técnica utilizada pelos juízes ao tentar solucionar problemas sociais complexos. Conseqüentemente, “a

transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão” (BARROSO, 2012, p.376).

Do ponto de vista jurídico-político dos que se opõem a esse fenômeno, o ativismo judicial consiste na ofensa ao princípio da separação dos poderes, cujas funções se distinguem. Os adversários apontam que essa afronta compromete, objetivamente, a legitimidade de qualquer sistema político.

Feitas estas críticas considerações, é importante ressaltar que a necessidade de resolver conflitos, individuais ou coletivos, relacionados a direitos fundamentais que dependem da regulamentação de normas que os preveem, acabou fortalecendo a liberdade interpretativa dos magistrados, que passaram a atuar como legisladores positivos, frente à insuficiência estatal em atender aos anseios da população.

2.4 A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Será analisada neste tópico a questão do princípio constitucional da separação dos poderes como corolário da criação judicial do direito, numa perspectiva temporalmente adequada.

2.4.1 Histórico e evolução

A separação dos poderes representa um dos mais importantes princípios constitucionais. De acordo com o art. 60, §4º, III, da CRFB/88, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-lo. Assim, no direito brasileiro, o princípio é cláusula pétrea, ou seja, é um limite material à reforma constitucional.

Na obra clássica “A República”, Platão já relatava que o poder concentrado nas mãos de uma só pessoa era prejudicial, sendo necessário dividir as funções do Estado (PLATÃO, 2004). Porém, foi Aristóteles, em “A política”, o primeiro teórico a afirmar de forma específica a existência de três funções, quais sejam, a função executiva, a função deliberativa e a função judicial (ARISTÓTELES, 1998)

Maquiavel, em “O príncipe”, também participou dessa formação, prevendo três poderes distintos, o executivo, materializado na figura do Rei, o legislativo,

representado pelo parlamento e, por fim, um judiciário autônomo (MAQUIAVEL, 2007). Nos dizeres de Dalmo de Abreu Dallari:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas. (DALLARI, 2012, p.216)

John Locke, na sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, considera o Poder Legislativo como supremo, ou seja, superior aos demais. E os poderes Executivo e Legislativo eram exercidos pelo Rei. Contudo, ele os distingue:

Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos em si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos, estão quase sempre unidos. (LOCKE, 2003, p.75)

Já Montesquieu, na célebre obra “O espírito das Leis”, trouxe a ideia de três poderes harmônicos e independentes entre si, tal como se estabelece na Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º (MONTESQUIEU, 1998). Foi através desse filósofo iluminista que a teoria da separação dos poderes evoluiu e se agregou ao constitucionalismo.

Com a passagem do Estado absolutismo para o Estado liberal, o poder não mais se concentrava nas mãos de uma só pessoa, o que gerava situações de abuso de poder. Portanto, foi sob essa influência liberalista que os poderes foram divididos em funções distintas, atribuídas a órgãos estatais diversos.

No Brasil, o Poder Legislativo possui a função típica de legislar e fiscalizar financeira e administrativamente os atos do Executivo. O Poder Judiciário exerce a função jurisdicional, de distribuição da justiça e aplicação da lei ao caso concreto. E o Poder Executivo tem a função de administrar os interesses públicos, de acordo com as leis previstas na Constituição Federal.

Por serem harmônicos entre si, os poderes também exercem atividades atípicas, relacionadas ao sistema de freios e contrapesos, denominado pelos norte-americanos de *checks and balances*. Esse sistema significa, segundo Montesquieu, a limitação do poder pelo próprio poder, ou seja, cada poder exerce autonomamente

a função que lhe for atribuída, ao passo que o exercício desta função deve ser controlado pelos demais poderes.

Nas palavras de Rodrigo César Rebello Pinho:

A separação de Poderes não é rígida, pois existe um sistema de interferências recíprocas, em que cada Poder exerce suas competências e também controla o exercício dos outros. Esse sistema é denominado pelos norte-americanos de *checks and balances*. A separação de Poderes não é absoluta. Nenhum Poder exercita apenas suas funções típicas. (PINHO, 2001, p.51)

Podem ser citados os seguintes exemplos: o Poder Legislativo exerce a função atípica do Executivo quando realiza contratos, abre licitações ou concursos públicos. E função atípica do Judiciário, quando o processo de *impeachment* é julgado pelo Senado Federal sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

O Poder Executivo também realiza função legislativa quando edita uma Medida Provisória com força de lei e participa do processo legislativo, tendo matérias de iniciativa legislativa privativa e amplo poder de veto. De função jurisdicional, quando a administração pública apura responsabilidade do servidor em decorrência de infrações funcionais por meio de um processo administrativo disciplinar – PAD.

Já o Poder Judiciário quando realiza contratos, licitações ou concursos públicos, exerce função executiva. E de acordo com o art. 96, I, “a”, da CFRB/88, compete privativamente aos tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, desempenhando, nesse caso, a função legislativa.

Portanto, evidencia-se que cada Poder da União deve limitar a ação abusiva dos demais Poderes e atuar de forma independente, sem subordinação e conflito, pois a finalidade do Estado, objetivo de todos os poderes políticos, é assegurar o bem comum para todos.

2.4.2 A revisão da teoria da separação dos poderes: o expansionismo do poder judiciário

Para Montesquieu, o Poder Judiciário não tem faculdade atribuída, pois sua função era considerada restrita (MONTESQUIEU, 1998). Contudo, não havendo mais a separação rígida entre os Poderes no ordenamento jurídico atual, o Poder Judiciário passou a exercer jurisdição constitucional.

A expressão jurisdição constitucional designa a competência exercida por todos os juízes e tribunais de interpretar e aplicar a Constituição, envolvendo sua aplicação direta às situações nela contempladas ou a interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Segundo o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa norma consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de cláusula do acesso à justiça ou direito de ação. O professor Fredie Didier Júnior entende que:

Prescreve o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal do Brasil: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata, o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro. (DIDIER JR, 2010, p.105)

A garantia constitucional do acesso à justiça é um importante meio de efetivação dos direitos fundamentais. Assim, com a constitucionalização dos direitos e a supremacia da Constituição, o princípio da inafastabilidade de jurisdição passou a ser entendido como um verdadeiro instrumento que assegura a tutela jurisdicional efetiva.

O Supremo Tribunal Federal, responsável pela guarda da Constituição, assim como as demais instâncias do Poder Judiciário, têm se deparado, cada vez mais, com a crescente demanda pela tutela jurisdicional. Porém, as linhas de interpretação constitucional trilhadas pelo STF na defesa dos direitos e das garantias fundamentais encontram diversas objeções acerca da sua atuação.

As suas decisões relacionadas ao Mandado de Injunção repercutem sobre o efetivo exercício dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas. Essa repercussão decorre do princípio da separação dos poderes, que limita a sua atuação, e da inefetividade ou omissão dos demais Poderes da União.

Diante dessa realidade, a Corte não pode deixar de atuar nos casos que envolvam o exercício dos direitos fundamentais, realizando o que se entende por ativismo judicial ocasionado pelo expansionismo do Poder Judiciário.

2.5 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SUA ATUAÇÃO JURISDICIONAL VIA MANDANDO DE INJUNÇÃO

O objetivo do presente tópico é relatar a trajetória do Mandado de Injunção desde o seu surgimento pelo constituinte de 1988, baseando-se nas posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal diante das omissões inconstitucionais.

2.5.1 Teorias sobre os efeitos da decisão à luz da doutrina

Desde a promulgação da Carta Magna de 1988 surgiu na doutrina posicionamentos diversos acerca dos efeitos da decisão do Mandado de Injunção, tanto pela falta de adaptação ao instrumento de combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada quanto pela inexistência de uma legislação ordinária própria.

Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal classificaram os efeitos da decisão do Mandado de Injunção em dois grandes grupos: posição concretista e a não concretista, destacando, assim, as nuances que cada uma delas apresenta.

A posição concretista subdivide-se ainda em duas outras espécies: concretista geral e concretista individual (direta ou intermediária), conforme a abrangência de seus efeitos e da situação em discussão.

Destaca-se o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira acerca das teorias iniciais existentes em relação ao conteúdo da sentença que decide o Mandado de Injunção, adotando-se, por conseguinte, a posição concretista individual intermediária:

“Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção no 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas

dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição.” (Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265).

Até o ano de 2007 o Supremo Tribunal Federal adotava a posição não concretista, declarando tão somente a mora do poder omissor, o que tornava inviável o exercício do direito fundamental pleiteado. Para os defensores dessa concepção, caso o órgão julgador editasse a norma faltante, haveria infringência ao princípio da separação dos poderes.

Outro argumento é que não se pode dar ao Mandado de Injunção alcance que não foi sequer conferido à ação de inconstitucionalidade por omissão, em que nesta, a legitimidade ativa é dada às mais altas autoridades e tem o seu processo julgado apenas pela Suprema Corte.

No campo jurisprudencial, cumpre transcrever o seguinte trecho da ementa do MI nº 107 DF, que teve como relator o Ministro Moreira Alves, no qual se adotou a posição não concretista:

Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto aplicabilidade, ou não. - em face dos textos da constituição federal relativos ao mandado de injunção, e a ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providencias necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por

omissão (artigo 103, par-2., da carta magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. - assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte - que esta devidamente definida pelo artigo 102, i, 'q' -, auto executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe e analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator (MI nº 107-DF, RTJ, v. 133, p. 11-12).

A partir desse acórdão, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento de que não se permitiria que o Poder Judiciário exercesse atividade típica do Poder Legislativo na criação de normas, nem tampouco aplicasse por analogia leis já existentes no ordenamento jurídico.

A aplicação dessa teoria transformava o Mandado de Injunção num instrumento de efeito inócuo, sem solução prática. Neste sentido, é importante mencionar as duas principais críticas quanto a essa referida corrente.

A primeira delas diz respeito à decisão eminentemente declaratória. O Poder Judiciário, ao proferir sentença declarando apenas a mora do poder omissor, está aplicando os mesmos efeitos da decisão da ação de inconstitucionalidade por omissão, possuindo dois institutos distintos. Assim, não faz sentido a decisão do STF no M.I. 107 ao reconhecer que qualquer pessoa estaria legitimada a pedir a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o que está vedado pelo art. 103 da CRFB/88.

Outra crítica refere-se à inefetividade da decisão meramente declaratória, que não soluciona o problema do titular do direito fundamental ao suscitar a tutela jurisdicional. Sabe-se que a efetividade é um dos aspectos indispensáveis do processo civil e, com efeito, o princípio da inafastabilidade da jurisdição inclui uma tutela útil e célere, por meio da qual o impetrante consiga exercer tais direitos, liberdades e prerrogativas.

Portanto, a simples declaração de mora do órgão incumbido da regulamentação da norma faltante impede que o Mandado de Injunção alcance a sua finalidade, o que inviabiliza o pleno exercício dos inúmeros direitos claramente delineados na Constituição.

Por ocasião dessa consequente decisão, a partir do ano de 2007 houve uma virada jurisprudencial no sentido de se adotar posições concretistas, que não se

limita a declarar a mora do poder omissivo. O posicionamento inicial é superado por uma jurisprudência mais avançada que dar maior alcance ao remédio constitucional.

A posição concretista geral é a que produz efeitos *erga omnes*, ou seja, os efeitos da decisão se estendem a todos aqueles em idêntica situação. Nos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo – SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, julgados em 25/10/2007, se pretendia que fossem garantidos aos seus associados o exercício do direito de greve.

O Supremo Tribunal Federal ao emitir essa decisão, não apenas se limitou a conhecer a mora do congresso quanto ao exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CRFB/88, como também aplicou por analogia a legislação relativa à iniciativa privada, a Lei nº 7.783/1989.

Nesse sentido, destaca-se a ementa do MI nº 708, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS NºS 7.701/1988 E 7.783/1989. (STF, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 1, de 06/11/2007)

A posição concretista individual direta produz efeitos *inter partes*, ou seja, a decisão viabiliza o exercício do direito somente pelo impetrado. Como exemplo adotado pelo Supremo Tribunal Federal está o M.I. nº 721/DF, que apresenta o seguinte trecho da ementa:

APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor,

impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007)

Nessa nova orientação jurisprudencial, busca-se assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no art. 40, § 4º, da CRFB/88, aplicando-se as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial, a Lei nº 8.213/91.

Por fim, a Suprema Corte também adotou uma posição concretista intermediária na ADI 3682/MT, ao reconhecer a mora do Congresso Nacional na edição da lei complementar federal a que se refere o art. 18, § 4º, da CRFB/88 e estabelecer o prazo de 18 meses para a elaboração da mesma, que até o presente momento não ocorreu.

2.5.2 Mudança de filosofia na atuação jurisdicional

Vislumbra-se, como afirmado anteriormente, uma nova atuação do Poder Judiciário no sentido de conferir utilidade prática ao Mandado de Injunção, posição que vem recebendo maior aceitação no âmbito doutrinário.

A ausência de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa impediu por longos anos que os titulares pudessem usufruí-los em virtude da omissão legislativa. Assim, com a mudança de filosofia, a atuação desenvolvida pelo Poder Judiciário no Mandado de Injunção tornou-se imprescindível para remover esse obstáculo por meio da aplicação analógica de uma lei já existente, ou pela emissão supletiva da regulamentação do modo de exercício do direito.

O problema dessa atuação jurisdicional é sobre se há incompatibilidade entre a posição concretista atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal em várias decisões, como acima mencionadas, e o princípio da separação dos poderes consagrado expressamente pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Analisando essa crítica que perdura até os dias atuais e como uma forma de demonstrar o seu posicionamento, o jurista Alexandre de Moraes entende que:

Dessa forma, plenamente conciliável o art. 5º, LXXI (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) e o art.

5o, XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), com o art. 2o (são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), todos da Constituição Federal, pois o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for colmatada a lacuna legislativa ou administrativa. (MORAIS, 2016, p.307)

Assim, a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos e das garantias fundamentais é uma atribuição conferida pela Constituição Federal, não se tratando de usurpação de competências. Pedro Lenza defende esse mesmo posicionamento, quando aduz que:

Essa é a nova perspectiva. Não se incentiva um Judiciário a funcionar como "legislador" positivo no caso da existência de ato normativo a suprir a omissão, mas, havendo a sua falta e sendo a inércia desarrazoada, negligente e desidiosa, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo mandado de injunção (MI), seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). (LENZA, 2015, p.1258)

O mesmo autor reconhece que: “O Judiciário, ao agir, realiza direitos fundamentais, e, nesse sentido, as técnicas de controle das omissões passam a ter efetividade” (LENZA, 2015, p. 1257).

Com efeito, o Mandado de Injunção é um remédio constitucional importante que além de resguardar os direitos e as garantias fundamentais intrínsecas de todo ser humano, impulsiona a elaboração de normas que possibilitem a concretização do exercício destes direitos e regulariza a situação temporariamente, suprimindo as omissões legislativas.

Quanto ao alcance da decisão proferida no Mandado de Injunção acerca da dificuldade em se poder adotar a posição concretista geral ou a individual, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam que:

Em suma, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal, efetivamente, abandonou sua anterior posição (não concretista) e passou a adotar a posição concretista. Nota-se, porém, que não há consenso entre os membros do Tribunal sobre o alcance da decisão proferida no mandado de injunção, vale dizer, se será adotada a posição concretista geral (eficácia *erga omnes*) ou a concretista individual (eficácia *Inter partes*). Com efeito, há registro de julgado em que foi perfilhada pelo Tribunal a posição concretista individual direta, possibilitando-se o efetivo exercício do direito exclusivamente para a impetrante. Já em outras oportunidades, em julgados envolvendo a regulamentação do direito de greve do servidor público civil,

adotou-se a posição concretista geral, determinando-se a aplicação da lei de greve do setor privado a todo o setor público (e não apenas aos servidores representados pelas entidades impetrantes dos mandados de injunção). (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p.219)

A jurisprudência do STF oscila quanto a esse alcance, havendo oportunidades de decisões proferidas com eficácia *erga omnes* e em outras com eficácia *inter partes*, dependendo da situação concreta.

Tem-se como exemplos já mencionados no tópico anterior, o direito de greve para os funcionários públicos e as melhorias previdenciárias referentes à aposentadoria e tempo de serviço, que são direitos fundamentais previstos na Constituição Federal que através do Mandado de Injunção, dentro dessa nova atuação jurisdicional, vem sendo permitido o seu exercício.

Entre a síndrome da inefetividade das normas constitucionais e a sua aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário, ainda que de modo inovador, parece mais vantajoso este último comportamento, já que resolve o problema do titular do direito fundamental pleiteado, mesmo que provisoriamente.

Os cidadãos que fazem parte da sociedade contemporânea, caracterizada principalmente pela frequente desigualdade social e corrupção dos representantes eleitos, devem ao menos ter seus direitos fundamentais básicos assegurados pela referida medida judicial.

2.5.3 Reflexos da reação legislativa nos direitos fundamentais

O Mandado de Injunção, por ser uma inovação no Direito brasileiro e um remédio que perdurou por longos anos sem legislação específica, transformou-se em um desafio ao Supremo Tribunal Federal. Muito se discute sobre a sua consequência prática, cabendo aqui analisar a reação do Poder Legislativo em relação às recentes decisões proferidas pelo Judiciário.

Como demonstrado alhures, a nova orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal permitiu que o Poder Judiciário aplicasse, diretamente ou por analogia, a norma regulamentadora do direito constitucional pleiteado, em detrimento da omissão legislativa.

Acontece que, mesmo diante dessa postura ativista da Suprema Corte muitas normas ainda encontram-se pendentes de regulamentação. Isso ocorre

porque o Poder Legislativo, quando exerce a sua função típica de legislar, não fica vinculado às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, o Poder Legislativo permanecendo inerte, provoca reflexos negativos nos direitos fundamentais, ou seja, a Constituição Federal torna-se letra morta devido à flagrante omissão inconstitucional. Neste sentido, Canotilho entende que:

Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começarem a destruir o “rochedo de bronze” da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objetivos. (CANOTILHO, 1993, p.367)

O remédio seria plenamente eficaz se o seu objetivo fosse alcançado com a edição da norma faltante, o que revelaria uma maior preocupação do Poder Legislativo em conferir efetividade aos direitos e liberdades constitucionais.

Assim, teria o Poder Legislativo uma reação legislativa positiva partindo-se da promulgação da norma regulamentadora faltante. A reação legislativa, neste contexto, é uma forma de “ativismo congressional” com o objetivo de o Congresso Nacional reverter as recentes posturas ativistas do Supremo Tribunal Federal, estando, porém, amparado nos princípios da Supremacia da Constituição e da Separação dos Poderes.

Contudo, essa reação legislativa á declaração de mora dada pelo Poder Judiciário por meio do Supremo Tribunal Federal ocorreu na minoria dos casos. Significa dizer que a maioria dos temas em mora não teve a edição de lei que visasse a supri-la, embora haja projetos de leis em circulação pelo Poder Legislativo.

É importante esclarecer que a resposta do legislativo abrange tanto a função de legislador positivo exercida pelo Poder Executivo, tal como dispõe o art. 61, § 1º, I e II, da CRFB/88, quanto ao próprio Poder Legislativo.

A persistente inexistência da norma regulamentadora acaba por gerar riscos, individuais ou coletivos, ao exercício dos direitos fundamentais, em que o Poder Judiciário atua como o poder citado para evitar a lesão jurídica até que o legislador, pelas vias democráticas, o faça. Barroso (2012) elucida que:

[...] a tensão entre a jurisdição constitucional, os direitos fundamentais e a democracia e constitucionalismo é apenas aparente, visto que a jurisdição

constitucional exerce um papel importante na implementação dos valores substantivos previstos na Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, na realização da democracia. Estefânia Barboza defende que o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, deve exercer um papel ativo – tanto político, como social – no Estado brasileiro, interpretando os direitos sociais, especialmente os de cunho prestacional, de forma a dar-lhes a maior efetividade possível, como única forma de alcançar a justiça e a democracia, erigindo o Brasil em um verdadeiro Estado Democrático de Direito. (BARROSO, 2012, p.154)

A Constituição Federal introduziu o Mandado de Injunção como um mecanismo voltado ao controle da inconstitucionalidade por omissão para impedir a violação dos direitos e das garantias fundamentais por ela protegidos.

Diante da postura ativista do Poder Judiciário e da reação legislativa em se abster de editar a norma regulamentadora dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, cabem as seguintes indagações: Teria atribuído a Constituição Federal ao Poder Judiciário, a legitimidade para atuar como legislador positivo quando declarada a omissão do Poder omissor? Encontra algum respaldo normativo esse controle jurisdicional?

O constituinte originário não previu expressamente essa legitimidade, pois apenas permitiu ao Poder Judiciário que atuasse quando houvesse lesão ou ameaça a direito, conforme dispõe o seu art. 5º, XXXV, consubstanciado no princípio da inafastabilidade da jurisdição, anteriormente analisado.

Por outro lado, preservando o princípio da Supremacia da Constituição no resguardo dos direitos e das garantias fundamentais, a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ganhou novos contornos e influenciou no surgimento da Lei nº 13.300/2016, no qual disciplina o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção individual e coletivo.

Por meio dessa lei, portanto, o legislador sanou uma lacuna que perdurou quase três décadas no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se afirmar que houve uma reação legislativa positiva, com a edição da lei regulamentadora do Mandado de Injunção, perante uma reação legislativa negativa de permanecer inerte mesmo após a declaração de mora.

A discussão que se fará pertinente, no próximo capítulo, é acerca da eficácia da decisão proferida em sede de Mandado de Injunção frente à sua regulamentação própria. O intuito é encaixar as conseqüências previstas na nova lei numa das teorias sobre os efeitos do referido remédio e analisar os principais aspectos inovadores desse diploma normativo.

Outro ponto relevante é como o ativismo judicial deve ser visto dentro dessa nova perspectiva, pois para analisar a atividade jurisdicional sob a égide do Estado Democrático de Direito, é imperioso verificar se a lei do Mandado de Injunção favorece e/ou limita a existência do ativismo judicial e se as decisões estão pautadas de aplicabilidade prática.

3 A ADOÇÃO EXPLÍCITA DO ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA LEI Nº 13.300/16 COMO RESPOSTA À CRISE DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

O louvável instituto trazido pelo constituinte de 1988 e recentemente regulamentado pela Lei nº 13.300/16 permitiu a viabilidade do exercício dos direitos fundamentais que, não obstante a inércia do Poder Legislativo no processo de produção das normas faltantes, seu objetivo se concretiza quando o titular do direito afetado busca no Poder Judiciário o meio eficaz e imediato de sanar essa omissão.

O acesso ao Judiciário em caso de mora legislativa é consequência da ineficácia do Estado em garantir ao cidadão determinado direito já previsto pela Carta Magna, prestigiando-se a máxima de que os fins justificam os meios. Isto significa dizer que a expansão do Poder Judiciário pela via injuncional é fruto da crise das instituições democráticas, inserido no contexto da sociedade contemporânea.

3.1 DA FRAGILIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

A fragilidade das instituições democráticas transparece no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo na medida em que são desvestidos de atuação e credibilidade no tocante às suas respectivas competências.

Historicamente, Leonel Severo Rocha explica a situação do Brasil vivenciada pelo regime político autoritário:

O autoritarismo brasileiro caracteriza-se pelo desprezo à participação social, o que lhe obriga a recorrer à censura policial e à negação dos princípios democráticos, o que implica um esfacelamento das instituições da sociedade civil. (ROCHA, 2005, p.122)

Esse regime operava através da suspensão ou até mesmo da eliminação das garantias individuais e políticas conforme a conveniência e/ou oportunidade do grupo ou partido que detivesse o poder, o que acabou refletindo numa avaliação do processo de construção democrática.

A democracia, sistema político atualmente adotado no Brasil, reconheceu a importância da participação popular no processo de redemocratização do país, no qual o cidadão exerce direta, semidireta ou indiretamente as decisões políticas e de

poder. Porém, no sentido literal da palavra, a democracia ainda não traduz o seu real significado.

Norberto Bobbio destaca três obstáculos que impedem a possibilidade de se colocar em prática um regime democrático no país:

O primeiro obstáculo diz respeito ao aumento da necessidade de competências técnicas que exigem especialistas para a solução de problemas públicos, com o desenvolvimento de uma economia regulada e planificada. A necessidade do especialista impossibilita que a solução possa vir a ser encontrada pelo cidadão comum. Não se aplica mais a hipótese democrática de que todos podem decidir a respeito de tudo. O segundo obstáculo refere-se ao crescimento da burocracia, um aparato de poder ordenado hierarquicamente de cima para baixo, em direção, portanto, completamente oposta ao sistema de poder burocrático. Apesar de terem características contraditórias, o desenvolvimento da burocracia é, em parte, decorrente do desenvolvimento da democracia [...] O terceiro obstáculo traduz uma tensão intrínseca à própria democracia. À medida que o processo de democratização evoluiu promovendo a emancipação da sociedade civil, aumentou a quantidade de demandas dirigidas ao Estado gerando a necessidade de fazer opções que resultam em descontentamento pelo não atendimento ou pelo atendimento não satisfatório. Existe, como agravante, o fato de que os procedimentos de resposta do sistema político são lentos relativamente à rapidez com que novas demandas são dirigidas ao governo. (BOBBIO, 2000, *apud*, NASSUNO, 2006, p.173-174)

Nesse sentido, a fragilização das instituições democráticas decorrente da omissão na efetivação dos direitos fundamentais em sede de Mandado de Injunção dá ensejo ao excesso de litigância desafiado pelo Estado, terceiro obstáculo apresentado pelo autor, que paira diretamente sobre o Poder Judiciário.

Assim, em que pesem as críticas da falta de legitimidade dos membros do Judiciário, dos seus limites institucionais, bem como dos riscos da politização da justiça, a nova atuação jurisdicional trazida expressamente pela Lei nº 13.300/16, ao concretizar e executar os valores constitucionais fundamentais, tem se mostrado uma solução como forma de resgatar um regime democrático satisfatório a toda população.

3.2 O SURGIMENTO DA LEI Nº 13.300/16 E SEU VIÉS PROCESSUAL

É importante analisar minuciosamente todo o procedimento da novidade legislativa que regulamenta o Mandado de Injunção, desde a origem do referido

instituto até a atuação legítima do Poder Judiciário trazido em seu conteúdo normativo.

3.2.1 Previsão, conceito e origem do instituto.

Para alguns autores, a origem do Mandado de Injunção repousa no Direito norte-americano, conhecido como *writ of injunction*, que significa uma ordem para solucionar determinado caso concreto quando uma norma se mostrar insuficiente ou incompleta. Já outros autores afirmam que o remédio se originou do Direito português, como um instrumento que apenas adverte e declara a mora do Poder Omissor. No entanto, Alexandre de Moraes conclui que:

Apesar das raízes históricas do direito anglo-saxão, o conceito, estrutura e finalidades da injunção norte-americana ou dos antigos instrumentos lusitanos não correspondem à criação do mandado de injunção pelo legislador constituinte de 1988, cabendo, portanto à doutrina e à jurisprudência pátrias a definição dos contornos e objetivos desse importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata. (MORAES, 2016, p. 295)

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente o Mandado de Injunção estabelecendo quando o remédio será utilizado. Porém, durante muitos anos, não havia uma norma regulamentando-o, cabendo à doutrina e à jurisprudência pátrias a definição do seu processamento e a abrangência dos seus efeitos, bem como a aplicação, por analogia, das regras procedimentais do Mandado de Segurança.

O Mandado de Injunção pode ser conceituado como um remédio constitucional de natureza cível e procedimento especial que visa proteger os direitos subjetivos fundamentais de qualquer interessado, cujo exercício esteja impedido pela falta de norma regulamentadora. O instituto encontra previsão no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988 e no art. 2º da Lei nº 13.300/16, abaixo transcritos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXI – 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;

[...]

Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Assim, a finalidade do Mandado de Injunção é curar a doença da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, dependentes de regulamentação, não cabendo o referido remédio quando a norma for autoaplicável.

3.2.2 Espécies de mandado de injunção

Existem duas modalidades de Mandado de Injunção, a individual e a coletiva. O Mandado de Injunção individual deverá ser impetrado por qualquer pessoa natural ou jurídica, em nome próprio, defendendo interesse próprio, cujo exercício do direito fundamental esteja impossibilitado pela falta de uma norma que o regule.

Não havia disposição constitucional expressa sobre a modalidade coletiva da ação, porém, o Supremo Tribunal Federal já havia pacificado entendimento sobre o seu cabimento, sendo essa hipótese sedimentada pela Lei nº 13.300/16, em seu art. 12, que assim dispõe:

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma

coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Assim, o Mandado de Injunção coletivo deve ser impetrado somente pelo rol de legitimados previstos na lei, que agem em nome próprio, defendendo interesses alheios.

Além dos legitimados ativos para impetração do Mandado de Segurança coletivo, anteriormente aplicável ao Mandado de Injunção, que são o Partido Político com representação no Congresso Nacional, Organização Sindical, Entidade de Classe ou Associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 01 (um) ano, a recente lei do M.I. acrescentou duas outras grandes novidades de legitimados, o Ministério público e a Defensoria Pública.

3.2.3 Espécies de ausência de norma regulamentadora

Conforme o art. 2º da Lei nº 13.300/16, o Mandado de Injunção será concedido quando a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A lei inovou ao incluir a expressão “falta total ou parcial de norma regulamentadora”, ausente no texto constitucional. Portanto, são duas as espécies de ausência de norma regulamentadora, a total e a parcial.

A omissão total se verifica quando não houver nenhuma norma tratando sobre a matéria. Já quanto à omissão parcial, existe norma regulamentando a matéria, porém, esta regulamentação é insuficiente, o que impede o pleno exercício do direito nela previsto. Almeida Filho subdivide a omissão parcial em duas espécies:

A omissão parcial pode ser exteriorizada de duas formas dessemelhantes. A primeira delas ocorre quando o legislador atua apenas em relação a determinados grupos sociais ou situações fáticas específicas, deixando de lado realidades cujos pressupostos para a incidência da norma infraconstitucional são idênticos a esses últimos. Nesse caso, é possível suscitar a inconstitucionalidade por ação em virtude da quebra do princípio da igualdade jurídica. A outra modalidade de omissão legislativa parcial possui uma gênese um tanto mais complexa. Concretiza-se quando, a despeito de a norma haver sido editada, abrangendo todas as possíveis situações de fato previstas pela constituição, esta não venha a se tornar concreta e socialmente efetiva. Nesse caso, o caráter parcial da lei não está em seu conteúdo, mas nos efeitos que dela emanam. (FILHO, 2001, p.127)

Na primeira espécie o legislador viola o princípio da isonomia ao legislar contemplando no escopo da norma determinada classe ou categoria específica. Já a outra modalidade de omissão legislativa parcial, mencionada pelo autor, decorre da insuficiência na satisfação por não conferir plena efetivação ao comando constitucional, o que ocasiona afronta aos direitos e garantias fundamentais.

3.2.4 Natureza da norma regulamentadora

Um dos pressupostos de cabimento do Mandado de Injunção, na via individual ou coletiva, é a inexistência da norma regulamentando o direito fundamental reconhecido constitucionalmente. Entende-se por norma regulamentadora a edição de uma lei que torne efetivo o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais nela previstos.

A natureza do ato normativo omissivo pode ser duas espécies: administrativo ou legislativo. O ato normativo administrativo é o ato que deveria ser editado por um órgão, entidade ou autoridade administrativa, como, por exemplo, a edição de uma resolução administrativa ou até mesmo um decreto. Já o ato normativo legislativo se refere à falta de uma determinada lei que deveria ser editada pelo Poder Legislativo.

3.2.5 Legitimação

Dispõe o art. 3º da Lei nº 13.300/16:

São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

A legitimidade ativa do Mandado de Injunção depende da sua modalidade individual ou coletiva. No Mandado de Injunção individual são legitimadas a impetrá-lo as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à

cidadania, cujo exercício esteja ameaçado pela ausência de norma regulamentadora.

No Mandado de Injunção coletivo há um grande rol de legitimados ativos, uma novidade expressamente trazida pelo art. 12, da Lei nº 13.300/16, acima transcrito, que assegura proteger os direitos e as garantias fundamentais pertencentes a uma coletividade indeterminada de pessoas ou a um determinado grupo, classe ou categoria.

O Partido Político, para ser legitimado a impetrar o remédio constitucional, deve conter representação no Congresso Nacional, ainda que esteja representado em apenas uma das Casas Legislativas. Não é exigida ao Partido Político a pertinência temática, ou seja, que o objeto da ação tenha relação com os interesses de seus membros, tendo em vista a sua importância para o regime democrático.

As Organizações Sindicais, Entidades de Classes e Associações podem figurar no polo ativo da ação em defesa dos interesses da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, dispensada a autorização expressa de cada componente. O requisito de 01 (um) ano em funcionamento é exigido somente para as associações, a fim de se evitar que sejam criadas apenas para a impetração do remédio. Quanto à pertinência temática, precisam comprovar a relação de causalidade entre o pedido da ação e seus interesses.

O Ministério Público atuará como legitimado ativo quando a tutela pretendida for relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis, conforme o art. 129, II e III, da CRFB/88.

Na forma do art. 5º, LXXIV, da CRFB/88, o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Assim, a Defensoria Pública também poderá atuar quando a tutela requerida for relevante para a promoção dos direitos humanos, individuais ou coletivos, dos que realmente necessitam.

Já no polo passivo da ação, individual ou coletiva, figurará o Poder, o Órgão ou a Autoridade que tenha atribuição para editar a norma regulamentadora. Nos ensinamentos de Alexandre de Moraes:

Os particulares não se revestem de legitimidade passiva *ad causam* para o processo injuncional, pois não lhes compete o dever de emanar as normas reputadas essenciais ao exercício do direito vindicado pelos impetrantes.

Somente ao Poder Público é imputável o encargo constitucional de emanção de provimento normativo para dar aplicabilidade à norma constitucional. (MORAES, 2016, p.298)

Portanto, somente as pessoas estatais detêm a competência de emanar provimentos normativos, não cabendo aos particulares a legitimidade passiva *ad causam* para o ajuizamento do Mandado de Injunção.

3.2.6 Competência

As regras de competência para processo e julgamento do Mandado de Injunção serão fixadas de acordo com o órgão, autoridade ou entidade a que caiba a elaboração da norma regulamentadora e são disciplinadas na própria Constituição Federal.

O art. 102, I, 'q', da CRFB/88 discorre que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o Mandado de Injunção, quando a edição 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 da própria Corte Suprema.

Essa competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal também abrange o julgamento, em recurso ordinário, do Mandado de Injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, de acordo com o art. 102, II, 'a', da CRFB/88.

Ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar, originariamente, o Mandado de Injunção, quando o responsável pela elaboração da norma regulamentadora for órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, com exceção dos casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, conforme dispõe o art. 105, I, 'h', da CRFB/88.

A Carta Magna também prevê, em seu art. 121, § 4º, V, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgamento, em grau de recurso, de Mandado de Injunção denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Por fim, a Constituição Federal, em seu art. 125, § 1º, permite aos Estados-membros, no âmbito estadual, definirem em suas constituições estaduais a

competência para processo e julgamento de Mandados de Injunção, no exercício do poder constituinte derivado decorrente.

Marcelo Novelino exemplifica:

Em Minas Gerais, por exemplo, a competência para processar e julgar o mandado de injunção foi atribuído ao Tribunal de Justiça, quando a omissão for imputável a uma autoridade estadual; ou, ao Juiz de Direito, nos casos de omissão de autoridade municipal. No Estado de São Paulo, optou-se por conferir competência originária ao Tribunal de Justiça, independentemente da origem (estadual ou municipal) da autoridade responsável pela omissão. (NOVELINO, 2014, p.613)

A Constituição da República Federativa do Brasil, portanto, atribuiu autonomia aos Estados-membros para organizar sua própria justiça, com observância dos princípios nela estabelecidos e das normas procedimentais da Lei nº 13.300/2016.

3.2.7 Procedimento

Finalmente, passados vinte e oito anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 sem uma legislação infraconstitucional específica que discipline o procedimento do Mandado de Injunção, o legislador federal regulamentou recentemente o processo e o julgamento do referido remédio com a edição da Lei nº 13.300/2016.

A petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado, de acordo com o art. 4º da Lei nº 13.300/16. Assim, a exordial deverá observar os requisitos previstos nos artigos 319, 320 e 321 do Código de Processo Civil de 2015.

O mesmo art. 4º, no seu parágrafo primeiro, estabelece que a petição inicial e os documentos que a instruem deverão ser acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados, não sendo necessárias as cópias se a petição for transmitida por meio eletrônico. E os §§ 2º e 3º permitem que o impetrado ordene, no prazo de 10 (dez) dias, a exibição do documento necessário à prova do alegado que se encontre em poder de autoridade ou de terceiro, desde que em repartição ou estabelecimento público; e que haja recusa em fornecê-lo por certidão. Se a recusa for do impetrado, a ordem será feita no próprio instrumento da notificação.

Conforme o art. 6º da Lei nº 13.300/2016, a petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou improcedente. Entende-se por manifestamente incabível quando faltar na petição inicial algum pressuposto processual, como, por exemplo, a parte for considerada ilegítima. E manifestamente improcedente quando o mérito do pedido for visivelmente injustificável, aplicando-se aqui também as causas de improcedência liminar estabelecidas pelo art. 332, do CPC/15.

Se o indeferimento da petição inicial ocorrer por decisão monocrática do relator, caberá agravo interno, em 05 (cinco) dias úteis, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração.

Após o recebimento da petição inicial, o impetrado será notificado sobre o conteúdo da mesma a fim de que, no prazo de 10 dias, preste as devidas informações sobre a omissão. Já o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada será cientificado do ajuizamento da ação para que, caso entenda ser necessário, ingresse no feito.

Após terminar o prazo para apresentação das informações, o Ministério Público também será ouvido e opinará em 10 (dez) dias, com ou sem seu parecer, sendo os autos posteriormente conclusos para decisão, na forma do art. 7º, da Lei nº 13.300/2016.

A concessão da tutela de urgência no Mandado de Injunção não é admitida, e a lei não previu essa possibilidade. Antes mesmo da edição da lei regulamentadora do referido remédio, o Supremo Tribunal Federal já possuía precedentes afirmando não ser cabível a medida liminar. Tem-se como exemplo o julgado abaixo:

MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMINAR. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção - Mandados de Injunção nºs. 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente. AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora. (AC-Agr. 124 - Min. MARCO AURÉLIO)

Consoante o art. 8º da Lei nº 13.300/2016, a primeira providência a ser tomada após o reconhecimento da mora regulamentadora é a fixação de um prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma faltante. Caso a mora

não seja suprida no prazo determinado, o juiz ou tribunal deve estabelecer as condições em que se dará o exercício do direito alegado nos autos ou as que poderão o interessado promover ação própria visando a exercê-lo.

A primeira providência poderá ser dispensada quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em Mandado de Injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma. Nesse caso, não há razão lógica para a estipulação de um novo prazo, devendo o juiz ou tribunal, desde logo, estabelecer as referidas condições.

Quanto á eficácia subjetiva da decisão que concede o Mandado de Injunção, a lei adotou, em regra, a corrente individual, ou seja, a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. No Mandado de Injunção coletivo a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes do grupo, da coletividade, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante.

Excepcionalmente, será possível conferir eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* á decisão. Tal fato ocorre quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

A lei prevê ainda, em seu art. 10, a possibilidade de ser proposta, a pedido de qualquer interessado, ação de revisão da decisão que concede o Mandado de Injunção quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito.

Por fim, o art. 14, da lei nº 13.300/2016 determina a aplicação subsidiária ao Mandado de Injunção das normas do Mandado de Segurança e do Código de Processo Civil.

3.3 EFICÁCIA OBJETIVA DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A POSIÇÃO ADOTADA PELA LEI Nº 13.300/2016.

Um dos pontos mais controversos a respeito do Mandado de Injunção estava no conteúdo da decisão a ser proferida. A Lei nº 13.300/2016 tratou sobre o tema, porém, antes de verificar qual foi a posição adotada por ela, é importante uma breve revisão sobre as correntes doutrinárias de maior relevância para o estudo.

Até o ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição não concretista. De acordo com a interpretação da Suprema Corte, o Poder Judiciário apenas declarava a mora legislativa, não podendo suprir a omissão da norma faltante, tampouco fixar prazo para o legislador elaborar a lei. Conforme dito anteriormente, esta corrente produziu um verdadeiro sentimento de frustração para a população brasileira.

Em linha dissonante da corrente anterior, mas afinada com a maior parte da doutrina, a Corte Suprema passou a adotar posições concretistas, subdivididas em geral, individual, direta e intermediária.

Quanto às pessoas atingidas pela decisão, a corrente concretista pode ser geral ou individual. De acordo com a posição concretista geral, o Poder Judiciário assume um papel de legislador positivo ao solucionar a omissão legislativa, regulamentando-a com a produção de efeitos *erga omnes*, seja editando a norma faltante ou determinando, ao caso concreto, a aplicação por analogia de uma norma já existente.

A posição concretista individual ou *inter partes*, ao contrário da geral, valerá apenas para o autor do Mandado de Injunção, ou seja, a decisão garantirá o direito, a liberdade ou a prerrogativa somente para o impetrante.

Quanto à necessidade ou não de fixação de prazo para o impetrado, a corrente concretista pode ser direta ou intermediária. A posição concretista direta permite que o Poder Judiciário providencie imediatamente uma solução para viabilizar o direito do impetrante, não sendo necessária nenhuma outra providência a ser tomada.

Já para a posição concretista intermediária, o Poder Judiciário, além de declarar a mora do Poder omissor competente, deverá fixar-lhe prazo para a edição da norma regulamentadora faltante.

Portanto, a Lei nº 13.300/2016, em seu art. 8º, determina, como regra, a aplicação da posição concretista individual intermediária, senão vejamos:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

O Juiz Federal e editor do site Dizer o Direito, Márcio André Lopes Cavalcante, ao fazer uma análise geral sobre o remédio, resumiu a posição adotada pela lei nas seguintes palavras:

Desse modo, em regra, a Lei nº 13.300/2016 determina a adoção da corrente concretista intermediária (art. 8º, I). Caso o prazo para a edição da norma já tenha sido dado em outros mandados de injunção anteriormente propostos por outros autores, o Poder Judiciário poderá veicular uma decisão concretista direta (art. 8º, parágrafo único). (CAVALCANTE, 2016)

Excepcionalmente, a lei adotou a posição concretista geral ao dispor, em seu art. 9º, § 1º, que poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. Essa possibilidade se aplica tanto ao Mandado de Injunção individual quanto ao coletivo.

Com isso, a lei avançou na construção de um processo constitucional, autorizando expressamente o Poder Judiciário a fixar um prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma faltante ou estabeleça condições em que se dará o exercício do direito reclamado, caso a mora não seja suprida no prazo determinado.

3.3.1 Superveniência da norma regulamentadora

O art. 11 da Lei nº 13.300/2016 prescreve que a norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

Compreende-se por norma regulamentadora superveniente, nesse aspecto, a posterior edição da lei que regulamenta o direito alegado pelo autor da ação do Mandado de Injunção.

Assim, após a ação ser julgada procedente com a consequente criação da norma pelo Poder Judiciário para suprir a omissão legislativa, a lei que regulamenta o direito do impetrante for finalmente editada, a situação do autor será regida a partir

do momento que a norma faltante entrar em vigor, mesmo havendo decisão já transitada em julgado.

Quanto á eficácia da decisão, a norma regulamentadora superveniente produzirá, em regra, efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos. Significa dizer que os efeitos já produzidos da decisão do Mandado de Injunção não serão por ela afetados. A exceção está no fato da aplicação da norma editada ser mais favorável ao autor, em que, nesse caso, produzirá efeitos *ex tunc* ou retroativos.

Importante esclarecer que o fato de existir um projeto de lei sobre a matéria não impede a impetração do Mandado de Injunção. Se o projeto de lei for apresentado após o curso da ação, esta seguirá normalmente.

Já o parágrafo único do mesmo artigo sedimentou o clássico posicionamento do Supremo Tribunal Federal que já previa a ação do Mandado de Injunção ser extinta sem resolução do mérito por perda do objeto quando, durante a sua tramitação, a norma faltante for regulamentada, como se pode observar na seguinte ementa:

Mandado de Injunção. Regulamentação realizada. Perda de objeto. Extinção do mandado de injunção. Descontos a partir da Portaria 74/SMG/09. Ação extinta sem resolução do mérito. (TJ-SP - MI: 994093904463 SP, Relator: Gama Pellegrini, Data de Julgamento: 09/03/2010, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/03/2010)

Portanto, quando a norma faltante for editada no curso da ação, não será esta aplicada no Mandado de Injunção impetrado, cabendo ao Poder Judiciário o dever de extinguir o processo sem resolução do mérito.

3.4 A INFLUÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL COM A NOVA LEI REGULAMENTADORA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O objeto do Mandado de Injunção e o conteúdo da decisão a ser proferida repercutem no ativismo judicial. Conforme explicado em tópico próprio, o fenômeno jurídico é designado como uma atitude proativa do Poder Judiciário ao intervir, regular e significativamente, nas funções típicas dos demais poderes.

A virada jurisprudencial da Suprema Corte, ao adotar posições concretistas, como por exemplo, na decisão a respeito do direito de greve dos servidores públicos, é influência imediata do ativismo judicial em sede de Mandado de Injunção.

Como o referido remédio constitucional já possui uma legislação específica que regule o seu processo e julgamento, revela-se claramente em seus artigos, a postura ativista do Supremo Tribunal Federal, antes adotada como um verdadeiro desafio, pois ao proferir decisões, precisava delinear o seu procedimento e conferir eficácia ao direito do impetrante.

A Lei nº 13.300/2016 autorizou expressamente a supressão da omissão legislativa, não havendo qualquer óbice da atividade complementar do Poder Judiciário em face da inércia da legislatura. Desta forma, a solução encontrada pela lei é fornecer o suprimento judicial ao caso concreto, a fim de conferir eficácia e aplicabilidade aos direitos fundamentais.

Apesar das críticas à expansão da intervenção judicial no Brasil, destaca-se a importância e os limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas, esboçado por Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Segundo Barroso: “a jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral” (BARROSO, 2012, p.376). O processo, instrumento através do qual a jurisdição opera, tem por princípio e missão a realização da justiça por intermédio da competência formalmente conferida pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

Contudo, essa atribuição não alcança plenamente os objetivos traçados pelo constituinte originário ante a crise de representatividade enfrentada pelos demais poderes. O autor Barroso, nesse caso afirma:

Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo. (BARROSO, 2012, p.377)

É por essa razão que a jurisdição exercida numa sociedade democrática bastante complexa e globalizada reflete no conflito entre a pretensão da legalidade e a positividade do direito, quando o Poder Judiciário viabiliza uma determinada

garantia constitucional ou assegura o seu exercício que foi negado, na maioria das vezes, pela flagrante omissão dos Poderes Executivo e Legislativo.

A nova lei que regulamenta o Mandado de Injunção se preocupou com esse antagonismo e estabeleceu, definitivamente, uma solução prática e efetiva na defesa dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal. Sobre a finalidade dessa atuação, o autor acima ainda reitera o seguinte:

Pois é este o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contra majoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia. (BARROSO, 2012, p.377)

Assim, o jurista entende que, quando o Poder Judiciário utiliza da sua função para concretizar os valores protegidos pela Constituição, está atuando em conformidade com a democracia, sendo que quando não estiverem em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, seus membros devem reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes e respeitar o comando constitucional. Isso porque:

(...) o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juizes. (BARROSO, 2012, p.378)

Deve-se atentar ao fato de que nem sempre o Poder Judiciário estará apto a suprimir a omissão normativa das demais instituições democráticas, devendo todos, de uma maneira geral, respeitar o princípio da supremacia constitucional, buscando precipuamente, a garantia de legitimidade do ordenamento jurídico, que confere aos mesmos a atividade de promoção/efetivação dos direitos subjetivos fundamentais.

A atuação proativa dos magistrados, caracterizada pelo ativismo judicial, incentiva a busca pela efetividade dos direitos, das liberdades e das prerrogativas constitucionais que somente com a aplicação adequada do devido processo constitucional, será capaz de programá-los às necessidades de toda população que utiliza do seu direito de ação.

Portanto, a Lei nº 13.300/2016 influenciou ativamente o ativismo judicial, vencendo as práticas nefandas dos poderes omissos contra a própria Carta Magna e contra os direitos fundamentais mínimos dos cidadãos.

3.5 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO MANDADO DE INJUNÇÃO COMO EVENTUAL LEGISLADOR POSITIVO: SOLUÇÃO NORMATIVA E CONCRETIZADORA

O ativismo judicial, no que concerne à decisão proferida em sede de Mandado de Injunção, tornou-se uma boa alternativa frente à crise das instituições democráticas, inclusive pelo seu descrédito perante a sociedade.

A nova Lei nº 13.300/2016 é sem dúvidas um avanço significativo no atual ordenamento jurídico pátrio, uma vez que decisões conflitantes e alvo de críticas dão lugar a um procedimento claro e eficaz que exige rápidos pronunciamentos do Parlamento às novas demandas sociais.

Quanto a não estipulação de um prazo mínimo para que o Poder Judiciário determine ao impetrado a regulamentação da norma faltante, Rafael Cícero Cyrillo dos Santos, em seu artigo publicado no banco de dados do JUS com o tema: Análise da Lei nº 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção), no ano de 2016, entende que:

No entanto, em nosso entendimento, o que deve ser alvo de críticas foi a não fixação de um prazo mínimo para que o julgador determine que a autoridade impetrada proceda a edição da norma faltante. Isso, possivelmente, gerará grandes discussões, vez que, como visto, a infinidade de procedimentos a serem adotados para elaboração de uma norma, muitas vezes, sofre influência de diversos fatores externos até mesmo da autoridade responsável pela sua edição, v.g., a discussão da matéria – que, se de raiz polêmica, gera muito mais discussão e demanda muito mais tempo para adaptação das ideias – e o próprio processo legislativo como um todo – via de regra, um procedimento árduo e pouco célere. A dúvida que persiste é: terão os julgadores dos sodalícios pátrios discernimento para fixar um prazo razoável para edição da norma ou esse trecho da lei será letra morta, onde todos os casos de mandado de injunção terão que ser definidos através da “edição da regra” pelo próprio Judiciário. (SANTOS, 2016)

Espera-se nesse sentido que o Poder Judiciário fixe um prazo razoável para a edição da norma regulamentadora faltante a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas e que antes de suprimir a mora legislativa, aguarde o seu devido

esgotamento. Nas palavras de Enrico Francavilla, em seu artigo publicado na ACONSTITUIÇÃO, com a temática: A nova lei do mandado de injunção (reflexões sobre como remediar as omissões), o mesmo informa o seguinte:

No raciocínio da lei, o remédio serve para que o regulamento que não existe seja criado. Permitir a aplicação de norma constitucional dando-lhe por ordem judicial a eficácia que ela não tem na origem pareceu ao legislador uma medida de exceção – talvez pela preocupação que gera na delicada relação de harmonização entre quem legisla e quem julga. Preferiu-se esgotar as medidas para que a regulamentação passe a existir antes de suprir a sua ausência por ordem judicial. É este o resultado. Agora está em lei regulamentado o ponto mais relevante da aplicação da norma constitucional que prevê a garantia do mandado de injunção. Assim pareceu ao legislador e assim deverá ser aplicada a norma constitucional. (FRANCAVILLA, 2016)

Assim, antes do Poder Judiciário concretizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, permite primeiramente ao legislador a oportunidade de o ato normativo ser regulamentado.

Não obstante a ironia de que a lei destinada a corrigir a mora do Estado no exercício da sua função legislativa demorou 28 (vinte e oito) anos para ser editada, a novidade normativa merece ser saudada.

Isso porque ao conferir eficácia e aplicabilidade aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário estará atuando em harmonia com os princípios consagrados pela Constituição Federal, mais precisamente, a Dignidade da Pessoa Humana.

O Poder Judiciário na sua atuação proativa em sede de Mandado de Injunção, quando a norma faltante não for regulamentada no prazo determinado, revela-se como um eventual legislador positivo. É, sem dúvidas, uma atitude satisfatória que permite o desfrute dos direitos fundamentais quando vilipendiados pelo poder omissivo. Portanto, a lei nº 13.300/2016 garante a todos os destinatários da norma uma solução normativa e concretizadora.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tecer as últimas palavras sobre o tema, sobreleva destacar o papel da Lei 13.300/2016 no ordenamento jurídico e na sociedade brasileira em razão do ato normativo disciplinar o processo e o julgamento de um importante instrumento de concretização dos direitos e das garantias fundamentais assegurados a todos, individual ou coletivamente.

No presente trabalho foram destacados os elementos necessários ao estudo do Mandado de Injunção, levando-se em consideração a necessidade de se compreender o sentido e o alcance desse remédio constitucional, de forma a possibilitar a sua incidência com uma maior profundidade acerca das repercussões que as variáveis decisões que o concedem provocam no atual ordenamento jurídico brasileiro.

O rol de direitos e das liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, previstos nos art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, são meramente exemplificativos, tendo em vista a existência de novos interesses e direitos tutelados pela Carta Magna e da influencia do neoconstitucionalismo.

Por outro lado, o Mandado de Injunção tradicionalmente utilizado, não conseguia ser capaz de tutelar a inviabilidade do exercício dos direitos fundamentais de uma maneira efetiva. Isso fez com que parte da população, indevidamente prejudicada, buscasse no Poder Judiciário o meio prático e eficaz para concretizá-los.

Neste sentido, destacou-se que a finalidade secundária do Mandado de Injunção, trazida pela Lei nº 13.300/2016, é suprir a omissão do legislador infraconstitucional na edição de suas normas de eficácia limitada logo após o esgotamento do prazo fixado pelo Poder Judiciário para a sua devida regulamentação.

A novidade legislativa será alvo de profundas reflexões pelo fato de ser expressamente adotada, em regra, a posição concretista individual intermediária ao invés de ter permanecido o posicionamento já pacificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que aplicava diretamente a solução para o caso concreto.

Embora alguns possam entender que houve um retrocesso, há que se reconhecer a relevante missão que os juízes e tribunais vão desempenhar para

tentarem, primeiramente, acabar com as omissões legislativas por meio do procedimento estabelecido pela nova lei, no qual promove uma conciliação entres os poderes e possibilita que diálogos institucionais tornem-se praticavelmente constantes e fluentes.

Caso a mora da autoridade omissa persista, o Poder Judiciário estará legitimado a supri-la, estabelecendo as condições em que se dará o exercício dos direitos reclamados ou permitindo ao interessado que promova uma ação própria visando a exercê-los.

O foco aqui debatido parte da premissa de que a Lei nº 13.300/2016 adotou, tímida e explicitamente, o ativismo judicial, anteriormente praticado pelos julgados de Mandados de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, o instituto ganhou novos contornos ao aprimorar e aperfeiçoar a utilidade desse remédio constitucional em perfeita harmonia com o Princípio da Separação dos Poderes.

Ao fim do estudo, não se verifica como negativa a aplicação desse ativismo judicial, pois parte-se da ótica que foi devidamente incorporado uma técnica processual de decisões ágeis e eficientes que possibilitem a imediata eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, juntamente com os direitos fundamentais que devem ser resguardados.

Por tais razões, a nova lei regulamentadora do Mandado de Injunção que possibilita uma atitude proativa do Poder Judiciário, tem se mostrado uma solução e não um problema, pois não se pode negar que o Poder Legislativo está desvestido de credibilidade. Assim, as posturas ativistas devem ser eventuais e saudáveis, respeitando os limites constitucionais e buscando sempre preservar os valores protegidos pela Constituição.

Portanto, diante da omissão do Poder Público, caberá aos juízes e tribunais suprirem esta lacuna normativa, uma vez que, por mais criticado que seja o Ativismo Judicial, esse fenômeno é ainda menos prejudicial que o “inativismo parlamentar”, tendo em vista toda a construção histórica que orienta, influencia e direciona para a efetivação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AC nº 124/PR-AgR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJ de 12/11/04. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;ac:2004-09-23;124-3578666>> Acesso em: 08 de janeiro de 2017.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 38, n. 152, p. 115-133, out./dez. 2001.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARROSO. Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2011, p.250.

BARROSO, LUÍZ ROBERTO. **CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO. AS NOVAS FACES DO ATIVISMO JUDICIAL**. SALVADOR: JUSPODIVM, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2016.

_____. **Lei nº 13.300/2016, de 23.06.2016**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm, data de acesso 18.01.2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18/01/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção.** Matéria Constitucional. Juros Reais. Mandado de Injunção n. 584. Relator: Min. Moreira Alves. São Paulo, SP, 29 de novembro de 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **As garantias do cidadão na justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Dizer o direito:** Primeiros comentários à Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção) Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/primeiros-comentarios-lei-133002016-lei.html>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2017.

CITTADINO, Gisele. **JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E SEPARAÇÃO DOS PODERES.** IN: VIANNA, LUIZ WERNECK (ORG.). A democracia e os três poderes no Brasil. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento." 12ª ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2010. Pág. 105.

FRANCAVILLA, Enrico. **A constituição:** A nova lei do mandado de injunção (reflexões sobre como remediar a omissão) Disponível em <<http://www.aconstituicao.com.br/2016/08/04/a-nova-lei-do-mandado-de-injuncao-reflexoes-sobre-como-remediar-a-omissao/>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad.: Pietro Nassetti. 2. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MASSOM, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**, 3ª ed. Salvador: juspodvm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MI nº 107/DF, rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23.11.1989. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673136/questao-de-ordem-no-mandado-de-injuncao-mi-107-df>> Acesso em: 08 de janeiro de 2017.

MI nº 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727502/mandado-de-injuncao-mi-721-df>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAIS, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NASSUNO, Marianne. **Burocracia e Participação**: a experiência do orçamento participativo em Porto Alegre. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Sinopses Jurídicas 18** – Da organização do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. **Ata da 7ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal**. Realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SADEK, Maria Teresa. **PODER JUDICIÁRIO: SEU PANTEÃO**. Revista brasileira de estudos constitucionais, Belo Horizonte, Ano 1, Nº 1, P. 131-137, Jan./Mar. 2007.

SANTOS, Rafael Cícero Cyrillo. **Análise da Lei nº 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção)**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50916/analise-da-lei-n-13-300-2016-lei-do-mandado-de-injuncao/2>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Drecho Privado, 1932.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STF. **ADI n.º 2.649**. Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 17/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/Constituicao/artigoBd.asp?item=2>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

STF. **MI n.º 708/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 1, de 06/11/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaagendaministro/anexo/mi708.pdf>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

STF. **RE: 345302 RS**. Relator: Min. Moreira Alves, DJ 27-09-2002. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773461/recurso-extraordinario-re-345302-rs>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

STRECK, Lenio. **A revolução copernicana do (neo) constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil**: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. Disponível em:

<http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. **Mandado de Injunção**: Novas perspectivas diante da evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista da SJRJ. Rio de Janeiro, n. 27, 2010. Disponível em:

<http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/viewFile/119/121>. Acesso em 08 de janeiro de 2017.

TJ-SP. **MI: 994093904463 SP**. Relator: Gama Pellegrini, Data de Julgamento: 09/03/2010, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/03/2010.

Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8429380/apelacao-apl-994092721424-sp/inteiro-teor-102663502>>. Acesso em 07 de janeiro de 2017.