

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR
DO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Letícia Maffini de Paiva

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

Letícia Maffini de Paiva

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal
de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial
para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Fábio da Silva Porto

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a
Monografia de Graduação

**MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO
DE SEPARAÇÃO DOS PODERES**

elaborada por
Letícia Maffini de Paiva

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Fábio da Silva Porto,
(Presidente/Orientador)

Maria Ester Toaldo Bopp, (UFSM)

Nathalie Kuczura Nedel, (UFSM)

Santa Maria, 02 de dezembro de 2014.

À minha Família, onde tudo começou,
em especial à minha mãe, Raquel, que sempre me ensinou
os valores da responsabilidade e dedicação.

Ao meu namorado, pelos momentos
de apoio e companheirismo.

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

AUTOR: LETÍCIA MAFFINI DE PAIVA

ORIENTADOR: PROF. DR. FABIO DA SILVA PORTO

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 02 de dezembro de 2014.

Este trabalho apresenta uma análise do Mandado de Injunção frente ao princípio de separação dos poderes. Por meio de um estudo teórico, procurou-se demonstrar toda a evolução do pensamento da Suprema Corte Brasileira desde a criação desse importante Remédio Constitucional. A forma como esse processo vem sendo decidido, com a aplicação da teoria concretista, poderia ferir o princípio da Separação de Poderes. Ademais, verifica-se que o princípio não possui mais a divisão rígida como na época em foi vislumbrado por Montesquieu. O que se vê é o abrandamento da rigidez do princípio para sua adequação à Constituição Federal de 1988. O que a Constituição propõe deve ser efetivado de forma que o Mandado de Injunção proporcione aos cidadãos o acesso aos direitos já postos na Carta Magna. Para tanto, aceita-se que o Poder Judiciário execute, também, uma função com características legislativas em caso de omissão do Poder Legislativo.

Palavras-chave: Princípio da separação dos poderes. Mandado de injunção. Sistema de freios e contrapesos. Efeitos da decisão do mandado de injunção.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

WRIT OF ORDER: A REVIEW FROM THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS

AUTHOR: LETÍCIA MAFFINI DE PAIVA

ADVISER: FABIO DA SILVA PORTO

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 02.

This paper presents an analysis of the Writ of Injunction against the principle of separation of powers. Through a theoretical study, we tried to show the whole evolution of the thinking of the Brazilian Supreme Court since the creation of this important constitutional remedy. The way this process has been decided, with the application of concretist theory, might hurt the principle of Separation of Powers. Moreover, it appears that the principle has no more rigid division like the time was envisioned by Montesquieu. What you see is the softening of the rigidity principle for their suitability to the Federal Constitution of 1988. The Constitution proposes that must be effected so that the Writ of Injunction provides citizens access to rights already put in the Magna Carta. For this, it is accepted that the judiciary also perform a legislative function with characteristics in case of failure of the Legislature.

Keywords: Principle of Separation of Powers. Writ of Injunction. System of checks and balances. Effects of the Decision of Writ of Injunction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO	9
1.1 O princípio da separação dos poderes	9
1.2 Teoria norte-americana do <i>checks and balances</i>	14
1.3 A expansão do Poder Judiciário e o ativismo judicial.....	22
2 O PODER JUDICIÁRIO E SUA POSIÇÃO ATIVA PARA SANAR A SÍNDROME DA INEFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	27
2.1 A evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do mandado de injunção.....	27
2.2 O princípio da separação dos poderes e o mandado de injunção: possibilidade de atuação do Judiciário como legislador positivo	45
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem decidido sobre o mandado de injunção diante do princípio da separação dos poderes nas diversas ações julgadas pela Corte Suprema desde a promulgação da Constituição Federal 1988. Para tanto, é necessário ter em mente que o princípio da separação dos poderes rege a divisão tripartite na qual cada poder tem suas atribuições definidas separadamente.

Já o mandado de injunção revela-se uma ação que visa proteger o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade e à soberania, quando esses aspectos são ameaçados pela falta de norma regulamentadora. Para tanto, observou-se a jurisprudência da Corte Constitucional, que mudou seu entendimento ao longo das últimas duas décadas, assumindo, desde 2007, a posição concretista.

A posição concretista significa que o STF pode criar norma para regular o direito que ainda não possui norma infraconstitucional que o proteja e legisle. Ademais, essa posição pode ter tanto efeitos *erga omnes* quanto *inter partes*, conforme demonstrado a seguir.

O cerne deste trabalho consiste, então, em demonstrar a compatibilidade ou não da posição concretista do mandado de injunção com o Princípio da Separação de Poderes, ou seja, analisar a postura ativa do STF quanto à produção de norma para casos concretos. Nesse prisma, o trabalho pretende demonstrar como a Corte Suprema enfrentou a questão dos efeitos do mandado de injunção diante do princípio de separação dos poderes, seja antes ou depois de 2007. Busca-se desvendar qual a posição do STF acerca dos efeitos da sentença do mandado de injunção, bem como a evolução desse entendimento nos últimos anos, além de esclarecer como o princípio da separação dos poderes foi interpretado nesse período.

Para isso, é utilizado o método de abordagem dedutivo, pois parte-se da análise do surgimento do princípio da separação dos poderes de acordo com a teoria norte-americana dos *checks and balances*, ou seja, das bases em que se difunde tal princípio, para, a partir disso, analisar restrita e especificamente a questão do mandado de injunção, juntamente com as decisões dos ministros do

STF. Com base nessas decisões, é possível concluir se existe ou não afronta a esse princípio.

No que tange ao método de procedimento, foi utilizada uma combinação dos procedimentos histórico e monográfico. O método histórico serviu para apreciar as bases e os fundamentos do princípio de separação dos poderes. Já o método monográfico permitiu analisar o princípio da separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos e a expansão do Poder Judiciário. Para o estudo do mandado de injunção, além da discussão bibliográfica, foram utilizados os votos dos Mandados de Injunção extraídos da jurisprudência do STF.

Para alcançar os objetivos propostos, primeiramente, é realizada uma breve explanação sobre a teoria da separação dos poderes. Após, procede-se a uma análise sobre o sistema de freios e contrapesos e sobre a expansão do Poder Judiciário. Já no capítulo seguinte, discorre-se acerca do mandado de injunção propriamente dito no que diz respeito ao seu conceito e à evolução do entendimento do STF nas decisões desde 1989 até a atualidade. Por fim, demonstra-se de que forma o STF enxerga, atualmente, o princípio da separação de poderes nessa ação constitucional.

1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Para a compreensão do modo como o princípio da separação de poderes tem sido interpretado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pela doutrina constitucionalista no Brasil atualmente, é necessário adentrar na história desse princípio. Antes da concepção trazida pela Constituição Federal de 1988, ocorreram inúmeros fatos, além das diferentes correntes de pensadores, que contribuíram para a construção dessa ideia.

Quando da divisão tripartite realizada por Montesquieu, o Poder considerado mais relevante foi o Legislativo, o que se explica uma vez que esse poder representava o povo e ditava as leis em um momento em que se queria deixar no passado o Poder Absolutista. Nos últimos anos, porém, existiu todo um movimento que tem produzido a expansão do Poder Judiciário, não só no Brasil, como também em outros países do mundo.

Essa expansão do Poder Judiciário tem ocorrido em função dos direitos e das garantias previstos na Constituição Federal de 1988. Com o final da Segunda Guerra Mundial, após a efetivação dos direitos de liberdade, muitos esforços têm sido destinados à fruição de outros direitos. Essa nova conjectura requer uma participação mais efetiva do Poder Judiciário, conforme será observado.

Tal expansão do Poder Judiciário, no entanto, tem provocado uma invasão nas competências que originariamente pertenciam ao Poder Legislativo. Questiona-se, nesse momento, como que é possível essa apropriação de competências pelo poder Judiciário se existe o Princípio de Separação de Poderes tão explícito na Constituição Federal? Além disso, em caso dessa invasão de alçadas, como o STF tem se comportado? Para responder a esses questionamentos, faz-se necessário adentrar na temática propriamente dita.

1.1 O princípio da separação dos poderes

O princípio da separação de poderes está consagrado no artigo 2º da Constituição Federal, o qual determina serem Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo esse um princípio característico dos Estados

Democráticos de Direito. As origens da ideia de separação dos poderes podem ser identificadas no conceito de constituição mista de Aristóteles, em sua obra “Política”, conforme ensina Nuno Piçarra:

[...] constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político¹.

É nesse ponto que se insere o conceito aristotélico de constituição média ou governo médio, o qual se revela um meio de assegurar ou manter a classe média no poder. Conclui-se, então, que constituição mista nada mais é do que um sistema político-social pluralmente estruturado². Essa conceituação trazida por Aristóteles é apenas a semente da teoria utilizada em países como o Brasil.

Consoante a lição do doutrinador Dalmo Dallari, existem quatro elementos essenciais no Estado Moderno: soberania, território, povo e finalidade³. Destes elementos, Bonavides destaca a soberania como o grande princípio que inaugurou essa nova forma de organização política e social⁴.

Essa nova forma de organização, inicialmente, foi denominada de Estados Absolutistas, em homenagem ao Poder Absoluto detido por seus governantes, conforme demonstram Maquiavel e Hobbes. O Poder Absoluto dos reis justificava a concentração de poder nas mãos dos soberanos em decorrência de um direito divino ao trono, conforme disciplina Karine Lyra Correa:

A teoria do direito divino do monarca absoluto coloca o rei em um patamar superior aos dos demais homens, em uma posição inatacável, cercado da inescapável obediência dos súditos. Se o rei ocupa o trono por vontade divina, então é de se imaginar que seus atos o são pelo menos tacitamente chancelados pelo próprio Deus. Suas decisões são praticamente decisões divinas, e se é assim, o mais racional é que tal homem possa decidir sobre todo e qualquer assunto do Estado. É assim que ele cria as leis, sem que elas se submetam, julga os contenciosos e se ocupa de da gestão do reino, da sua administração, demais de representar o Estado nas suas relações com os outros povos. Mais que o representante, o rei é o próprio Estado,

¹ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional** – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 31.

² Ibidem, p. 35.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 35.

não tendo exagerado Luiz XIV, monarca absolutista francês, quando ao se referir ao próprio poder irrestrito cunhou a famosa frase: “O Estado sou eu”⁵.

Quase um século depois, importantes mudanças sociais e políticas estavam para ocorrer na Europa. Nesse contexto, formou-se uma forte corrente de pensamento contrária ao Estado Absolutista⁶, em que estava inserido Locke e sua sugestão da separação de poderes. O teórico inglês associou o poder político à elaboração das leis, leis estas que visam necessariamente ao bem da comunidade⁷.

Como salienta Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, o poder supremo para Locke é o legislativo (esse representa o poder do conjunto de membros da sociedade, confiado a uma pessoa ou a um grupo de pessoas)⁸, de modo que os demais poderes derivam dele e a ele estão subordinados⁹. A doutrinadora afirma, ainda, que compete ao Poder Executivo a aplicação das leis. Locke também concebe um terceiro poder, que, apesar de distinto, não pode ser separado do hoje se interpreta como executivo, que se denomina federativo, ao qual foi incumbido o relacionamento com os estrangeiros e a administração da comunidade em relação às outras comunidades, compreendendo a formação de alianças e decisões sobre a guerra e a paz¹⁰.

Na perspectiva de Locke, todos estão subordinados à lei, que, por sua vez, deriva da comunidade:

Podemos, pois, afirmar que a comunidade, nesse aspecto, é ela mesma o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, uma vez que este poder do povo só se manifesta quando se dissolve o governo [...] Embora uma comunidade constituída erigida sobre a base popular e atuando conforme a sua própria natureza, isto é, agindo sempre em busca de sua própria preservação, só possa existir um poder supremo, que é o legislativo [...] sendo todavia o legislativo um poder fiduciário [...] cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram¹¹.

⁵ CORRÊA, Karine Lyra. **O princípio da Separação dos Poderes e os efeitos do mandado de injunção**: a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal. 2011. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. p. 32.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 144.

⁷ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 90.

⁸ Ibid p. 91.

⁹ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema de separação de poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 241-258, jan./mar. 2000. p. 245.

¹⁰ Ibidem, p. 247.

¹¹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 101.

Percebe-se, na exposição de Locke, a preocupação existente quanto ao fato de o poder ser concentrado pela comunidade, a qual fará as leis a que todos devem se submeter. Tal preocupação é natural, pois reflete a inquietação com o Poder Absolutista e com as trágicas consequências do acúmulo de poder.

É, contudo, Montesquieu que, igualmente temendo o abuso por parte do governante que concentra as funções de legislar, julgar e administrar, propõe a divisão do Estado em três poderes, cada qual detendo funções distintas:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipio ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado¹².

Nessa citação, é possível verificar a divisão de poderes realizada por Montesquieu: o legislativo, que faz as leis; o executivo, que administra; e o judiciário, que castiga os crimes e julga as demandas entre particulares. Vê-se, portanto, que o contexto histórico da época levou à construção da teoria da separação de poderes, doutrina essa que foi desenvolvida com a contribuição de vários pensadores, principalmente Locke e Montesquieu, que viviam naquele contexto. Reconhece-se, desse modo, que a teoria da separação de poderes é uma construção histórica que reflete o interesse em afastar o Poder Absolutista, propondo em contrapartida um sistema tripartite mais harmônico, sem a sobreposição de um poder sobre os outros.

A formulação do princípio da separação dos Poderes, como é conhecida hoje, atribui-se a Montesquieu, pelo menos na configuração adotada na maioria dos Estados, em que as funções estatais são divididas entre três esferas distintas. Essa previsão tem sido considerada essencial nas constituições modernas, conforme preconizado, também, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16º: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”¹³.

¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 201.

¹³ DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. In: BIBLIOTECA virtual de direitos humanos. São Paulo: USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0->

Sendo assim, o princípio da separação dos poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado para atingir seus fins, o que está sujeito a toda sorte de condicionamentos históricos, não se podendo, por exemplo, impugnar a cientificidade do modelo concebido por Montesquieu no século XVIII. Propõe-se que as funções desses poderes sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, para o que é necessário dotar cada uma destas funções de determinadas prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, estando a estes vedada, porém, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam¹⁴.

Há de se ressaltar, entretanto, que o Princípio da Separação de Poderes não é um conceito rígido, conforme já explanado pelo, na época, Ministro do STF, Sepúlveda Pertence:

O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República¹⁵.

Dessa forma, ao longo da história política de cada país, encontra-se um conceito de separação de poderes único, influenciado e aprimorado pelas respectivas constituições, conforme o momento histórico. A esse respeito, cabe citar a interpretação de Paulo Bonavides, para quem a separação de poderes atuou/atua como antídoto para a falta de liberdade:

A liberdade política, como artigo constitucional, requer indispensavelmente a técnica separatista, seu principal ponto de sustentação. O regime de separação complementa de tal modo aquele conceito de liberdade política do cidadão que Montesquieu assinala categoricamente dever o governo

cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 19 set. 2014.

¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 232.

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 98 Mato Grosso**. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 22. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266193>>. Acesso em: 20 out. 2014.

organizar-se segundo tais preceitos que nenhum cidadão possa temer outro cidadão. A separação dos poderes é, pois, o remédio supremo¹⁶.

Para Bonavides, esses poderes do Estado estariam inscritos em um sistema que se convencionou chamar de freios e contrapesos, no qual o poder freia o poder, não sendo permitido, assim, que um domine os demais. A separação dos poderes, portanto, caminha junto com o sistema de freios e contrapesos a fim de garantir a liberdade política.

Em resumo, pode-se afirmar que Montesquieu divide as funções estatais entre os três poderes do Estado, caracterizando uma divisão mais ou menos rígida, em que o Legislativo cria as leis, o Executivo mantém a segurança e cuida das relações internacionais e o Judiciário resolve as demandas entre os particulares. Essa separação de atribuições deve ser mantida por meio de controles mútuos, que se revelam no exercício da faculdade de impedir. Observe-se que essa divisão de funções comporta algumas exceções, ou seja, admite que, em certos casos, um poder exerça uma função que lhe é estranha. O próprio pensador francês, por exemplo, admite a possibilidade de o poder Executivo, em uma situação de exceção, por um prazo curto e determinado, mandar prender os cidadãos suspeitos ou de Poder Legislativo proceder a julgamentos¹⁷.

Os controles mútuos consistem em uma forma de manter o Princípio da Divisão de Poderes, afastando o Poder Absoluto e preservando os direitos e as liberdades dos cidadãos. Para dar continuidade à história desse conceito, passa-se a analisar o sistema de freios e contrapesos, que funciona como controle de abusos do poder.

1.2 Teoria norte-americana do *checks and balances*

No século XVII, a função legislativa era, progressivamente, tratada como a principal função do Estado. Daí surgia o problema desse poder ser exercido de forma arbitral e, assim, extrapolar as suas funções no estado¹⁸, conforme já demonstrado, inclusive, com as ideias de Locke. Portanto, para evitar a tirania de um

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 291.

¹⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 208.

¹⁸ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 79.

poder sobre o outro, surge o sistema de freios e contrapesos, tentando estabelecer um método de controle recíproco entre os poderes do Estado¹⁹.

Frise-se que a aplicação consciente da teoria da separação dos poderes foi feita nos Estados Unidos da América (EUA)²⁰, quando os elaboradores da Constituição Americana aceitaram a doutrina da separação de poderes, preocupando-se, porém, em assegurar essa separação por meio da garantia a cada um dos meios de defesa contra a possibilidade de usurpação pelos demais. A divisão dos poderes nos EUA chamou a atenção de Tocqueville já em meados do século XIX. O autor alerta que, nos EUA, o Poder Judiciário era dotado de grande poder político, ao contrário do que ocorria na Europa.²¹

Pode-se afirmar que a teoria dos freios e contrapesos, explicada pelos autores do livro “The Federalist”, tem seu principal expositor em Madison. Para ele, não pode ser assegurada separação dos poderes, na prática, com a mera determinação dos limites constitucionais dos departamentos e sem que haja uma ingerência constitucional de uns sobre os outros. Essa interpenetração constitui meios de defesa de cada poder, devendo ocorrer em proporção à medida do perigo de usurpação²².

Nesse sentido, é necessário destacar a grande responsabilidade dos EUA por situar o Poder Judiciário no mesmo nível político dos outros dois ramos do governo²³, configurando sua moderna função no mundo jurídico/político. Foi por meio da decisão de John Marshall, *Chief-Justice* da Suprema Corte norte-americana, no caso *MARBURY versus MADISON* (1803), que se inaugurou o poder da *judicial review* (revisão judicial). Diante disso, faz-se necessário contextualizar o cenário em que ocorreu a decisão de John Marshall para melhor compreender o funcionamento do sistema de freios e contrapesos.

Em 1801, o Partido Democrático Republicano chegou à presidência com Thomas Jefferson. Nessa eleição, o partido Federalista perdeu a maioria no Congresso, motivo pelo qual buscou inserir-se nos tribunais, uma vez que este era o

¹⁹ STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 164.

²⁰ OMMATI, Fides. Dos Freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 14, n. 55, jul./set. 1977. p. 58.

²¹ TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101.

²² OMMATI, Fides. Dos Freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 14, n. 55, jul./set. 1977. p. 58.

²³ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (Checks and Balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 94.

único poder remanescente para ser por eles ocupado. Para que isso ocorresse, foi preciso um longo percurso histórico que começa em 13 de fevereiro de 1801, data da edição de *Lei Circuit Court Act*, que criou dezesseis cargos de juiz federal de apelação. Assim, cumprindo a intenção da criação da aludida norma, todos os nomeados para ocupar as novas posições criadas no Judiciário compunham o partido Federalista²⁴.

Posteriormente, em 27 de fevereiro de 1801, foi sancionada uma Nova Lei Judiciária, que autorizava o presidente a nomear juízes de paz para o Distrito de Columbia. Adams nomeou, em 02 de março de 1801, 42 juízes para o distrito em questão, e o Senado, no dia seguinte, ratificou essas nomeações²⁵. Diante disso, em seu último dia como presidente (03 de março de 1801), Adams lavrou de imediato todas as nomeações, que receberam em seguida o selo dos Estados Unidos por Marshall²⁶. Porém, nem todos os nomeados conseguiram tomar posse antes do término do mandato de Adams, como, por exemplo, Willian Marbury²⁷.

O novo presidente, em virtude de motivos políticos, ordenou ao seu secretário de Estado, James Madison, que não fossem realizadas as concessões dos comissionamentos expedidos em razão da Lei do Judiciário de fevereiro de 1801²⁸.

Em 17 de dezembro de 1801, Marbury interpôs, perante a Suprema Corte, *writ of mandamus* contra o ato de Madison. Tal medida judicial foi utilizada com o fundamento de assegurar a posse de Marbury, uma vez que este entendia que o ato proferido por Adams era revestido de legalidade²⁹. Marbury requereu, assim, que a Suprema Corte expedisse um mandado judicial forçando Madison a entregar-lhe a comissão, o que faria com que mantivesse o cargo de juiz de paz no Distrito de

²⁴ NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle difuso de constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review.** Porto Alegre: Nuris Fabris Ed., 2013. p. 33.

²⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocencio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 227.

²⁶ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall: (Presidente do Supremo Tribunal dos Estados da America do Norte).* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p. 2 apud NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle difuso de constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review.** Porto Alegre: Nuris Fabris Ed., 2013.

²⁷ KLATAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. *A Primeira Decisão sobre Controle de Constitucionalidade: Marbury v. Madison (1803).* Belém: Escola Superior da Magistratura, 2005. p. 20 apud NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle difuso de constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review.** Porto Alegre: Nuris Fabris Ed., 2013.

²⁸ PADOVER, Saul Kussiel. *A Constituição Viva dos Estados Unidos.* São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1964. p. 89 apud NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle difuso de constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review.** Porto Alegre: Nuris Fabris Ed., 2013.

²⁹ NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle difuso de constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review.** Porto Alegre: Nuris Fabris Ed., 2013. p. 34.

Columbia³⁰.

Nesse cenário, em 24 de fevereiro de 1803, John Marshall expediu uma ordem, objetivando que o secretário de Estado demonstrasse a razão pela qual o mandado não deveria ser expedido, com fulcro em obrigá-lo a entregar a Marbury a comissão. Contudo, Madison não se manifestou, deixando a causa correr em revelia³¹.

Diante desse acontecimento, passou-se a enfrentar uma situação extremamente complexa, pois simplesmente indeferir o pleito seria uma sujeição às circunstâncias postas. Por outro lado, afirmar que a competência da Suprema Corte para a concessão de *mandamus* somente se caracterizava em grau recursal era um resultado insatisfatório³².

Tendo isso em vista,

Marshall e sua Corte decidiram no tocante à sua competência para a concessão de writ of mandamus que: a) a Constituição é a lei suprema, devendo ser observada quando da edição de outras normas; b) quando em um caso concreto incidem normas conflitantes, cabe ao Poder Judiciário dizer qual delas é aplicável; c) tratando-se de confronto entre uma lei ordinária e a Constituição o Tribunal deve, em razão da primeira assertiva aplicar a Magna Carta, invalidando a norma infraconstitucional; d) a Constituição dos Estados Unidos fixa, de forma taxativa, quais são as hipóteses em que a Suprema Corte possui competência originária, não podendo esta ser alterada por meio de lei ordinária emanada do Legislativo; e) a Lei do Judiciário de 1789 – lei ordinária – amplia a competência originária da Suprema Corte, sendo, portanto, inconstitucional. Diante de todas essas assertivas, a Suprema Corte considerou-se incompetente para o julgamento do *mandamus* pleiteado por Marbury³³.

Dessa forma, conclui-se pelo julgado que compete ao Poder Judiciário dizer o que é lei e que esta deve estar em conformidade com a Constituição. Assim, o ato legislativo contrário à Constituição não pode ser lei.

Nesse contexto, afirmou-se o poder daquela Corte para a declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo, principiando o sistema de controle da constitucionalidade (difuso). Assim, a possibilidade de o Judiciário estadunidense

³⁰ LIMA, Newton de Oliveira. **Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP, 2009. p. 60.

³¹ KLATAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. *A Primeira Decisão sobre Controle de Constitucionalidade: Marbury v. Madison (1803)*. Belém: Escola Superior da Magistratura, 2005. p. 23 apud NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle difuso de constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review**. Porto Alegre: Nuris Fabris Ed., 2013.

³² RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 36.

³³ NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle difuso de constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review**. Porto Alegre: Nuris Fabris Ed., 2013. p. 43.

deixar de aplicar leis inconstitucionais deve ser entendida como uma forma de controle sobre o parlamento, cujo objetivo é preservar a vontade da constituição e a vontade do próprio povo.

Os antecedentes do controle de constitucionalidade das leis remetem ao *Instrument of Government*, de Cromwell, e à teoria do Lord Corby, na Inglaterra. O primeiro traçou a supremacia da Constituição e o segundo previu a supremacia judiciária na declaração de nulidades dos atos do parlamento quando contrários ou repugnantes ao *Common Law*³⁴.

Os controles mútuos, tal qual no exemplo do Judiciário estadunidense mencionado anteriormente, consistem em uma forma de manter o princípio da divisão de poderes, afastando o Poder Absoluto e preservando os direitos e as liberdades dos cidadãos. Em uma ditadura, em que não se objetiva afastar o Poder Absoluto nem respeitar os direitos e as liberdades individuais e coletivos, os controles mútuos, ao contrário, podem servir para manter o Poder Absoluto sob a roupagem da separação dos poderes do Estado³⁵.

Passados dois séculos do método sugerido por Montesquieu para a separação dos poderes, a divisão das funções do Estado em três poderes persiste, tornando-se um princípio basilar do Estado Moderno³⁶. As Constituições, entretanto, têm avançado quanto à rigidez que as caracteriza, criando muitas formas de controle, inclusive com a possibilidade de um Poder exercer as funções que normalmente se atribuem aos demais.

O ilustre professor Dalmo Dallari complementa essa ideia, afirmando que:

Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa

³⁴ RUSSOMANO, Rosah. **O princípio do Federalismo na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 144.

³⁵ CORRÊA, Karine Lyra. **O princípio da Separação dos Poderes e os efeitos do mandado de injunção: a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal**. 2011. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. p. 40.

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 184.

ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que abre a possibilidade de atuação do poder executivo por meio de atos especiais³⁷.

O doutrinador explica que, segundo o sistema de freios e contrapesos, o Estado pratica atos gerais e atos especiais. Os atos gerais são praticados pelo legislativo quando emitem regras gerais e abstratas, enquanto que os especiais são efetuados pelo executivo, por meios concretos para atuar sobre as normas gerais. Pode-se citar, como exemplo do sistema de freios e contrapesos do Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade de leis, que se revela como o freio mais importante para o funcionamento harmonioso das instituições políticas³⁸.

Diante disso, pode-se afirmar que a teoria clássica da separação de poderes alicerça-se sobre uma divisão de atribuições entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, em um esquema no qual o poder deve limitar o poder. Porém, conforme já demonstrado, essa teoria tradicional acabou sofrendo alterações nos últimos séculos a fim de se adaptar às necessidades e constituições de cada país.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 segue essa linha de raciocínio. Seu texto afirma a separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e prevê, ainda, uma divisão de funções, estabelecendo o exercício de funções atípicas pelos Poderes do Estado. A título de exemplo, é possível citar os artigos 52, I, e 84, XXVI³⁹, que determinam competir ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-presidente por crimes de responsabilidade, e ao Presidente editar medidas provisórias com força de lei.

Com base nesse exemplo, percebe-se o Senado Federal exercendo a função de julgar (função essa inicialmente do Poder Judiciário) e o Presidente da República exercendo a função legislativa (atribuição originária do Poder Legislativo). Esse exercício frequente de funções atípicas, de um Poder por outro, pode ser interpretado como a adaptação do princípio da separação dos poderes ao mundo moderno e às suas exigências, que não mais coincidem com aquelas vigentes na

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

³⁸ OMMATI, Fides. Dos Freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 14, n. 55, p. 55-82, jul./set. 1977. p. 74.

³⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

época em que o mesmo foi criado.

O poder conferido ao Presidente da República, combinado com a relação política com o Congresso, pode transformar o Poder Executivo em uma ditadura constitucional, concedendo ao legislativo uma menor representatividade. No entanto, a falta de maioria parlamentar, por parte do executivo, dará mais poder ao legislativo, impondo ineficiência à Administração do Estado.

Com base nas interpretações do princípio da separação de Poderes e na ineficiência do sistema de freios e contrapesos, nota-se que ocorrem situações em que um poder vem a exercer a função de outro.

O Estado, cada vez mais aclamado a solucionar problemas sociais e econômicos, necessita de leis mais numerosas e mais técnicas. Porém, a realidade mostra que o legislativo, muitas vezes, emite suas normas obedecendo a determinações e conveniências do executivo ou que a elaboração legislativa se demonstra lenta, em virtude da burocracia administrativa ou de pressões políticas por parte dos demais poderes⁴⁰.

Esse contexto demanda a implementação dos direitos sociais. Para facilitar essa implementação, a divisão de funções entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário foi abrandada nos últimos anos, principalmente após a Constituição Federal de 1988, permitindo-se que um Poder exerça funções classicamente reservada aos demais.

Para José Afonso da Silva, a aplicação moderna da divisão dos poderes fundamenta-se em dois elementos: a especialização funcional e a independência orgânica. Conforme o primeiro, cada órgão é especializado no exercício de uma função, que lhe é peculiar (no executivo, por exemplo, executam-se as prescrições legais). De acordo com o segundo, ocorre a aplicação do chamado princípio da não subordinação, de modo que, para a atuação de cada órgão institucional, não é necessária a chancela ou a aprovação do(s) outro(s)⁴¹.

Superada a prevalência de um poder sobre o outro, por meio da compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre os poderes, admitindo-se, inclusive, a interferência entre eles, ganha força a noção de controle e vigilância (fiscalização) recíprocas de um poder sobre o outro quanto ao

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

⁴¹ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 109.

cumprimento dos deveres constitucionais de cada um. Nesse caso, estão presentes os elementos essenciais que caracterizam o moderno conceito do princípio da separação dos poderes.

Há autores, todavia, que percebem essa transformação como uma espécie de declínio do princípio da separação de poderes ou pelo menos como a perda de sua importância no cenário político. Dentre estes, está Paulo Bonavides, que afirma o seguinte:

Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado Social jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação [...] cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contrassensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada. O princípio perdeu, pois, autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo [...]⁴².

O autor associa, portanto, o abrandamento do princípio ao seu declínio e à sua incapacidade para responder às exigências do mundo moderno. O declínio sugerido por esse autor indica um processo de superação da divisão de atribuições entre os poderes do Estado. Na prática, todavia, a atribuição de funções precípua aos poderes do Estado pelas Constituições permanece, embora com diversas atenuações.

Veja-se, por exemplo, a Constituição Brasileira de 1988 (a Carta Magna), que tem viés eminentemente social. Apesar disso, cada função do Estado é distribuída a um dos poderes, permitindo-se excepcionalmente o exercício da função típica de um poder por outro.

É preciso, desse modo, atentar para o fato de que não há uma fórmula prévia e universal determinando em que termos o princípio deve se estabelecer nos Estados. A verdade é que os contornos que esse princípio adquire em cada Estado, ou seja, o detalhamento das funções que cabe a cada poder exercer, depende do que está disposto em cada constituição, bem como da história política de cada país.

Delineados os contornos do princípio da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos, para melhor entendimento desse tema, analisar-se-á, no

⁴² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 157-158.

item seguinte, o modo como tem se dado a evolução do Poder Judiciário frente a essa exigência de maior atividade para a possibilidade de fruição dos direitos que já constam na Constituição Federal de 1988.

1.3 A expansão do Poder Judiciário e o ativismo judicial

A função típica do Poder Judiciário é a de julgar. Nos países de tradição jurídica europeia, como o Brasil, classicamente chamados de *civil law*, ao julgar, o juiz limita-se a aplicar a lei. Isso significa que a escolha política é feita pelo legislador e que ao juiz cabe meramente a aplicação da norma ao caso concreto.

Nas últimas décadas, porém, o Judiciário foi adquirindo um poder político cada vez maior e passou a exercer o papel de garantidor não apenas dos direitos de liberdade, mas também dos direitos de igualdade e de justiça social. A expansão do Poder Judiciário é um fenômeno mundial, atestado por vários autores que analisaram o fenômeno em diversos países⁴³.

Segundo Carvalho, antes da Segunda Guerra Mundial, o Judiciário não intervinha no conflito entre uma norma ordinária e uma norma constitucional, ignorando-o. Para ele, especialmente nos países que não seguem a tradição do *Common Law*, tanto a constitucionalização dos direitos humanos quanto a criação das cortes constitucionais impulsionaram o processo de judicialização, consagrando um modelo de supremacia da constituição⁴⁴.

O fenômeno da “expansão global do Poder Judiciário” tem se traduzido não apenas na globalização da jurisdição constitucional, mas, sobretudo, na judicialização da política. Este é o modo como é compreendido o processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo⁴⁵.

⁴³ TATE, Neal. Why the expansion of judicial power. In: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power, New York: New York University, 1995, p. 28 apud BRANDÃO, Rodrigo. Judicialização da Política: teorias, condição e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. p. 177.

⁴⁴ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 28, p. 161-179, jun. 2007. p. 171.

⁴⁵ TATE, Neal. Why the expansion of judicial power. In: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power, New York: New York University, 1995, p. 28 apud BRANDÃO, Rodrigo.

Sobre isso, Oscar Vilhena Viera afirma que:

Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. A hiperconstitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo⁴⁶.

Trata-se, portanto, do processo de transferência do poder de tomar decisões sobre questões de alta conotação política dos detentores de mandatos eletivos (legisladores e chefes do Executivo) para juízes. Cappelletti explica o processo de forma similar, pontuando que:

Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de checks and balances, à paralela expansão dos ramos políticos do estado moderno. Deste fenômeno, extremamente complexo e característico da profunda crise do estado e da sociedade contemporânea⁴⁷.

O autor acredita que aos juízes e tribunais caberia controlar e exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar. Esse doutrinador ressalta, ainda, o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Para ele, quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias⁴⁸.

É nesse contexto de necessária expansão do Poder Judiciário como forma de controle da atividade legislativa que surge o que, atualmente, a doutrina tem denominado de ativismo judicial. Na maior parte das vezes, esse conceito – de

Judicialização da Política: teorias, condição e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. p. 177.

⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. p. 443.

⁴⁷ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 19.

⁴⁸ Ibidem, p. 42.

ativismo judicial – torna-se negativo, sendo descrito, em geral, como extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário⁴⁹.

As principais teses sobre a expansão do Judiciário podem ser divididas em três grupos: conceitualistas, funcionalistas e estratégicas. Dentre as primeiras, destaca-se a tese segundo a qual a principal causa de expansão do Judiciário teria sido a ampliação da positivação e da consciência sobre direitos que ocorreu a partir do período posterior à Segunda Guerra Mundial, na linha do que é defendido pelo conhecimento jurídico convencional. Já as teorias funcionalistas vinculam a expansão do Poder Judiciário à adoção de sistemas políticos fragmentados, pois, em seu bojo, surgem problemas de coordenação entre entes autônomos que são resolvidos pelo Judiciário. Por fim, existem as teorias estratégicas, que comungam da mesma premissa: se o Judiciário é o mais frágil dos poderes, a ampliação do seu papel político só é possível se houver a concordância, expressa ou tácita, dos demais poderes⁵⁰.

Oscar Vilhena Vieira discorre sobre a expansão da concentração de poder adquirida pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil ao longo dos últimos anos:

A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes⁵¹.

Para o autor, o processo de evolução do Poder Judiciário deve ser interpretado juntamente com as emendas constitucionais que, ao longo dos anos, aumentaram o poder dado à Corte Suprema. No entanto, no Estado Democrático de Direito, não deveria ser admitido que o chamado ativismo judicial se sobrepusesse ao poder do legislador democrático. Por outro lado, também se deve compreender que o poder Legislativo, muitas vezes, omite-se no desempenho de sua tarefa de

⁴⁹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: Proposta para uma discussão conceitual **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012. p. 145.

⁵⁰ BRANDÃO, Rodrigo. Judicialização da Política: teorias, condição e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p.175-220, maio/ago. 2013. p. 214.

⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. p. 443.

elaborar normas que regulamentem determinadas situações, o que traz prejuízos aos cidadãos, os quais têm o exercício de seus direitos restringidos ou inviabilizados.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo tempo histórico no constitucionalismo brasileiro: o tempo do Estado Constitucional que se consolida como importante canal de articulação de conflitos políticos e sociais. Trata-se do tempo da Constituição, norma fundamental da organização política e jurídica, que consubstancia os principais valores éticos e morais da sociedade⁵².

Luís Roberto Barroso complementa essa ideia ao afirmar que,

Nessa linha, as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da *imperatividade*. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitrar. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. Descumpra-se a imperatividade de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meios são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos. Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. [...] Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base *pós-positivista*, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais –, a necessidade da ponderação para resolver tais situações, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos⁵³.

É justamente nesse momento de omissão legislativa, que prejudica os direitos e as garantias fundamentais ou afeta a liberdade, a cidadania e a soberania popular, que tem cabimento o Mandado de Injunção (MI). Como abordado por Barroso, os direitos já criados pela Constituição Federal de 1988 são exigíveis. Assim, não é aceitável invocar uma omissão de modo a não permitir ser esse direito já posto na Constituição passível de gozo.

Nesse sentido, para Barroso:

⁵² CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012. p. 146.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Efetiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 1 nov. 2014. p. 6.

Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático⁵⁴.

Canotilho, ao rever suas ideias sobre dirigismo constitucional, asseverou que institutos como a inconstitucionalidade por omissão ou o MI devem ser defendidos não como forma de deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida⁵⁵.

Assim, mesmo com a expressa disposição constitucional que garante que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, não se pode admitir que a inércia do legislador faça da Constituição um rol de intenções sem qualquer efetividade. Deve-se, assim, viabilizar o exercício e a fruição dos direitos que estão previstos na Constituição, sem que isso seja visto como violação ao citado princípio.

Conclui-se, portanto, que os direitos postos na Constituição Federal de 1988 devem ser passíveis de fruição. A evolução da sociedade e o clamor pelo respeito dos direitos levaram a Constituição a estabelecer atribuições ao Poder Judiciário, oferecendo-lhe mecanismos necessários para garantir o respeito aos direitos dos cidadãos. O MI é um exemplo disso, pois foi criado para sanar omissões legislativas que prejudiquem o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais.

No capítulo seguinte, analisar-se-á como o STF tem entendido os efeitos da sentença do MI, optando ou não pela judicialização. Verificar-se-á, também, a resposta que o Supremo deu à questão dos efeitos da sentença do mandado de injunção. Por fim, será realizado um cotejo entre o princípio de separação dos poderes e o mandado de injunção.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Efetiva:** Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014. p. 6.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A constituição dirigente e a vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. XVII.

2 O PODER JUDICIÁRIO E SUA POSIÇÃO ATIVA PARA SANAR A SÍNDROME DA INEFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Superada a flexibilização do princípio da separação dos poderes para a necessária efetivação dos direitos postos na Constituição Federal de 1988, bem como a nova roupagem que a Carta Magna dá a esse princípio de acordo com a história jurídica, política e social brasileira, faz-se necessário adentrar na temática de um importante instrumento de proteção, chamado de Mandado de Injunção (MI), que se revela um exemplo de controle mútuo entre os poderes, a que se convencionou chamar de sistema de freios e contrafreios⁵⁶.

Deve-se atentar a toda a evolução histórica dessa ação constitucional, inclusive antes mesmo da existência da própria Constituição Federal, já que houve inúmeras discussões sobre como esse instrumento estaria presente na Carta de Direitos. Mesmo depois de já estar contido na Constituição Federal de 1988, o MI sofreu várias alterações para chegar ao que é atualmente. De início, questionava-se sua autoaplicabilidade; após, passou-se a discutir sobre o quanto era possível ao sistema jurídico brasileiro adentrar e exercer funções clássicas do Poder Legislativo.

Nesse sentido, importa atentar à facilidade de desvirtuar um instituto que foi criado para beneficiar as pessoas ao permitir a fruição de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Isso se torna necessário pois, quando da discussão sobre a necessidade de aguardar uma legislação infraconstitucional para decidir acerca da efetivação do próprio instituto, estar-se-ia atrasando e muito a utilização de uma ação que visa à proteção do cidadão. Trata-se, assim, de uma proteção de grande relevância, já que impede a omissão do Poder Legislativo.

2.1 A evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do mandado de injunção

A Constituição Federal de 1988 previu esse instituto como remédio para a proteção de direitos e liberdades constitucionais, em seu artigo 5º, LXXI: “vai-se

⁵⁶ CORRÊA, Karine Lyra. **O princípio da Separação dos Poderes e os efeitos do mandado de injunção**: a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal. 2011. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. p. 105.

conceder a ação diante da falta de norma regulamentadora que prejudica o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, assim como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”⁵⁷.

O MI⁵⁸ concedeu ao indivíduo um instrumento apto a conferir aplicabilidade às normas constitucionais voltadas a direitos, liberdades e prerrogativas obstadas pela falta de norma regulamentadora⁵⁹. Infelizmente, a Constituição Federal apenas apontou esse instituto, não determinando sua finalidade e seu objetivo final nem detalhando o rito, os efeitos ou qualquer indicação senão a necessidade de proteger os direitos e as liberdades constitucionais da inércia do Legislativo. Essa lacuna da Constituição fez surgir uma série de dúvidas, conforme demonstra Karine Lyra Corrêa:

Um dos aspectos controversos sobre o tema diz respeito aos efeitos da sentença do Mandado de Injunção. A dúvida consiste em saber se o juiz, ao decidir uma ação desta espécie, deve meramente declarar a mora do Poder Legislativo em editar a norma regulamentadora ou resolver o caso por si, aplicando a solução que julgar conveniente para proteger os direitos e liberdades constitucionais⁶⁰.

O dispositivo que institui no Brasil a ação de mandado de injunção, isto é, o artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, não é claro quanto aos aspectos processuais da ação⁶¹. Diante disso e visando possibilitar a plena utilização da garantia constitucional, foi necessário desenvolver os pontos que não estavam claros a fim de buscar a interpretação constitucional mais adequada ao instituto. Assim, durante as duas últimas décadas, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF)

⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília: Câmara dos deputados, 2012. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo no 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. Disponível em: <file:///C:/Users/gateway/Desktop/constituicao_federal_35ed.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.

⁵⁸ Nem sempre a redação do artigo que versa sobre mandado de injunção foi essa. Durante o período constituinte, houve uma mobilização de mudança do dispositivo que tratava sobre o mandado de injunção. A redação anterior era: “Conceder-se-á mandado de injunção, na forma da lei, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania”.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 444.

⁶⁰ CORRÊA, Karine Lyra. **O princípio da Separação dos Poderes e os efeitos do mandado de injunção: a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal**. 2011. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. p. 106.

⁶¹ Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 6128/2009, que pretende a regulamentação infraconstitucional no Mandado de Injunção. Fonte: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6128/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

sobre a extensão das decisões proferidas no julgamento dos Mandados de Injunção sofreu algumas alterações. O ano de 1989 foi determinante para o MI devido ao julgamento da Questão de Ordem do MI 107⁶². Nessa ocasião,

o STF resolveu que o Mandado de Injunção se presta a declarar a omissão do poder competente para a edição do regulamento que possibilitará a fruição do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. Reconhecida a mora, o Judiciário deve notificar o Poder competente para que este a purgue, editando o regulamento⁶³.

Percebe-se, portanto, que, nesse momento (da questão de ordem do MI 107), a jurisprudência da Corte Suprema foi importante, já que reconheceu o instituto do MI disposto na Constituição Federal de 1988, determinando a notificação ao Poder Legislativo sobre a mora em edição de lei específica para fruição dos direitos apresentados na Carta Magna Brasileira. Para melhor compreensão desse instituto, bem como da jurisprudência adotada na época pelo STF, faz-se necessário observar alguns trechos da decisão do MI 107:

Como o inciso LXXI do art. 5º da Constituição não é expreso quanto à necessidade de regulamentação do mandado de injunção, a questão relativa à sua auto-aplicabilidade vai depender, apenas, da verificação de se constituir ela, ou não, por si só, um todo capaz de ser aplicado de imediato, sem necessidade de suplementação de lei ordinária. Para essa verificação, é indispensável que se determine, inicialmente, sua natureza jurídica em face, exclusivamente, dos textos constitucionais que se referem ao mandado de injunção, certo como é a legislação infraconstitucional que vier a ser editada com relação a ele terá de conformar-se, sob pena de inconstitucionalidade, com a natureza jurídica que lhe deu o texto constitucional. Afasta-se, assim, desde logo, a possibilidade – que acarretaria, logicamente, a não-auto-executoriedade do mandado de injunção – de a lei infraconstitucional dar-lhe a natureza jurídica que entender mais conveniente⁶⁴.

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação de Poderes (arts. 2º e 60 §4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer

⁶² O mandado de injunção foi proposto por um Oficial do Exército contra o Presidente da República, que, segundo alegava o requerente, não teria encaminhado, tempestivamente, ao Congresso Nacional, projeto de lei disciplinando a duração dos serviços temporários, tal como expressamente exigido pela Constituição (art. 42 § 9º).

⁶³ CORRÊA, Karine Lyra. **O princípio da Separação dos Poderes e os efeitos do mandado de injunção**: a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal. 2011. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. p. 109.

⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal** Voto do Ministro Moreira Alves, p. 29. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MI_107_DF_1278763884338.pdf?Signature=AF46Hs1w2O%2FTrVF4bjf6WtvZ1h8%3D&Expires=1415621526&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd74247e4e032d2090d2b901d517e180>. Acesso em: 12 set. 2014.

ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 59, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matéria a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo⁶⁵.

O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O supremo Tribunal Federal não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam abtido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional de Poder⁶⁶.

Decisão: o Tribunal, por unanimidade, conheceu da Questão de Ordem que lhe submeteu o Sr. Ministro-Relator e a decidiu no sentido de reconhecer a natureza mandamental do Mandado de Injunção e a autoaplicabilidade do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição, adotando-se, no que couber, o procedimento do Mandado de Segurança, e com os efeitos enunciados no voto do Sr. Ministro-Relator. Plenário, 23.11.89⁶⁷.

Dessa forma, nos autos do MI 107, o Tribunal discutiu a questão da autoaplicabilidade (ou não) do artigo 5º, inciso LXXI, que instituiu essa nova modalidade de ação no ordenamento jurídico brasileiro. O STF, nesse julgamento paradigmático, ao reconhecer a autoaplicabilidade do MI, cuidou de enfatizar a natureza e a dimensão de eficácia do provimento jurisdicional, ressaltando que essa espécie de ação visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão. Assim, a questão da autoaplicabilidade do MI tornou-se uma página virada da história constitucional brasileira.

⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal** Voto do Ministro Moreira Alves, p. 40. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MI_107_DF_1278763884338.pdf?Signature=AF46Hs1w2O%2FTrVF4bjf6WtvZ1h8%3D&Expires=1415621526&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd74247e4e032d2090d2b901d517e180>. Acesso em: 12 set. 2014.

⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 58-59. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MI_107_DF_1278763884338.pdf?Signature=AF46Hs1w2O%2FTrVF4bjf6WtvZ1h8%3D&Expires=1415621526&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd74247e4e032d2090d2b901d517e180>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal**. Acórdão p. 2. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1053_MI-QO_107_-_parte_1.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014

É importante frisar que, nesse momento, o Tribunal entendeu que o exercício de funções atípicas pelos poderes do Estado deveria ocorrer apenas em caráter excepcional. Portanto, naquele período histórico, o STF compreendeu o princípio da separação dos poderes como uma rígida divisão de funções.

Diante disso, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, afirmou: “o Tribunal entendeu, e assim firmou sua jurisprudência, no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas”⁶⁸. Pode-se inferir, com base no voto supracitado, que a Constituição teria de prever expressamente a possibilidade excepcional, o que não foi feito, como ressalta o Ministro Moreira Alves ao afirmar que “o texto do art. 5º, LXXI [...] não [...] diz que caberá ao Poder Judiciário, substituindo-se ao poder competente, fazer essa regulamentação restrita ao caso concreto ou extensível a todos os casos análogos”⁶⁹.

Além disso, o Ministro, na época, impôs outra condição, pois considerou que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição que se relacionam a matérias estritamente vinculadas a ele. Assim, na concepção do Ministro, o desempenho de função legislativa pelos juízes e Tribunais somente seria possível em relação a matérias estritamente vinculadas ao Poder Judiciário.

Conforme transcrito, o Ministro reconheceu em seu voto que a criação de uma norma jurídica, seja uma lei ou um regulamento, traz em si um forte conteúdo político. Depreende-se da sua argumentação, no julgamento em análise, que essas decisões políticas não podem ser resolvidas pelo Poder Judiciário, que só é autorizado a fazê-lo quando se trata de temas estritamente vinculados à sua área de atuação.

O Juiz da Corte Suprema demonstrou, ainda, que é o povo que elege seus representantes nos poderes Legislativo e Executivo para que estes tomem as decisões políticas que resultarão nos textos normativos. Essa tomada de decisão ocorre dentro do sistema de freios e contrapesos previstos na Constituição

⁶⁸ MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 09.

⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal** Voto do Ministro Moreira Alves, p. 46. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MI_107_DF_1278763884338.pdf?Signature=AF46Hs1w2O%2FTrVF4bjf6WtvZ1h8%3D&Expires=1415621526&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd74247e4e032d2090d2b901d517e180>. Acesso em: 12 set. 2014.

brasileira, a qual determina que um poder controle a atuação, permitindo, dessa forma, que o Presidente vete uma lei criada/votada no Congresso Nacional e que este derrube o veto daquele, conforme artigo 66, §1º e §4º, da Constituição Federal de 1988⁷⁰.

A esse respeito, Marcelo Casseb Continentino afirma que:

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação de Poderes (arts. 2º e 60 §4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema e freios e contrapesos que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo⁷¹.

Acerca desse período de interpretação constitucional e consolidação do MI, é possível inferir que a Questão de Ordem no MI 107 parecia ser a morte do instituto, já que essa seria uma ação conferida ao cidadão titular de um direito ou garantia cujo exercício estivesse inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Além disso, teria como objetivo obter do Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão, dando-se ciência disso para que o órgão omissor adotasse as providências necessárias⁷² (já que naquele momento histórico não era possível ao Judiciário qualquer inovação legislativa).

A decisão proferida na Questão de Ordem do MI 107 foi unânime, já que todos os ministros acompanharam o voto do Relator, voto esse que expressamente se negava a interpretar um preceito constitucional de forma que pudesse levar à conclusão de que o Judiciário estaria autorizado ao exercício de atividade legiferante, de caráter essencialmente político. O voto em questão rejeitou essa

⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília: Câmara dos deputados, 2012. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo no 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. Disponível em: <file:///C:/Users/gateway/Desktop/constituicao_federal_35ed.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.

⁷¹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma Reflexão Histórica sobre o Mandado de Injunção e a Eficácia Subjetiva das Decisões. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

⁷² ROTHENBURG, Walter Claudius. O Mandado de Injunção Finalmente Terá sua Lei. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

interpretação (de possibilidade de legislar) frente à colisão com o princípio de separação dos poderes.

Corroboram tal entendimento Flavia Piovesan e Maria Cecília Cury Chaddad:

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as primeiras demandas trazidas em sede de mandado de injunção, retirou-lhe a potencialidade e o sentido, uma vez que não entendeu não ser esse instrumento apto a concretizar o direito constitucionalmente previsto. Para esse Tribunal, somente o Poder Legislativo poderia regulamentar o comando constitucional⁷³.

Com o passar do tempo, entretanto, e com o ingresso de novos Ministros na Corte Constitucional, opiniões diferentes foram surgindo, as quais defendiam solução diversa daquela apresentada, aceitando a edição de norma jurídica pelo Poder Judiciário nas ações de mandado de injunção⁷⁴. A cada novo julgamento de MI, a discussão quanto aos efeitos da sentença se fazia presente devido aos votos divergentes desses novos Ministros, que defendiam a possibilidade de o Judiciário, nas ações de MI, criar uma nova norma para o caso concreto: “o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, o impetrante”⁷⁵.

Essas decisões demonstram a preocupação com a inefetividade do provimento judicial, tendo em vista a afirmação dos Ministros de que a independência entre os poderes da República não autoriza que o Judiciário force o Legislativo a legislar. A impossibilidade de emanar uma ordem fazia da sentença do MI (naquele momento) um simples conselho.

Os votos divergentes procuravam demonstrar que a Jurisprudência da Corte Suprema impunha à Constituição e aos direitos por ela assegurados um quadro de desprestígio e desrespeito, fazendo com que esses direitos corressem o risco de permanecer somente no papel, sem serem definitivamente concretizados. O Ministro Carlos Velloso, por exemplo, proferiu votos no sentido de criar norma restrita ao

⁷³ MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 451.

⁷⁴ Em julho de 1990, os Ministros Marco Ayrélio de Mello e Carlos Velloso tomaram posse no STF e, em junho de 1991, foi a vez do Ministro Ilmar Galvão. Fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Linha Sucessória dos Ministros**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_ago_2014.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 232-1 Rio de Janeiro**. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 33, mar. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 13 set. 2014.

caso concreto, no qual o juiz não estaria exercendo a função atípica de legislar, mas apenas a função típica de julgar, resolvendo o caso que lhe foi apresentado. Observe-se, como modelo, o seguinte trecho do voto no MI 232:

O mandado de injunção, por ter caráter substantivo, faz as vezes de norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz em razão da ausência dessa norma infraconstitucional, à ordem jurídica, assim na linha da lição de Celso Barbi, no sentido de que o juiz cria para o caso concreto do autor da demanda uma norma especial ou adota uma medida capaz de proteger o direito reclamado. Acrescenta o mestre mineiro: essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outros poderes⁷⁶.

A partir desse entendimento, compreende-se que o exercício da atividade legislativa pelo Judiciário nas ações de MI não fere o princípio de separação dos poderes do Estado, pois a norma seria criada com a única finalidade de decidir a questão concreta. Com a inovação desse julgado, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no artigo 195, §7º, da Constituição Federal⁷⁷, o requerente passaria a gozar da imunidade requerida. Consta na ementa desse julgado⁷⁸:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par.7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida⁷⁹.

⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 232-1 Rio de Janeiro**. Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 35, mar. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 13 set. 2014.

⁷⁷ Art. 195, §7º: São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

⁷⁸ MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 232 Rio de Janeiro**. (Relator Moreira Alves, data de julgamento 02 ago. 1991, órgão julgador Tribunal Pleno, data de publicação DJ 27 mar. 1992 publicação PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751779/mandado-de-injuncao-mi-232-rj>>. Acesso em: 15 set. 2014.

Ainda, no MI 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal estipulou prazo para que a lacuna legislativa fosse suprida, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos seus direitos⁸⁰:

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par.3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par.3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável⁸¹.

Quanto ao MI 283, o STF decidiu deferir-lo, notificando o Congresso Nacional para que editasse a norma regulamentadora faltante. Além disso, o Tribunal

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26.

⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 283 Distrito Federal**. (Relator Sepúlveda Pertence, data de julgamento 20 mar. 1991, órgão julgador Tribunal Pleno, data de publicação: DJ 14 nov. 1991, publicação PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882).

determinou um prazo de 45 dias para que a lei fosse votada pelo Legislativo e um prazo de 15 dias para a sanção do Presidente da República. Após esse prazo, os impetrantes poderiam ingressar com ação ordinária buscando a efetivação desse direito.

Foi a partir dessa decisão que o MI passou a ter efeitos concretos, permitindo aos impetrantes ingressar em juízo para que o Juiz da primeira instância garantisse o gozo do direito constitucional previsto no artigo 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁸². Com o passar do tempo, a Corte entendeu que os impetrantes poderiam ingressar diretamente ao Juízo de primeiro grau, apesar da falta de regulamentação. Nesse sentido, o entendimento do Ministro do STF, Gilmar Mendes, é de que:

no caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente, em que haveria de fixar o montante na forma do direito comum⁸³.

A superação da orientação inicialmente firmada com o MI 107 é uma evolução importante. O principal mérito dessa decisão é desconstruir, na prática, o conceito de norma de eficácia limitada o qual impunha ao aplicador do direito a completa paralisia diante da inércia do Poder Legislativo. Decisões como a adotada pelo Tribunal por meio do MI 283 não têm um teor normativo. Essas decisões apenas liberam os juízes – ultrapassando o prazo inicialmente fixado para a edição de disciplina normativa pela autoridade legislativa faltosa – para, na ausência de lei específica, arbitrar a decisão cabível, de acordo com o direito vigente (no caso, fixar, com base nos critérios ordinários da lei civil, perdas e danos devidos pela União)⁸⁴.

De qualquer forma, a adoção da posição não concretista persistiu até o ano de 2007, quando o STF mudou o entendimento que vinha adotando até então. O

⁸² Art. 8º, § 3º, - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

⁸³ MENDES, Gilmar. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30.

⁸⁴ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Armadilhas Constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 287.

comportamento tímido da Corte diante das omissões legislativas resultou no baixo grau de utilidade e de efetividade do MI. Sobre esse respeito, faz-se necessário lembrar o posicionamento de Barbosa Moreira, em 1990:

O melhor modo de compreender um remédio processual é aquele que leve a atribuir-lhe o máximo possível de eficácia. Conceber o mandado de injunção como um simples meio de apurar a inexistência da norma regulamentadora e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões [...] é reduzir a inovação a um sino sem badalo. [...] Sejam sinceros: quem sairá de seus cuidados para requerer providência tão inócua? [...] O mandado de injunção, porém, merece sorte melhor que essa morte precoce e inglória. Não será tempo ainda, de salvá-lo? A última palavra, naturalmente, caberá ao legislador, que mais cedo ou mais tarde terá de regulamentar a matéria. Enquanto isso, é de desejar que ninguém assuma, para com instituto de tão interessantes potencialidades, o triste papel de cozeiro apressado⁸⁵.

A partir de 2007, o STF apresenta uma nova interpretação sobre os efeitos do MI, chamada de posição concretista. A Suprema Corte decidiu, então, que o Judiciário deveria resolver a questão posta, viabilizando diretamente o exercício dos direitos, das liberdades e das prerrogativas constitucionais. Para tanto, o órgão julgador deveria suprir a falta do regulamento, ditando os seus contornos para o caso concreto ou com efeitos *erga omnes*.

Essa mudança de entendimento ocorreu em três Mandados de Injunção – MI 670, MI 708 e MI 712 – que requeriam o reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos, cujos julgamentos foram concluídos em 25 de outubro de 2007. Costuma-se afirmar que o MI 670 foi o *leading case* que inaugurou uma nova concepção da Corte Suprema sobre os efeitos da sentença de MI.

A maior motivação do STF foi a preocupação de garantir a vontade da Constituição e de preservar os direitos fundamentais, assegurando o gozo dos direitos, das liberdades e das prerrogativas constitucionais que não puderam ser fruídas por inércia do legislador. O voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do MI 670 demonstra esse aspecto relativo à garantia da Constituição:

Em suma, Senhores Ministros, as considerações que venho de fazer somente podem levar-me ao reconhecimento de que não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia da União Federal, cuja

⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. SOS para o mandado de injunção. **Revista da Advocacia Dinâmica**, Rio de Janeiro, n. 40, ano 10, p. 390-399, out. 1990, p. 399 apud MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 163.

omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República⁸⁶.

Ao analisar o MI 670, impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo (SINDIPOL), o qual também pleiteava a garantia ao exercício do direito de greve, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que, enquanto não suprida a lacuna legislativa, deveria ser aplicada a Lei n.º 7783/89, observando-se o princípio da continuidade do serviço público:

Conforme o exposto, este Tribunal, nas diversas vezes em que se manifestou sobre a matéria, tem reconhecido unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação. Nestas ocasiões, entretanto, o Ministro Carlos Velloso destacava a necessidade de que, em hipóteses como a dos autos, se aplicasse, provisoriamente a lei de greve relativa aos trabalhadores em geral. [...] Vê-se, assim, que observados os parâmetros constitucionais q quanto à atuação da Corte como eventual legislador positivo, o Ministro Carlos Velloso entendia ser o caso de determinar a aplicação aos servidores públicos da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado. Assim como na interessante solução sugerida pelo Ministro Velloso, creio parecer justo fundar uma intervenção mais decisiva desta Corte para o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (CF art. 37, VII)⁸⁷.

O STF manteve essa orientação em outras demandas com características semelhantes, consolidando esses avanços no sentido de conferir ao Mi eficácia, conforme prevê a Constituição Federal. A decisão do Ministro Carlos Brito, proferida nesse julgamento, recorda que a Constituição Federal pretendeu dotar o Poder Judiciário de um instrumento passível de atuar frente à omissão legislativa, omissão essa que tem o condão de paralisar a Lei Maior naquilo que ela tem de mais caro, que é o campo dos direitos e das liberdades fundamentais.

Ao prestigiar, sobremodo, o Poder Judiciário, a Constituição também dá uma resposta dura – como deve ser – à inercia, à inação do poder Legislativo. Uma inação grave porque opera de modo a paralisar a Constituição naquilo em que a Constituição se deseja mais dinâmica: propiciar o efetivo gozo dos direitos e liberdades constitucionais, ou seja, uma inação do Poder Constituído que termina por paralisar a vontade

⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo**. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 124, out. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 18 set. 2014.

⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo**. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 15-16. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 18 set. 2014.

objetiva do Poder Constituinte o que é absolutamente inadmissível. Ou seja, o Poder Constituído a esterilizar, por inapetência legislativa, o Poder Constituinte, numa matéria emblemática, numa matéria decisiva, de primeiríssima grandeza e estatura constitucional, que é esse domínio dos direitos e liberdades fundamentais⁸⁸.

Dessa forma, a necessidade de preservar a Constituição e garantir a efetividade do seu texto, mormente no que diz respeito aos direitos e às liberdades individuais, terminou por convencer a Corte de que o MI precisava se converter em um instrumento útil. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que a falta de concretização de uma norma constitucional não pode servir de obstáculo para aplicação pelo Judiciário, o qual, em razão do artigo 5º, §1º, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorização a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização⁸⁹.

Sobre isso, entendimento de Jorge Hage é de que:

Desse modo, a Corte, em julgamento ocorrido em outubro de 2007, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar imitada à declaração de existência da mora legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo próprio Judiciário, conferindo o próprio direito ao impetrante (direta ou indiretamente). Registrou-se, na oportunidade, que ante o quadro de omissão o qual se desenhava, não obstante sucessivas decisões, dever-se-ia adotar, como alternativa provisória, para esse impasse, a linha de uma moderada sentença de perfil aditivo⁹⁰.

Para conceder efetividade ao MI, o Judiciário teria de criar a norma jurídica, estabelecendo as condições que tornariam efetiva a vontade do constituinte. Ultrapassada essa questão, a Corte teria de decidir se essa criação normativa atingiria a todos ou apenas os envolvidos no processo.

O entendimento da Corte em relação à matéria não ficou muito claro, já que, nos Mandados de Injunção que versavam sobre o direito à greve (MI 670, MI 708 e MI 712), foi decidido pelo efeito *erga omnes*. Assim, o Supremo criou regra extensível a todos os servidores e não apenas aos que ingressaram com as ações

⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo**. Voto do Ministro Carlos Brito, p. 132. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 14 set. 2014.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 262.

⁹⁰ HAGE, Jorge. O PL que Regulamenta o Mandado de Injunção: uma iniciativa mais que oportuna. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 143.

de MI. Já no MI 721⁹¹, estabeleceu-se que os efeitos atingiriam apenas as partes por se tratar de processo subjetivo.

Percebe-se, aqui, uma divisão do conceito da teoria concretista, conforme demonstram Flavia Piovesan e Maria Cristina Cury Chaddad:

Especificamente em relação à corrente concretista, mister destacar que tal corrente pode ser dividida em duas subespécies, corrente concretista geral, pela qual a decisão que concede o mandado de injunção teria eficácia erga omnes; e corrente concretista individual, a qual a decisão que concede o mandado de injunção tem eficácia inter partes apenas⁹².

Vislumbra-se, assim, a possibilidade de uma decisão do MI abranger a todos (independente da relação processual), conforme ocorreu com os julgados do MI 670, 708 e 712, ou ainda de se restringir apenas aos interessados, em uma análise do caso concreto, conforme as decisões do MI 721 e 758. Desse modo, nos casos que envolviam o direito de greve por parte dos servidores públicos, o Supremo criou regra extensível a todos os servidores e não apenas aos que ingressaram com as ações de MI, dotando essa decisão de efeitos *erga omnes*. Já em outras situações, a regra apenas poderá ser aplicada ao caso concreto e atingirá somente os impetrantes. Logo, aqueles interessados no direito à aposentadoria especial⁹³, previsto na Constituição Federal, precisariam ingressar com processos específicos, conforme o decidido nos Mandados de Injunção 721 e 758, por exemplo. Hoje, não é necessária a impetração de novos Mandados de Injunção para fruição dessa matéria, em razão da edição súmula vinculante n.º 33⁹⁴.

Quando do julgamento do MI 721, que discutia a aposentadoria especial, todos os Ministros concordaram com a solução proposta pelo Relator, Ministro

⁹¹ Nesse julgamento, o STF determinou o direito da postulante (servidora do Ministério da Saúde) à aposentadoria especial, conforme o artigo 40, §4º, da Constituição Federal de 1988, adotando-se, desse modo, o sistema do Regime Geral da Previdência previsto para o trabalho insalubre (Lei n.º 8.213, art. 57).

⁹² PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 446.

⁹³ Necessário consignar a edição da Súmula Vinculante n.º 33, aprovada em 09 de abril de 2014, a qual dispõe: "Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica".

⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Súmula Vinculante 33**. Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1941>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

Marco Aurélio, e criaram a norma apenas para o caso concreto. Nessa época, não foi proposta qualquer discussão sobre a extensão dos efeitos da ação a qualquer cidadão interessado em receber a aludida aposentadoria. Pode-se compreender, com base na transcrição dos votos, que o Ministro Marco Aurélio decidiu estabelecer os limites de abrangência do julgamento para o caso concreto e de forma temporária. Veja-se:

Assento, por isso, a adequação da medida intentada. Passados mais de quinze anos da vigência da Carta, permanece-se com o direito latente, sem ter-se base para o exercício. Cumpre, então, acolher o pedido formulado, pacífica a situação da impetrante. Cabe ao Supremo, porque autorizado pela Carta da República a fazê-lo estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente⁹⁵.

Dessa forma, compreende-se que o STF entendeu que, nos casos de aposentadoria especial, as decisões dos Mandados de Injunção seriam *inter partes* em caráter provisório. No entanto, houve diversas ações de MI impetradas sobre esse tema. Entre 2005 e 2013, por exemplo, dos 5.219 Mandados de Injunção que o STF recebeu, 4.892 referiam-se especificadamente à aposentadoria especial de servidores públicos, prevista no artigo 40, §4º, inciso III, da Constituição Federal⁹⁶.

Além disso, a evolução do entendimento da Corte Suprema trouxe à tona outros aspectos relevantes, principalmente nos pontos que se relacionam com o princípio da separação dos poderes. A viabilização do exercício dos direitos, das liberdades e das prerrogativas constitucionais somente poderia ocorrer por meio da criação, pelo Judiciário, de norma regulamentadora do preceito constitucional de eficácia limitada quando esta norma não tiver sido criada pelos Poderes responsáveis.

Diante disso, é possível concluir que o STF passou de um entendimento de impossibilidade total de criação de norma jurídica para viabilizar direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais, por considerar violação ao princípio da separação dos poderes, para um entendimento, que compatibilizou, a partir de 2007, o respeito

⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 721-7 Distrito Federal**. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 08, nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em: 12 set. 2014.

⁹⁶ SILVA, George Medeiros Inacio. **Aprovada súmula vinculante sobre aposentadoria especial de servidor público**. Jus Brasil. Disponível em: <<http://georgedireitodf.jusbrasil.com.br/noticias/119871267/aprovada-sumula-vinculante-sobre-aposentadoria-especial-de-servidor-publico>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

ao princípio em questão com a possibilidade de o Poder Judiciário atuar como criador de norma para solucionar casos de omissão.

Para melhor compreensão acerca desse tema, faz-se necessário transcrever trechos dos votos que demonstram o entendimento do STF de que o Poder Legislativo não tem o monopólio da atividade legislativa, da mesma forma que o Executivo não o tem quanto às funções administrativas e que o Judiciário não tem quanto à atividade de julgar. Observe-se, a seguir, o voto do Ministro Eros Grau no MI 712:

Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII, da Constituição função normativa, mas não legislativa. Explico-me. A classificação mais frequentemente adotada das funções estatais concerne aos ofícios e às autoridades que as exercem. Trata-se da classificação que se denomina orgânica ou institucional. Tais funções são, segundo ela, a legislativa, a executiva e a jurisprudencial. Se, porém, pretendermos classificá-las segundo o critério material, teremos: a função normativa, de produção das normas jurídicas, a função administrativa, de execução das normas jurídicas, e a função jurisdicional, de aplicação das normas jurídicas. [...] Daí que a função normativa compreende a função legislativa (enquanto produção de textos normativos), a função regimental e a função regulamentar. Quanto à regimental, não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário, visto incumbir-lhe também, e por imposição da Constituição, a de formular, supletivamente, nas hipóteses de concessão de mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada, não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário⁹⁷.

Como se pode perceber, para o Ministro, as funções estatais, que seriam a função normativa, a função administrativa e a função jurisdicional, são relacionadas a cada Poder pela Constituição Federal. Assim, a Carta Magna pode atribuir, como o fez, a função normativa ao Poder Judiciário, seja ao permitir que este elabore seus regimentos internos, seja quando possibilita a criação de norma regulamentadora nas ações de MI.

A classificação material das funções estatais permite que o Judiciário atue também de forma normativa, mas somente quando a Carta Magna autorizar. O princípio da separação dos poderes não seria uma fórmula fechada, de modo que a sua configuração em cada Estado dependeria apenas do que estivesse previsto nas Constituições. Dessa forma, apesar de a Constituição reconhecer e assegurar a separação dos poderes, tal princípio poderá ser atenuado sempre que a sua

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 712-8 Pará**. Voto do Ministro Eros Grau, p. 21-24, out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 20 set. 2014.

interpretação inflexível acarretar a violação de direitos e garantias contidos naquele mesmo diploma legal.

A flexibilização do princípio da separação dos poderes é observada ao longo da evolução do posicionamento adotado pelo STF no Julgamento dos Mandados de Injunção e na extensão de seus efeitos. Esse tipo de flexibilização é relevante para oportunizar um equilíbrio ao estado democrático, de modo que os poderes contribuam para o crescimento do Estado, sem se sobreporem uns aos outros.

Esse mesmo entendimento apresenta Marcelo Casseb Continentino:

No tempo histórico do Estado Constitucional, a fórmula de equilíbrio do sistema dos direitos, muito provavelmente, não se ajusta a tripartição estanque dos Poderes, mas, ao contrário, desenvolve-se em um equilíbrio dinâmico, no qual tenhamos uma Constituição efetiva, com respeito à soberania popular e aos direitos fundamentais⁹⁸.

O sistema de direitos é construído diariamente por meio da atuação das leis e dos direitos, o que deveria representar um equilíbrio. Com base no entendimento do doutrinador supracitado, pode-se afirmar que os direitos sociais não devem ser concedidos exclusivamente pelo Poder Legislativo.

Antes, existia apenas a manifestação do Legislativo para o desenvolvimento do sistema de direitos. Porém, na sociedade atual, é necessário que ocorra a concorrência das atividades jurisdicional, executiva e legislativa. Nesse sentido, o doutrinador afirma, ainda, que essa evolução: “no caso brasileiro, atinge seu ápice a partir do mandado de injunção, garantia constitucional a qual, sem dúvida alguma está a desafiar os limites do legítimo exercício da jurisdição constitucional”⁹⁹.

Complementando essa ideia, o Ministro Eros Grau menciona o seguinte:

Ademais, não há que falar em agressão à separação dos poderes, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda de um direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original¹⁰⁰.

⁹⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma Reflexão Histórica sobre o Mandado de Injunção e a Eficácia Subjetiva das Decisões. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93-94.

⁹⁹ Ibidem, p. 93-94.

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 712-8 Pará**. Voto do Ministro Eros Grau, p. 26, out. 2008. Disponível em:

A ideia do princípio da separação de poderes, traçada a partir do que está posto na Constituição Federal, justifica a atividade legislativa realizada no MI. A esse respeito, o Ministro Carlos Brito, que aceita a tese de que a formação da norma nas ações de MI é uma imposição constitucional, defende em seu voto (proferido no MI 670) que essa autorização, concedida pela Constituição ao Poder Judiciário, consiste em um mecanismo do sistema de freios e contrapesos, que visa controlar a omissão do Poder Legislativo.

[...] o Mandado de Injunção, seja o individual, seja o coletivo, e uma ação constitucional, mas uma ação que se inscreve no sistema de freios e contrapesos para favorecer, justamente, o Poder Judiciário. O Mandado de Injunção é um mecanismo extremamente prestigiador do Poder Judiciário, habilitando este Poder a, heterodoxamente embora, atuar ali nos flancos, ali no espaço vago deixado intencionalmente pelo Poder Legislativo. Por isso, diante do vácuo legislativo, diante dessa inércia legislativa, o Poder Judiciário fica autorizado a produzir uma norma individual¹⁰¹.

A percepção desse instrumento como sistema de freios e contrapesos é abordada também no voto do Ministro Gilmar Mendes, no MI 670. Ele defendeu que o controle judicial utilizando o MI atinge também as condutas omissas dos demais Poderes:

[...] tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade da omissão do Legislativo¹⁰².

Da análise dos votos colacionados, percebe-se uma consonância a respeito da necessidade de passar a compreender o MI como um instrumento concreto, que viabiliza os direitos sociais ameaçados pela falta de norma regulamentadora. Além disso, não houve discordância em relação à necessidade de preservar a vontade constitucional.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 20 set. 2014.

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo**. Voto do Ministro Carlos Brito, p. 131-132, out. 2008. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 14 set. 2014.

¹⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo**. Voto de Gilmar Mendes, p. 36, out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 14 set. 2014

Todos os Ministros consideraram possível a criação de norma nas ações de MI e a compreensão de que assim quis a Constituição Federal. Todos concordaram, também, que, ao decidir dessa forma, o STF não estaria agredindo o princípio da separação de poderes.

Neste item, discorreu-se, assim, acerca da evolução do pensamento do STF nas últimas décadas, do efeito e da extensão das decisões do MI e do modo como o Supremo enxergou o princípio da separação dos poderes do Estado nos julgamentos dessas ações. No tópico a seguir, será elucidado como o Tribunal compatibilizou sua decisão de atuar ou não atuar como legislador positivo.

2.2 O princípio da separação dos poderes e o mandado de injunção: possibilidade de atuação do Judiciário como legislador positivo

Até 2007 o STF tinha como certa a impossibilidade de atuar como legislador positivo nas ações de MI. Somente após as decisões dos MIs 670, 712 e 721, conforme demonstrado no tópico anterior, é que a posição da Suprema Corte sobre os efeitos desse *writ* e sobre o princípio da separação dos poderes foi modificada.

A função de regular os preceitos constitucionais foi entendida (logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988) como de alçada exclusiva dos poderes políticos: o Executivo e, principalmente, o Legislativo. A compreensão do STF sobre o princípio da separação de poderes era a de uma rígida divisão de atribuições entre os poderes do Estado. O exercício de uma função atípica era admitido, mas limites deviam ser observados. No caso do Poder Judiciário, por exemplo, o STF rechaçou a possibilidade deste Poder de exercer a função atípica de legislar, criando normas jurídicas, mesmo que no bojo das ações de MI. Isso pode ser explicado devido ao fato de a criação normativa envolver a tomada de decisões políticas, de modo que o exercício de funções políticas foi considerado absolutamente estranho ao Poder Judiciário, conforme o julgamento da questão de ordem do MI 107.

Somente a partir dos anos 90 essa visão foi sendo vagarosamente modificada. O Judiciário, em um Estado Social, caracterizado pelo gigantismo do Legislativo e do Executivo, deveria escolher, assim, entre duas possibilidades: permanecer fiel à concepção tradicional dos limites da função jurisdicional ou crescer na mesma medida dos demais Poderes.

Conforme demonstrado, em um primeiro momento, o Poder Judiciário preferiu não adentrar na função legiferante, de acordo com a Questão de Ordem no MI 107. A partir dessa configuração, o Judiciário brasileiro deixou as tarefas políticas às instancias tradicionalmente políticas (Executivo e Legislativo) e praticamente equiparou o instituto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁰³, fato esse que atrasou a utilização do MI a fim de tornar efetivos os direitos já postos na Constituição.

Percebe-se, assim, que a necessidade de proteger os direitos dos indivíduos e das coletividades sensibilizou o STF ao longo dos anos, o que impulsionou, paulatinamente, a Corte para uma postura mais ativa e política. Realmente, antes de 2007, o STF não admitia expressamente a possibilidade de criar normas jurídicas nas ações de MI. Foi somente naquele ano, mais precisamente no julgamento de três Mandados de Injunção que tratavam do direito de greve e de um Mandado que versava sobre aposentadoria especial dos servidores públicos, que esse quadro foi modificado. Nessas ações, o Tribunal superou a visão de que o Poder Judiciário não poderia exercer função política.

Deve-se levar em conta que essa mudança não ocorreu de forma drástica. Com o passar dos anos, a Corte Suprema abriu mão da rigidez do posicionamento inicial, dando início a uma postura diferente,, como ocorreu nas decisões dos MIs 283 e 232. Pretendia-se, então, dar efetividade às normas do §3º do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (direito à reparação econômica de pessoas prejudicadas por atos do Ministério da Aeronáutica na época do regime militar – MI 283), bem como do §7º do artigo 195 da Constituição de 1988 (direito à isenção de contribuição previdenciária para entidades beneficentes de assistência social – MI 232). Essas normas tinham eficácia limitada e natureza preceptiva, contendo todos os elementos necessários à sua imediata incidência, diferindo apenas por condicionamento formal imposto pelo Constituinte¹⁰⁴.

Deve-se ter em mente que, embora o Judiciário nessas situações não tenha criado a regra jurídica a ser aplicada ao caso concreto, houve, de certa forma, uma intervenção judicial na área política quando a mora do Legislativo foi fixada. Esses julgamentos terminaram por assentar a posição de que o princípio da separação de

¹⁰³ RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 243.

poderes não se caracteriza por uma distribuição rígida e estanque das funções estatais. Bonavides, por exemplo, explica que, apesar da sua previsão constitucional, o princípio decaiu de vigor e prestígio, tornando-se “incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”¹⁰⁵. A própria Constituição Federal relativiza esse princípio ao trazer as possibilidades de invasão das atribuições de um Poder pelo outro.

Alguns exemplos disso são: o veto do Executivo sobre as leis produzidas pelo Parlamento (artigo 66, §1º, da Constituição Federal de 1988), a rejeição do Legislativo quanto ao veto do Executivo (artigo 66, §4º, da Constituição Federal de 1988) e o julgamento do Legislativo no processo de *impeachment* do Presidente (artigo 86 da Constituição Federal de 1988).

Seguindo esse entendimento, o STF passou a defender, a partir de 2007, pelo menos no espaço das ações de MI, que o princípio da separação de poderes não detém a rigidez imaginada por Montesquieu, sendo possível que um Poder exerça funções classicamente associadas aos demais. Foi o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no MI 670 que sugeriu essa concepção. O Relator desse MI, Ministro Maurício Corrêa, proferiu seu voto no ano de 2003, defendendo a aplicação do entendimento da Corte vigente na época. Em 2007, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo e proferiu seu voto pugnando pela mudança de entendimento do Tribunal. Nesse momento, a maioria da Corte aderiu à motivação proposta no voto-vista, inclusive quanto à possibilidade de o Poder Judiciário atuar politicamente em um Estado Social.

Nesse sentido, Cappelletti entende que:

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, frequentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente atribuídos ao indivíduo. Exigem ele, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programais sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas. [...] É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 157-158.

juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes¹⁰⁶.

É possível concluir que o Judiciário pode e deve exercer atividades políticas, pois, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, esse Poder teve de assumir uma postura ativa para garantir a concretização dos direitos que os poderes competentes (Executivo e Legislativo) não implementaram. A Corte Constitucional passou a defender, então, que a expansão dos ramos políticos de forma permanente, com vistas a implementar os direitos sociais, caminha junto com o ato da responsabilidade e da área de atuação do Poder Judiciário. Assim, nesse caso, que envolve uma omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, os quais deixam de criar normas que viabilizam o exercício de direitos constitucionais, o STF percebe como uma hipótese passível a atuação política do Judiciário.

Dessa forma, compreende-se que o STF considerou que a criação de normas jurídicas no bojo das ações de MI não viola o princípio da separação dos poderes, mas reflete o aumento de atribuições do Judiciário, decorrente do crescimento das obrigações trazidas pela Constituição Federal (isto é, efetivação dos direitos).

Torna-se evidente, dessa forma, que a vontade da Constituição é essa, já que, frente à omissão dos poderes políticos para fruição dos direitos constitucionais, fica autorizado pela própria Carta Magna o Mi, atribuindo-o justamente ao Poder Judiciário, conforme artigo 5, LXXII, da Constituição Federal de 1988¹⁰⁷. Sobre o tema, Celso Fernandes Campilongo afirma que:

O aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos atores no jogo dos interesses jurídicos vão desencadear a perda de legitimidade das instituições tradicionais e a articulação de novos canais de consenso social. É exatamente num contexto marcado por essa mobilidade inconstitucional e em resposta a essas exigências que emergem os movimentos de juízes questionadores da eficácia do modelo liberal¹⁰⁸.

¹⁰⁶ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 41-42.

¹⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília: Câmara dos deputados, 2012. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo no 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. Disponível em: <file:///C:/Users/gateway/Desktop/constituicao_federal_35ed.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.

¹⁰⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a Democracia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 116-125, 1994. p. 117.

Vê-se que o modelo de separação de poderes, em sua forma rígida, deve ser superado no Estado Social, pois só assim é possível garantir a fruição dos direitos previstos na Constituição da República. Esse necessário rearranjo dos poderes faz com que o Judiciário adquira um espaço capaz de promover a efetivação desses direitos, que aguardam sua efetivação há mais de 20 anos.

Os juízes e tribunais, antes submetidos a uma legislação restrita, preocupada em assegurar a liberdade do indivíduo, passam a submeter-se a uma legislação vastíssima e caracterizada por uma estrutura normativa teleológica que deságua em uma hermenêutica de legitimação de aspirações sociais¹⁰⁹. Tendo isso em vista, o STF passou a compreender o princípio da separação dos poderes de forma fluida. A ideia de divisão das funções estatais entre três órgãos foi mantida, assim como a previsão de um sistema de freios e contrapesos. A Corte Constitucional, todavia, passou a admitir uma maior liberdade quanto à atribuição dessas funções. Na perspectiva do STF, o exercício de uma função típica de um Poder por outro pode ser visto como uma delegação aceitável quando instituída pela Constituição, que é a lei maior de um país.

Diante disso, o Supremo concluiu que, se a Constituição autoriza a criação normativa pelo Poder Judiciário nas ações de MI, é porque o constituinte quis estabelecer o princípio da separação dos poderes no Brasil dotado desta característica. Esse fenômeno ocorreu pois a Corte Constitucional compreendia o referido princípio, no ano de 1989, de forma mais rígida e, com o passar dos anos, passou a compreendê-lo como uma divisão de funções atribuídas aos poderes estatais com maior grau de fluidez, conforme a vontade do constituinte e as exigências do Estado de Bem-estar Social.

A Suprema Corte entendeu, assim, que a criação de normas jurídicas nas ações de MI não feria o princípio da separação dos poderes. Ao contrário, esse tipo de atuação política do Poder Judiciário compatibilizar-se-ia com o referido princípio, integrando o desenho que a Constituição quis lhe dar.

Deve-se atentar, no entanto, para o fato de que esse contexto não autoriza o Poder Judiciário a exercer a função legislativa típica, já que essa legitimidade atinge apenas o MI. É preciso ter em mente, ainda, que a mudança de entendimento da Corte foi paulatina, conforme amadurecia também a Carta de Direitos Brasileira.

¹⁰⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a Democracia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 116-125, 1994. p. 124.

Quando do julgamento da Questão de Ordem no MI 107, com decisão unânime, o STF era composto, em sua maioria, de Ministros nomeados durante a ditadura¹¹⁰. Por isso, talvez, o STF tenha adotado uma postura de não interferência.

A maioria dos Ministros que integrava o Tribunal em 1989 tinha assumido sua função no Regime anterior, e por isso não existia a prática do ativismo judicial. Cappelletti aborda a temática afirmando que a magistratura é uma categoria pouco revolucionária, especialmente a dos tribunais superiores, já que os juízes tendem a ser conservadores, quietos e respeitosos¹¹¹.

No ano de 2007, o fenômeno da judicialização já estava mais presente no país. O Brasil contava com terreno fértil para o florescimento desse fenômeno, cuja concretização dependia apenas da vontade dos juízes, o que se configurou no STF nos julgamentos dos Mandados de Injunção 670, 708, 712 e 721, época em que a Corte contava com novos membros (se comparada ao julgamento da Questão de Ordem no MI 107).

Esse exercício de uma atribuição eminentemente política, que é associada a outro poder do Estado, entretanto, não significa uma violação do princípio da separação de poderes. Ao contrário, pode-se afirmar que essa assunção de função política pelo Judiciário integra os contornos que a Constituição Federal quis dar ao referido princípio. O constituinte quis que o Judiciário desse concreção aos direitos e às liberdades constitucionais, regulamentando-os quando, instado a tal, constatar a inércia legislativa.

O Poder Judiciário é o destino dos conflitos não resolvidos encontrados no meio social, o que se acentua na busca de realização dos direitos fundamentais, mormente de seu órgão de cúpula, atuante na chamada jurisdição constitucional. Assim, “[...] o respeito absoluto à separação de poderes, como fora concebido no século XVIII, não é mais condizente com as práticas atuais, principalmente, no caso de se adotar o neoconstitucionalismo, que aposta na atuação da jurisdição

¹¹⁰ Ministros integrantes do STF na época do julgamento da Questão de Ordem do MI 107: Moreira Alves (ingresso no STF em 1975), Neri da Silveira (ingresso no STF em 1981), Aldir Passarinho (ingresso no STF em 1982), Francisco Rezek (ingresso no STF em 1983), Sydney Sanches (ingresso no STF em 1984), Octavio Galloti (ingresso no STF em 1984), Carlos Madeira (ingresso no STF em 1985), Célio Borja (ingresso no STF em 1986), Paulo Brossard (ingresso no STF em 1989), Sepúlveda Pertence (ingresso no STF em 1989) e Celso de Mello (ingresso no STF em 1989). Fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Linha Sucessória dos Ministros**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_ago_2014.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹¹¹ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 34-35.

constitucional”¹¹². Além disso, “é importante afirmar que a separação das funções estatais não é tão rígida num Estado Democrático de Direito: os poderes exercem controle recíproco uns sobre os outros, num sistema de freios e contrapesos”¹¹³.

Ainda que não se esteja diante de atividade legislativa propriamente dita, tanto sob o prisma formal quanto sob o prisma material, não há como negar que a atuação do Poder Judiciário em sede de MI afasta-se do padrão clássico de solução de litígios por meio da aplicação do direito posto, na medida em que, para a colmatação da lacuna da legislação, exige-se dose de criatividade bem maior do que aquela pressuposta em toda e qualquer decisão judicial¹¹⁴.

Ademais, trata-se “de postura puramente residual, em que não se tomaria em definitivo o espaço do legislador, pois, tão logo editada a norma, a superfície ocupada pela decisão judicial perderia sua eficácia”.¹¹⁵ A atividade resumir-se-ia a resolver uma situação particular determinada por tempo limitado, de modo que não haveria ofensa ao princípio da separação de poderes¹¹⁶.

Esse não pode, de fato, ser visto como uma divisão rigorosa de atribuições entre as esferas de funções estatais. O próprio sistema de freios e contrapesos afasta tal premissa, uma vez que estabelece intromissões de um poder em outro em nome do controle. Evita-se, desse modo, o abuso do poder, reafirmando-se o Estado de Direito.

Ressalta-se, contudo, que a separação de poderes é uma conquista e não pode ser menosprezada, ainda mais porque a busca de uma solução para os problemas sociais não justifica o atropelamento das bases de equilíbrio do sistema. A evolução da própria concepção de Estado, por sua vez, interfere nos mecanismos de controle e, por conseguinte, no que se entende por princípio da separação dos poderes.

Nessa mesma linha, encontra-se o entendimento de Juliano Zaiden Benvindo:

¹¹² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O Novo aproveitamento do Mandado de Injunção. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 15, n. 60 p. 82-93, jul./set, 2007. p. 85.

¹¹³ LAGE, Livia Regina Savernini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação de poderes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 184, p. 163-194, jun. 2010. p. 180.

¹¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 253.

¹¹⁵ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (falsos) dogmas. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006. p. 137.

¹¹⁶ Ibidem, p. 137.

nossa cultura constitucional parece ter avançado mais nesse caminhar de itinerários diversos que se cruzam. É que aqui se naturalizou o discurso de que é salutar para o nosso desenvolvimento democrático e, especialmente, de defesa dos direitos fundamentais que o Poder Judiciário, em geral, e o STF, em particular, exerça esse papel de “Guardião da Constituição”, mesmo que, para tanto, tenha de criar normas gerais e abstratas para o futuro, em um nítido exercício do juízo de justificação. O mandado de injunção, com a nova interpretação que o STF lhe proporcionou, é um exemplo dessa construção. No entanto, trata-se de um instrumento típico do controle concreto de constitucionalidade, na medida em que tem como referência um determinado caso, serve para garantir direitos e liberdades constitucionais do caso e, portanto, torna-se um mecanismo ideal para a conformação de um ativismo judicial adequado aos anseios de nossa democracia. [...] Por isso, espera-se que o debate sobre o mandado de injunção, relevante instrumento de nossa cultura constitucional, abra-se às verdadeiras potencialidades que lhe são próprias: a defesa dos direitos e liberdades [...] É essa a intervenção do Poder Judiciário que se almeja: efetivar direitos¹¹⁷.

Percebe-se, destarte, que o autor defende que o instituto do MI não seja desvirtuado e permaneça mantendo sua função principal, que consiste na defesa dos direitos e das liberdades já postos na Constituição Federal. É necessário, portanto, atentar para a não desvirtuação do MI de sua vocação natural, que é servir de instrumento de concreção ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais¹¹⁸.

Além disso, o estado brasileiro elenca uma série de direitos na Constituição e se propõe a implementá-los. Ao falhar nessa missão, os cidadãos veem-se desprotegidos, impossibilitados de gozar dos direitos que dependem de uma prestação positiva estatal. Nesse contexto, o Judiciário acaba surgindo para os cidadãos como a única via capaz de trazer a efetivação de direitos já expressos na Constituição de 1988.

Uma Constituição como a do Brasil, que pretende regular amplos setores da vida em sociedade, não pode prescindir da intensa participação do legislador. São muitas as normas de eficácia limitadas à espera da positivação dos demais componentes normativos indispensáveis à produção de seus efeitos. Para o constituinte, ficou claro que o conceito de inconstitucionalidade não se define apenas pelo fato de agir em desacordo com a Constituição; o não agir pode agredi-la tanto quanto uma ação inconstitucional.

¹¹⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 277.

¹¹⁸ Ibidem, p. 277.

As normas constitucionais podem ser violadas com a mesma intensidade também pela omissão, ou seja, pelo ato de deixar de fazer o que se estava obrigado a realizar. Como visto, a omissão do legislador é considerada inconstitucional quando a não atuação do Parlamento impede a eficácia da norma constitucional. Assim como a Constituição não tolera que se contrariem seus comandos, pois isso significa a produção de um efeito não desejado, do mesmo modo ela não tolera que não se cumpram suas ordens e projetos porque o resultado pode ser idêntico. Pode-se afirmar, então, que, da mesma forma como é necessário retirar do ordenamento a norma que é contrária ou contraditória à Carta da República, também é preciso retirar do ordenamento o silêncio.

CONCLUSÃO

De acordo com o presente trabalho, conclui-se que a evolução dos efeitos da sentença de Mandado de Injunção (MI), principalmente, com a posição concretista, não fere o princípio da separação de poderes, uma vez que esse conceito é abrandado para que se faça cumprir os direitos constantes na Constituição Federal de 1988.

Da leitura dos votos dos ministros, pode-se inferir que, desde o ano de 1989, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o MI é autoaplicável e que é uma ação por meio da qual o Judiciário reconhece a mora do Legislativo para criar norma que viabilize direitos e liberdades ou prerrogativas constitucionais. Inicialmente, a Corte Suprema rejeitou a possibilidade de editar norma. Percebe-se, portanto, que naquela época (1989), o princípio de separação dos poderes possuía um conceito estanque e rígido. Ao Poder Judiciário cabia apenas a posição de julgar, de modo que o exercício de funções atípicas só poderia ser exercido se autorizado expressamente pela Constituição Federal.

Tal entendimento só foi modificado no ano de 2007, quando a Corte entendeu o MI como uma ação constitucional que, após constatada a ausência de norma reguladora de preceito constitucional, deveria criar norma ao caso concreto ou a todos os casos similares, possibilitando a fruição dos direitos previstos na Magna Carta. Junto com esse entendimento, o STF concluiu que o princípio de separação dos poderes não é uma divisão rígida de funções. A maior instância do Poder Judiciário considerou, então, que, em um Estado Social, o Judiciário deve exercer funções de natureza política para efetivar os direitos já consagrados na Constituição Federal.

Dessa forma, o Poder Judiciário, por meio da Corte Constitucional, começou a fazer parte do movimento de expansão das funções do Judiciário, sentenciando de forma concretista nas ações de MI, ou seja, a Corte passou a determinar como a parte interessada do *writ* (ou qualquer pessoa interessada) passaria a usufruir do direito. Diante disso, embora o Judiciário não seja o poder mais adequado para implantar direitos para os cidadãos, ele se torna a única via possível, já que o Executivo e o Legislativo falham na missão de garantir os direitos sociais.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Armadilhas Constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 281-299.
- BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Efetiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255-280.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRANDÃO, Rodrigo. Judicialização da Política: teorias, condição e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão de 7 de ago. 1997, DJ, 31 out. 1997.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília: Câmara dos deputados, 2012. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo no 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. Disponível em: <file:///C:/Users/gateway/Desktop/constituicao_federal_35ed.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6128/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192>>. Acesso em: 01 nov. 2014.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a Democracia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 116-125, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A constituição dirigente e a vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 28, p. 161-179, jun. 2007.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma Reflexão Histórica sobre o Mandado de Injunção e a Eficácia Subjetiva das Decisões. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57-94.

CORRÊA, Karine Lyra. **O princípio da Separação dos Poderes e os efeitos do mandado de injunção: a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal**. 2011. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema de separação de poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 241-258, jan./mar. 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. In: BIBLIOTECA virtual de direitos humanos. São Paulo: USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 19 set. 2014.

HAGE, Jorge. O PL que Regulamenta o Mandado de Injunção: uma iniciativa mais que oportuna. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141-151.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação de poderes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 184, p. 163-194, jun. 2010.

LIMA, Newton de Oliveira. **Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP, 2009.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção coletivo: viabilidade frente aos (*falsos*) dogmas. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 7, n. 36, p. 119-156, mar./abr. 2006.

MENDES, Gilmar. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 16-44.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocencio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O Novo aproveitamento do Mandado de Injunção. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 15, n. 60 p. 82-93, jul./set, 2007.

NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle difuso de constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review**. Porto Alegre: Nuris Fabris Ed., 2013.

OMMATI, Fides. Dos Freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 14, n. 55, jul./set. 1977.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 441-460.

RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 230-244.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O Mandado de Injunção Finalmente Terá sua Lei. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUSSOMANO, Rosah. **O princípio do Federalismo na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, George Medeiros Inacio. **Aprovada súmula vinculante sobre aposentadoria especial de servidor público**. Jus Brasil. Disponível em: <<http://georgedireitodf.jusbrasil.com.br/noticias/119871267/aprovada-sumula-vinculante-sobre-aposentadoria-especial-de-servidor-publico>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (Checks and Balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 98 Mato Grosso**. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266193>>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. **Linha Sucessória dos Ministros**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/inha_sucessoria_tabela_atual_ago_2014.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal**. Voto do Ministro Celso de Mello, ago. 1991. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MI_107_DF_1278763884338.pdf?Signature=AF46Hs1w2O%2FTrVF4bjf6WtvZ1h8%3D&Expires=1415621526&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd74247e4e032d2090d2b901d517e180>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. **Mandado de Injunção 107-3 Distrito Federal**. Voto do Ministro Moreira Alves. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MI_107_DF_1278763884338.pdf?Signature=AF46Hs1w2O%2FTrVF4bjf6WtvZ1h8%3D&Expires=1415621526&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cd74247e4e032d2090d2b901d517e180>. Acesso em: 12 set. 2014.

_____. **Mandado de Injunção 232 Rio de Janeiro**. (Relator Moreira Alves, data de julgamento 02 ago. 1991, órgão julgador Tribunal Pleno, data de publicação DJ 27 mar. 1992 publicação PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751779/mandado-de-injuncao-mi-232-rj>>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. **Mandado de Injunção 232-1 Rio de Janeiro**. Voto do Ministro Carlos Velloso, mar. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 13 set. 2014.

_____. **Mandado de Injunção 232-1 Rio de Janeiro**. Voto do Ministro Marco Aurélio, mar. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 13 set. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Mandado de Injunção 283 Distrito Federal**. (Relator Sepúlveda Pertence, data de julgamento 20 mar. 1991, órgão julgador Tribunal Pleno, data de publicação: DJ 14 nov. 1991, publicação PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882).

_____. **Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo**. Voto do Ministro Gilmar Mendes, out. 2010. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>.
Acesso em: 18 set. 2014.

_____. **Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo**. Voto do Ministro Celso de Mello, out. 2010. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>.
Acesso em: 18 set. 2014.

_____. **Mandado de Injunção 712-8 Pará**. Voto do Ministro Eros Grau, out. 2008. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>.
Acesso em: 20 set. 2014.

_____. **Mandado de Injunção 721-7 Distrito Federal**. Voto do Ministro Marco Aurélio, nov. 2007. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>.
Acesso em: 12 set. 2014.

_____. **Súmula Vinculante 33**. Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1941>>.
Acesso em: 01 nov. 2014.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.