

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

MAGNO FEDERICI GOMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Magno Federici Gomes; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-350-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

O III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado nos dias 23 a 28 de junho de 2021, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica, mesmo durante o isolamento social. Teve como tema geral: SAÚDE: SEGURANÇA HUMANA E DEMOCRACIA.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação *stricto sensu* no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II, realizado em 24 de junho de 2021, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos vinte e um trabalhos, efetivamente debatidos, a partir dos seguintes eixos temáticos: DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA e, por fim, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

No primeiro bloco, denominado DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, iniciaram-se os trabalhos com AS RETOMADAS DEMOCRÁTICAS SEGUIDAS DE AUTORITARISMO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES NO ÚLTIMO SÉCULO: INCURSÕES SOBRE OS DIREITOS PREVISTOS E SUPRIMIDOS NAS CONSTITUIÇÕES DE 1946, 1967 E 1988; o CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: RELAÇÃO SIMBIÓTICA DE FORTALECIMENTO; O ESTADO DE JUSTIÇA SOCIAL E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO e ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NAS CÂMARAS MUNICIPAIS: UM ESTUDO NOS MUNICÍPIOS QUE INTEGRAM A 244ª ZONA ELEITORAL DE MINAS GERAIS. Após, debateu-se sobre ESTADO, RESPONSABILIDADE E DEMOCRACIA: DO AMBIENTAL AO ECOLÓGICO, bem como sobre CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO ORDOLIBERAL E OS MOVIMENTOS SOCIAIS AMBIENTAIS: INTERDEPENDÊNCIAS E REPERCUSSÕES DECORRENTES DA ADOÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO CONSTITUCIONAL ORDOLIBERAL, para fechar com O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DAS DESIGUALDADES: FRENTE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL ESTRUTURAL.

No segundo eixo, chamado CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA, apresentaram-se seis artigos científicos, iniciando-se por DIREITO CONSTITUCIONAL E O INCENTIVO FISCAL NO ESTADO DO AMAZONAS-AM. Depois, discutiu-se O PODER EXECUTIVO NA CRISE. UM ESTUDO SOBRE O USO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS; MEDIDAS PROVISÓRIAS DURANTE A CRISE SANITÁRIA COVID-19 NO MARANHÃO - USO COMO ESTRATÉGIA LEGISLATIVA NA ESFERA ESTADUAL EM SITUAÇÕES DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA (2020-2021); SUPREMA CORTE DOS EUA E A PANDEMIA DE COVID-19 UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA; O FEDERALISMO DE DESCOORDENAÇÃO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 E A ADI 6341; e, FRAGMENTOS E A INSTRUMENTALIDADE JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL EM MEIO AOS DESAFIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

No derradeiro bloco, intitulado JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, os trabalhos apresentados e debatidos foram: ANÁLISE DA PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIÁRIO NO BRASIL, A PARTIR DAS GARANTIAS DA DEMOCRACIA, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; ATIVISMO JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NA FRONTEIRA DA JURISDIÇÃO; ATIVISMO JUDICIAL NÃO É CAUSA DE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA E SIM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL COM RISCO A SEGURANÇA JURÍDICA; O COSTUME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO ELEMENTO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; O EFEITO VINCULANTE NA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO; MODULAÇÃO DE EFEITOS REALIZADO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE PROTEGE DIREITOS FUNDAMENTAIS?; e, finalmente, O MANDADO DE INJUNÇÃO E A TRÍPLICE DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER ESTATAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à Constituição, Teoria Constitucional e Democracia, a partir de um paradigma de

sustentabilidade, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com a Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 05 de julho de 2021.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Coordenador e Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magno.gomes@academico.domhelder.edu.br

Professor Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Docente titular do PPGD da Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

paulorbr@uol.com.br

Professora Dra. Samantha Ribeiro Meyer

Docente titular do PPGD da Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

samanthameyer@uol.com.br

O MANDADO DE INJUNÇÃO E A TRÍPLICE DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER ESTATAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

THE ORDER OF INJUNCTION AND THE TRIPLE FUNCTIONAL DIVISION OF STATE POWER IN THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL

**Flávia Baracho Lotti Campos de Souza
Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes**

Resumo

A repartição de funções do Estado constitui um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, todas independentes e harmônicas entre si. Na ausência de normas regulamentadoras, o mandado de injunção é instrumento judicial capaz de viabilizar o exercício de um direito fundamental, suprindo omissão legislativa, sem que implique em invasão de competência, desenfreado ativismo judicial, desde que observadas as regras da Lei n.º 13.300/16. Assim, buscar-se-á, a partir de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo, demonstrar que o mandado de injunção pode ser utilizado na efetivação de direitos, sem se imiscuir na função legislativa de forma abrupta e desenfreada.

Palavras-chave: Separação de poderes, Funções, Ativismo judicial, Competência legislativa, Mandado de injunção

Abstract/Resumen/Résumé

The allocation of State functions is a fundamental principle of the Federative Republic of Brazil, all independent and harmonious with each other. In the absence of regulatory norms, injunction order is a judicial instrument capable of enabling exercise of a fundamental right, suppressing legislative omission, without implying an invasion of competence, rampant judicial activism, provided that the rules of Act n.º 13.300/16. Thus, it will be sought, from a bibliographic search, using the deductive method, to demonstrate that injunction order can be used in the enforcement of rights, without interfering in the legislative function in an abrupt and unrestrained manner.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers, Functions, Judicial activism, Legislative competence, Injunction order

1 INTRODUÇÃO

Dentre os princípios fundamentais ou estruturantes da República Federativa do Brasil, o art. 2º da Constituição da República de 1988 consagra o princípio da separação de poderes. Ele consiste basicamente na divisão ou repartição das funções estruturantes do Estado entre os diferentes órgãos do Poder.

Usualmente, trata-se dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Todavia, a despeito da terminologia adotada, não se trata de Poderes, mas de diferentes funções exercidas pelo Estado, já que único e indivisível é o poder estatal.

Segundo o texto constitucional, as funções legislativas, administrativas e jurisdicionais são, em tese, independentes e harmônicas entre si, constituindo o chamado sistema de freios e contrapesos. Independentes porque não se subordinam a nenhum outro órgão funcional, atuando segundo a parcela de sua competência, sem qualquer ingerência dos demais órgãos; e harmônicas, porque cada qual respeita as atribuições dos outros (NOVELINO, 2019).

Contudo, diante da baixa credibilidade dos membros do legislativo, das omissões e morosidade do processo legislativo, abriu-se espaço para que os órgãos jurisdicionais, a partir do critério hermenêutico, garantisse a efetivação e a aplicabilidade dos direitos previstos no ordenamento jurídico. O Judiciário deixa de aplicar a lei posta e delimitada para, provocado, garantir o exercício do direito, utilizando-se da analogia aos casos não abarcados pelo texto normativo.

O ativismo judicial é um dos resultados dessa omissão legislativa. É certo que o Poder Judiciário pode ser demandado de diversas formas e por vários meios. No entanto, há um instrumento jurídico especificamente utilizado e consagrado constitucionalmente como aquele capaz de suprimir a omissão legislativa que obstaculiza o exercício de um direito fundamental.

Trata-se do mandado de injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI da CR/88, que deverá ser concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988).

Assim, a partir do mandado de injunção é possível que o Judiciário supra a omissão legislativa, aplicando analogicamente ao caso concreto a legislação que entende correta, até ulterior produção legislativa, resguardando o direito das partes.

Todavia, não estaria o Judiciário ingerindo-se na esfera de competência do Legislativo e violando a tripartição de funções? Como é possível frear a postura intervencionista do Judiciário e evitar o desequilíbrio na divisão funcional do Estado, sem que se deixe de resguardar os interesses das partes? O mandado de injunção, como instrumento típico de supressão das omissões legislativas, pode ser utilizado como meio de controle da ineficiência legislativa, sem que interfira demasiadamente na função típica do Legislativo?

Assim, sem pretender esvaziar o assunto, este artigo tem como objetivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo, demonstrar que o mandado de injunção pode ser utilizado como instrumento de efetivação de direitos, sem imiscuir-se na função legislativa de forma abrupta e desenfreada.

Para tanto, buscar-se-á, por meio deste artigo, discorrer sobre as funções estatais; o conceito de ativismo judicial e sua evolução histórica; bem como descrever sobre o mandado de injunção e sua aplicação na efetivação dos direitos fundamentais não regulamentados, para, ao final, concluir por sua utilização moderada, de forma a evitar o ativismo judicial exacerbado e o desequilíbrio da divisão tripartite das funções estatais.

2 DA EQUIVOCADA EXPRESSÃO “SEPARAÇÃO DE PODERES”

A palavra ‘poder’ dentro da chamada organização do Estado pode ter várias acepções. Pode ser compreendida como soberania – soberania popular; como órgão – tripartição de poder; ou como função – função legiferante, administrativa ou judicante.

Usualmente é empregada na segunda acepção, dividindo os órgãos do Estado em três Poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Todavia, o Poder, além de fenômeno social e bilateral (correlação entre duas ou mais partes), possui como característica fundamental a indivisibilidade, segundo a qual sua concepção não pode ser fracionada (CUNHA JÚNIOR, 2010).

Logo, o que ocorre, propriamente dito, não é uma separação do poder, mas uma divisão funcional entre três órgãos distintos e independentes.

Inclusive, José Alfredo Baracho pontua que não há na obra O Espírito das Leis de Montesquieu qualquer menção à expressão separação de poderes, tão empregada e difundida pela doutrina.

A expressão separação de poderes não foi empregada uma vez sequer por Montesquieu, nem entendeu que os órgãos investidos das três funções do Estado seriam representantes do soberano, investidos de uma parte de soberania absolutamente. Não está em Montesquieu qualquer explicação que leva ao

entendimento de que uma teoria da separação de poderes implicava em separação absoluta dos órgãos que exercem a função executiva e legislativa. Entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração. Explicando o que se passava na Inglaterra, esclarecia que o Executivo participava na Legislação, sendo que o Legislativo exerce um controle contínuo sobre o Executivo e que aquele sistema repousa em uma colaboração constante e íntima dos poderes. (BARACHO, 1982, p. 108).

Assim, não é possível conceber um Estado em que coexistam diversas esferas de Poder, sob o risco de afrontar os princípios da soberania una e indivisível. O Poder se apresenta em diversas fórmulas e estas em diversas fases, porém, todas almejam um único objetivo, "assegurar dentro do Estado a supremacia de uma vontade dominante, que é única e indissolúvel". (BARACHO, 1982, p. 112).

Então, apesar do constituinte originário em 1988 ter nomeado no texto constitucional cada órgão do Estado como um Poder, melhor seria ter utilizado a palavra função.

2.1 Divisão de funções na história da humanidade

O princípio da separação de poderes ou de funções, terminologia mais bem empregada como tratado, foi consagrado por Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis* (1748). Contudo, não foi o primeiro a questionar a necessidade de uma divisão funcional do Estado.

Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.) idealizou a necessidade de uma separação entre as funções do Estado para que um governo fosse eficaz, de forma que cada esfera possuísse atribuições específicas diante da sociedade:

Há em todo o governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos. Uma das três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas, e aqui é preciso determinar quais as que devem criar, qual deve ser a autoridade especial, e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça. (ARISTÓTELES, 1995, p. 221).

John Locke, em sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo* (1690), atento ao perigo do desvio de finalidade governamental que ocorreria caso um só órgão detivesse as funções de legislar e executar, concebeu a divisão das funções entre o Executivo, o Legislativo (Poder supremo) e o Federativo (LOCKE, 2009).

Poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las, isentando-se de obediência às leis que fazem, e com a possibilidade de amoldar a lei, não só na sua elaboração como na sua execução, a favor de si mesmos, tornando-se uma classe com interesse distinto dos demais, divergente da finalidade da sociedade e do governo. (LOCKE, 2009, p. 98).

Em sua concepção, o Legislativo era competente para determinar o melhor para a preservação da sociedade e de seus membros. Confiava-se a diversas pessoas a função de deliberar sobre os assuntos da cidade, sendo que, concluídas suas obrigações, deveriam se separar e se sujeitar às leis que foram elaboradas. Por sua vez, o Executivo, de forma contínua, assegurava a execução das leis produzidas por todo o seu período de vigência. Por fim, à função Federativa competia tratar de todos os assuntos relativos às pessoas e às comunidades externas à comunidade civil.

Ainda que as funções legislativas e executivas não devam se concentrar em um só órgão, dificilmente coexistiriam separadas e conferidas a indivíduos diversos. Nessa toada, observa-se que para o filósofo deveria ocorrer uma bidivisão do Poder.

Ambos exigem a força da sociedade para seu exercício, e é quase impraticável colocar-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, ou seja, os poderes executivo e federativo em pessoas que poderiam divergir, levando com isso a força da sociedade a ficar sob comandos diferentes, o que, em muitos casos, poderia ocasionar desordens e desastres. (LOCKE, 2009, p. 99-100).

Somente em 1748, Montesquieu, com o intento de garantir a liberdade social, consagrou de forma sistemática o princípio da divisão de Poderes, de modo que "o poder detenha o poder" (MONTESQUIEU, 2010, p.168).

Para assegurar o equilíbrio do Poder Estatal, ele deveria ser dividido entre Legislativo, Executivo e Judiciário, uma vez que "os príncipes que quiseram tornar-se despótico sempre começaram reunindo em sua pessoa todas as Magistraturas [...]". (MONTESQUIEU, 2010, p. 170).

Ao Judiciário, conferiu-se a atribuição de julgar, devendo ser exercido por cidadãos comuns, que somente permaneceriam unidos enquanto necessário. Depois, seriam desmembrados, para que não se confundisse a figura do magistrado com a da magistratura.

Ao Legislativo, atribuiu-se a função de criar, corrigir e anular as leis, subdividindo-se em câmara alta e câmara baixa. Ambas teriam a capacidade de frear reciprocamente suas iniciativas, ressaltando os assuntos de maior interesse do corpo de nobres, que não poderiam

ser decididas ou deliberadas pela câmara baixa, a quem competiria apenas impedir a iniciativa da legislação.

A câmara baixa deveria ser conferida ao povo em sua totalidade. Contudo, prevendo sua impossibilidade, deveria ser composta por representantes escolhidos dentre a população.

Quanto à câmara alta, afirmou que em cada Estado existem pessoas eminentes por nascimento, riquezas ou honras, que devem possuir seu próprio corpo legislador hereditário. Isso porque ao confundir seus interesses com os do povo, perderiam o empenho em defender a liberdade, pois grande parte das resoluções tomadas seriam contra ela.

Por fim, conferiu-se ao monarca a função executiva, sendo responsável pela administração estatal e questões relativas a Estados Estrangeiros, as quais são desempenhadas com maior eficácia individualmente.

No que concerne à concentração de funções em um só órgão, propôs um mecanismo de intervenções recíprocas no intuito de assegurar um equilíbrio constitucional, sendo que "esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados a ir em frente, serão forçados a caminhar de concerto" (MONTESQUIEU, 2010, p. 176).

Devido a sua concepção mecanicista, não acreditava ser necessário um controle do Poder Judiciário, porém, às demais Funções, atribuiu duas faculdades distintas. A de estatuir, criar, corrigir ou anular atos do outro órgão.

Chamo faculdade de estatuir o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo de faculdade de impedir o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro, o que constitui o poder dos tribunos de Roma. (MONTESQUIEU, 2010, p. 172).

Kant, em sua obra *A Metafísica dos Costumes* (1785), ao discorrer sobre o Direito Público, concebeu que a tripartição de poderes é inerente a todo Estado, sendo a vontade de um todo decomposta em três esferas distintas.

O poder soberano (soberania) na pessoa do legislador; o poder executivo na pessoa do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário (para outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei) na pessoa do juiz (potestas legislativa, rectoria et iudiciaria). (KANT, 2008, p.155).

No que tange à relação entre os Poderes, ensinou que eles devem ser mutuamente coordenados, de modo a se complementarem reciprocamente, objetivando a constituição do

Estado. Contudo, tal assistência deve ser subordinada para que um Poder ao auxiliar outro não o usurpe.

Garantiu a autonomia dos poderes do Estado, ao instituir que: a vontade do legislador não pode ser objeto de supressão, o decreto do executivo não pode ser negado e a sentença do magistrado não pode ser questionada.

[...] a vontade do legislador (legislatoris) relativamente ao que é externamente meu ou teu é à prova de censura (irrepreensível); que o poder executivo do chefe supremo (summi rectoris) é irresistível e que a sentença do sumo juiz (supremi iudicis) é irreversível (inapelável). (KANT, 2008, p.158).

Para Kant, o Poder Legislativo deveria ser composto pela vontade geral de um povo, de forma que a lei abrangesse a todos os cidadãos indiscriminadamente, inclusive, seus membros, visto que, ao se criar uma lei que não atingisse o seu criador, isto poderia gerar injustiças. Submetendo-se o legislador à lei, isto jamais ocorreria (KANT, 2008).

O Poder Executivo seria aquele representado pelo Governante que, por meio de decretos - os quais são direcionados a casos particulares e sujeitos a alterações -, designaria magistrados e preceituaria ao povo regras referentes à aquisição de coisas ou manutenção das que já possui em conformidade com a lei.

O Judiciário julgaria a sociedade por meio de representantes designados, escolhidos especialmente para cada ato. A sentença proferida por um juiz ou tribunal seria instrumento de individualização do texto legal aplicado a um cidadão específico.

Por fim, afirmou que um Estado somente encontraria felicidade na união destes Poderes de forma autônoma. Felicidade que pode ser conceituada como “a condição na qual sua constituição se conforma o mais plenamente aos princípios do direito; é por esta condição que a razão, mediante um imperativo categórico, nos obriga a lutar” (KANT, 2008, p. 160).

Em 1776, o modelo de divisão de poderes em Montesquieu rompeu seu *status* de discussão doutrinária e, passou a ser utilizada como base de documentos legais. A Declaração dos Direitos da Virgínia, em sua sessão cinco, instituiu como direito do povo da Virgínia (Estados Unidos da América) a tripartição de Poderes do Estado.

Secção 5. Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e as suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a eleger-se todos ou parte dos antigos membros, segundo disponham as leis. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776).

Por sua vez, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16 - de forma mais rígida que a promulgada pelos americanos - instituiu a Separação de Poderes como necessário para a constituição de qualquer Estado: "Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição" (FRANÇA, 1789).

2.1.1 Função Executiva

A ordem constitucional brasileira, por sua vez, reserva o capítulo II, do título IV para tratar sobre a função executiva.

Conforme instituído pelo texto constitucional e confirmado pela vontade popular no plebiscito previsto no art. 2º da ADCT, retificado pela Emenda Constitucional nº 2 de 1992, a forma de governo adotada pelo Estado Brasileiro é a República e o sistema de governo o Presidencialismo. A República é caracterizada pela temporariedade. O mandato do chefe de Estado, representante eleito do povo, tem duração determinada, submetendo-se à prestação de contas de seus atos perante os órgãos de controle interno ou externo. Trata-se de uma forma de governo oponível à monarquia.

Por sua vez, o Presidencialismo, que tem como marco inicial a Constituição Norte Americana de 1787, é o sistema de governo adotado pelo Estado Brasileiro que se contrapõe ao parlamentarismo e ao semiparlamentarismo. Nesse sistema, o Presidente exerce simultaneamente as funções de Chefe de Estado e de Chefe Governo, sendo responsável por garantir a soberania interna e externa do Estado, a liderança política nacional, a orientação das decisões gerais e a direção administrativa interna.

A Constituição de 1988 consagra o Presidente da República como chefe da Função Executiva, cabendo a este, junto de seus Ministros de Estado, a chefia da administração pública e militar da nação, consagrando em uma só pessoa a chefia de Governo e Estado. Ressalva-se que a Função Executiva possui competências atípicas, pois também legisla sobre medidas provisórias e julga procedimentos administrativos (MORAES, 2011).

2.1.2 Função Legislativa

A Função Legislativa, descrita no capítulo I do Título IV da Constituição da República de 1988, tem como atribuições típicas legislar, fiscalizar e controlar os atos do Executivo.

A função legislativa consiste na edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõem o ordenamento jurídico vigente, criando o Estado, assim, o direito positivo, com o objetivo de disciplinar as suas próprias atividades e as condutas das pessoas na vida em sociedade. (BRÊTAS, 2018, p. 23).

Ao Legislativo é previsto a forma bicameral, exercido pelo Congresso Nacional que, por sua vez, é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

A temporariedade do mandato eletivo de seus representantes é uma forma de legitimar a função, sendo que a duração "não deve ser longa, para evitar o seu distanciamento do eleitor, sob pena de perda de autenticidade da representação, mas também não deve ser breve, para evitar que se torne inexecutível a realização das funções parlamentares" (CARVALHO, 2010, p. 1.132).

As atribuições do Legislativo podem ser divididas em: função mobilizadora do consenso popular, função informativa, função educadora, função eletiva, função obstrucionista e função executiva.

A primeira função é a responsável pela articulação dos interesses da população durante o processo eleitoral, essencial para o manejo da paz social e pelo funcionamento do sistema político. Já a função informativa recebe e promove a divulgação de informações nacionais, para garantir maior proximidade entre o governo e os cidadãos. A função educadora consiste na promoção da consciência política do cidadão, bem como nas manifestações culturais, baseadas na ética, cidadania e moralidade (CARVALHO, 2010).

A função eletiva resulta da competência atribuída ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados de escolher alguns ocupantes de cargos do Executivo, bem como ao Congresso Nacional de, no caso de vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente, nos dois últimos anos de mandato, eleger os substitutos em trinta dias da abertura da última vaga, nos termos do art. 81, §1º da CR/1988 (BRASIL, 1988).

Por sua vez, a função representativa define-se pela capacidade de representar toda a população, bem como deliberar sobre seus interesses. Por fim, a função obstrucionista traduz-se na característica mais conservadora do Legislativo que, por ser órgão colegiado, acaba por tomar decisões mais lentas, freando, em termos, a iniciativa unilateral da Função Executiva (CARVALHO, 2010).

Além das funções típicas do Legislativo de criar leis, fiscalização e controlar os atos do Executivo, exerce funções atípicas, como julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade e aprovar a indicação de nomes para cargos na estrutura política do país (BRASIL, 1988).

2.1.3 Função Jurisdicional

A Constituição Federal de 1988 reserva o capítulo III, Título IV, para discorrer sobre a Função Jurisdicional. Durante muito tempo ela foi considerada de menor importância dentre as demais, embora "o poder Judiciário declara o Direito defendendo a Constituição. Além disso, cabe ao Poder Judiciário controlar os demais Poderes do estado, tendo como parâmetro a Constituição" (CARVALHO, 2010, p. 1315).

A Função Jurisdicional atua como substituta da vontade das partes na aplicação do direito, ou seja, a autotutela cede lugar à tutela estatal, na qual a demanda será decidida pelos órgãos jurisdicionais do Estado. Ainda, possui como característica a inércia e a perpetuidade de suas decisões, atributos que a diferenciam da Função Executiva.

Nenhum juiz atua senão mediante provocação do interessado: *nemo index sine actore*, enquanto a Administração age quase sempre de ofício. Também as decisões do Judiciário tendem a definitividade, fazendo coisa julgada, sendo que os atos administrativos são quase sempre revogáveis. (CARVALHO, 2010, p. 1316).

Enquanto a Função Executiva busca atender interesses prescritos em lei relativos à coletividade, bem como interesses sociais relevantes a algumas minorias, a Função Jurisdicional se atém ao Direito em concreto, ou seja, litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre ambos, assim como o Direito em abstrato (apreciação de constitucionalidade e legalidade de atos jurídicos).

Outrossim, para que as decisões da Função Jurisdicional possuam legitimidade, a tutela jurisdicional deve ser obtida mediante o devido processo legal, nos termos do art. 5º, inciso LIV, da CR/1988. (CARVALHO, 2010, p. 132).

Além da função jurisdicional típica, qual seja, aplicar a lei a um caso concreto, também possui atribuições de natureza administrativa, como conceder férias aos seus membros e serventários e prover os cargos de juiz de carreira, nos termos do art. 96, inciso I, alíneas "f" e "c", da CR/1988, e de natureza legislativa, como editar normas regimentais internas, tal como previsto no art. 96, inciso I, alínea a da CR/88 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a Função Jurisdicional genuína é a de resolver os conflitos existentes entre pessoas privadas ou públicas, diante da aplicação da Lei. A jurisdição é a atuação do Estado em pronunciar o Direito e não criar o Direito (BRÊTAS, 2018).

3 ATIVISMO JUDICIAL

Luís Roberto Barroso define o ativismo judicial como a postura adotada pela Função Jurisdicional, diante das retrações do Legislativo que impedem o eficaz atendimento das demandas sociais da nação, de expandir, de maneira proativa, a interpretação da Constituição.

A idéia (*sic*) de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Destaca a autocontenção, corrente oposta ao ativismo judicial, muito adotada até a Constituição de 1988.

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2012, p. 26).

Na época em que o texto foi escrito, o Executivo, até então representado pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva, gozava de inegável popularidade, não havendo grande atuação Jurisdicional nesta esfera. Por outro lado, acreditava haver uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade Legislativa, gerando maior presença jurisdicional em suas matérias.

Diante da inércia legislativa, o ativismo possui como ponto positivo o atendimento a demandas nacionais, as quais não foram satisfeitas pelo parlamento. Entretanto, "não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade" (BARROSO, 2012, p. 27).

Desse modo, o ativismo judicial pode gerar riscos de legitimidade à própria democracia, já que as decisões jurisdicionais proferidas em substituição às decisões legislativas, são tomadas por membros não-eleitos. (BARROSO, 2012).

Os representantes da Função Jurisdicional, não provêm de origem popular, dessa forma, “as decisões ativistas, embasadas em um senso particular de justiça, que desrespeitam a adequação e coerência do ordenamento, devem ser vistas como ilegítimas e perigosas para a democracia” (OLIVEIRA, 2011, p. 109).

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo.[...] Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2012, p. 29).

Por sua vez, Moisés Mileib de Oliveira, conceitua o ativismo judicial como a intervenção por parte dos magistrados em sua função decisória sobre temas atribuídos, originariamente a outras Funções, deliberadamente e ultrapassando as limitações de suas funções impostas pelo próprio texto legal (OLIVEIRA, 2011).

De antemão, pode-se dizer que o ativismo judicial é um fenômeno no qual o Judiciário, especificamente os juízes no exercício da função decisória, passam a intervir, de forma deliberada e para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, nas funções e atribuições que caberiam, originariamente, a outros poderes. (OLIVEIRA, 2011, p. 105-106).

Nesse diapasão, o autor atenta para o fato de que os magistrados devem respeitar a diferenciação entre criar a lei e aplicar a lei. Embora necessária a concretização de um direito, o ativismo deve ser visto de forma negativa, como uma anomalia que decorre do abuso de discricionariedade por parte do magistrado que fere a legitimação da própria jurisdição (OLIVEIRA, 2011).

Portando, deve-se buscar um equilíbrio para que o magistrado não se torne um mero aplicador do texto legal, mas que, também, não se considere capaz de interpretar a lei conforme seu ponto de vista de justiça, de forma discricionária. O ativismo não só atenta contra a independência e divisão funcional do Poder do Estado, mas igualmente, contra a própria democracia.

Teodolina Vitório, com base na doutrina de Dworkin, dissertou sobre o ativismo judicial e sua instrumentalização em garantia de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Favorável aos ideais Dworkinianos, afirmou que o Estado estaria fadado a sucumbir caso a Função Jurisdicional somente participasse como figurante (VITÓRIO, 2011).

Para ela deve-se questionar se a Função Jurisdicional deve estar subordinada a norma jurídica ou, por outro lado, atuar de forma concreta, diante das omissões e das debilidades das demais Funções.

Ainda apontou a possibilidade de existirem leis injustas que, mesmo criadas pelos representantes do povo, causam lesões às próprias garantias constitucionais. Assim, o ativismo judicial não seria uma simples alternativa dos magistrados, mas uma postura necessária e assumida pelos tribunais na defesa da moral, da justiça e da democracia.

Destarte, parece razoável aferir-se desses excertos que o ativismo pressupõe a atuação de magistrados "não apenas cumprindo indolentemente a lei" em sua moldura kelseniana muitas vezes míope e formal. Ele implica, em especial, que os magistrados devem assumir uma conduta mais ousada na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como "dignidade da pessoa humana", "igualdade", "liberdade de expressão", avocando para si a competência institucional, a capacidade intelectual e a sensibilidade necessária na solução das atuais demandas judiciais. (VITÓRIO, 2011, p. 77).

Com a promulgação da Constituição de 1988 e, conseqüente redemocratização nacional, as Funções Executiva e Legislativa, diante do novo cenário de expansão das atividades administrativas e sociais assumidas pelo Estado, "não tardaram em revelar surpreendente crise de representatividade, de identidade e de legitimidade" (VITÓRIO, 2011, p. 81). Dessa forma, as Funções perdem credibilidade perante os cidadãos ao serem por eles questionadas, acarretando uma super credibilidade da Função Jurisdicional, que transcende à função de mero aplicador da lei para interpretá-la no intuito de buscar a maior efetivação dos direitos fundamentais.

O ativismo judicial também é compreendido como "a atitude deliberada dos magistrados, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar as normas jurídicas, expandindo o seu sentido a fim de alcançar a plenitude de justiça" (GUIMARÃES, 2011, p. 26).

Conforme os ensinamentos de Barroso, o ativismo caracteriza-se pela aplicação direta do texto constitucional a situações as quais não foram contempladas originariamente pelo legislador (BARROSO, 2012).

Guimarães, com base nos textos de Pogrebinski, também determinou aspectos relativos ao magistrado ativista, que utiliza "de suas decisões para rever (e contestar) posturas dos demais poderes do Estado, bem como promover políticas públicas, além de não considerar os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade" (GUIMARÃES, 2011, p. 28).

Com base nos ensinamentos de Ramos, destacou como causas para o ativismo judicial no Brasil, o modelo intervencionista de Estado, a tendência ao neoconstitucionalismo, a principiologização do direito e a ineficiência das demais Funções no que tange a concretização do proposto na Constituição de 1988. No caso do STF, fica evidenciado sua postura ativista, principalmente no que se refere ao fato de ele ser o "último grau de jurisdição" com o qual a população pode buscar a concretização de seus direitos.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário e, sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. [...] Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. (RAMOS, 2010, p. 116-117, 129).

Conclui-se que o ativismo apresentado pela Função Judicial se deve majoritariamente à ineficiência das outras Funções na concretização do Estado Social proposto pelo texto constitucional.

Segundo Dourado de Andrade, alguns juristas acreditam ser plausível que se abra indefinida discricionariedade na solução desses casos. Referida corrente tradicionalista adota a teoria do processo como relação jurídica entre as partes. Até os dias de hoje, esses juristas consideram o processo como mero instrumento para pacificação de interesses ou um meio pelo qual a jurisdição se opera, sendo sua finalidade precípua a realização do exercício do poder jurisdicional do Estado através de uma perspectiva que visa dar utilidade ao processo e que seja dele extraído um resultado que atenda aos seus escopos metajurídicos, quais sejam: social, político e jurídico. (DOURADO DE ANDRADE, 2012, p. 49).

Para esta corrente, ao julgador é possível promover “justiça” utilizando uma visão intuitiva, subjetiva e ideológica para ponderar sobre a aplicação do texto legal. Permite-se, nesses casos, decisões sem conteúdo legislativo, com base somente na discricionariedade do magistrado. Assim, o ativismo judicial surge de uma visão instrumentalista do processo que atribui “ao magistrado o ‘poder’ de decidir de ofício e conforme o caso concreto” (DOURADO DE ANDRADE, 2012, p. 50).

O problema do modelo reformista brasileiro, como de tantos outros, está em focar as atenções, para a solução das mazelas do sistema processual, na figura do juiz, e não na estrutura procedimental lastreada por um modelo constitucional de processo dinâmico, que deveria constituir um espaço discursivo de formação revisível das decisões judiciais [...]. (DOURADO DE ANDRADE, 2012, p. 52).

Vários são os instrumentos processuais que permitem o Judiciário sanar as omissões legislativas e garantir a efetivação dos direitos constitucionais consagrados. Além das ações civis públicas, de maneira geral, cita-se as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e os mandados de injunção, estes últimos voltados ao controle incidental e que serão abordados adiante.

4 MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é uma garantia constitucional de todas as pessoas físicas e jurídicas, consagrada no art. 5º, inciso LXXI da CR/88, “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988), regulamentado pela Lei n.º 13.300/16, que disciplinou o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e deu outras providências (BRASIL, 2016).

Trata-se, nos termos do art. 2º da Lei n.º 13.300/16, de um instrumento processual de acesso à justiça para buscar a concretização ou efetivação dos direitos fundamentais previstos nas normas constitucionais, mas que carecem de total ou parcial regulamentação para o seu exercício, seja administrativa ou legislativamente (BRASIL, 2016).

Diferentemente das ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão, os mandados de injunção são classificados como forma de controle incidental de constitucionalidade, a ser realizado de forma concreta, ou seja, direcionado à satisfação dos direitos subjetivos, e não abstratamente (NOVELINO, 2019).

Assim, a pessoa física ou jurídica titular do direito constitucionalmente consagrado tem a legitimidade ativa para postular em juízo a efetivação dos direitos e prerrogativas fundamentais, em face dos órgãos e autoridades responsáveis para editar as normas regulamentadoras (BRASIL, 2016).

Quanto à extensão ou alcance da tutela jurisdicional, a jurisprudência caminhou em mais de três décadas da promulgação da Constituição de 1988, entre uma atuação mais conservadora, na qual a função do Judiciário era apenas apontar e declarar a omissão legislativa, dando ciência ao órgão ou autoridade competente para a regulamentação, até uma atuação mais ativa, na qual, reconhecida a omissão, resolve-se o caso concreto, regulamentado *inter partes* a relação jurídica controversa.

Surgiram-se neste período duas correntes que defendiam a atuação mais comedida ou mais efetiva do Judiciário, a partir do mandado de injunção.

Para a corrente não concretista, cabe ao Judiciário apenas declarar a omissão legislativa e dar ciência ao órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora, sob pena de desvio de funções. Os adeptos dessa corrente defendiam que, na ausência ou mora do órgão em regularizar a situação, mesmo após o mandado de injunção, a questão se resolveria em perdas e danos, garantindo, pois, a eficácia da ação mandamental (NOVELINO, 2019).

A corrente concretista, por sua vez, reconhece a possibilidade do Judiciário assegurar e viabilizar o exercício do direito constitucional não regulamentado. Quando a questão se resolve apenas *inter partes*, ou seja, os efeitos da decisão se restringem aos sujeitos daquela demanda judicial, fala-se em uma visão concretista individual. Quando se admite que os efeitos se estendam para além daquele caso concreto específico, estamos diante da corrente concretista geral. Por fim, a corrente concretista intermediária propõe que o exercício do direito não regulamentado somente poderá ser exercido pelas partes que impetraram o mandado de injunção ou pela coletividade que se encontra em situação idêntica, depois que, concedido prazo para o órgão ou a autoridade competente suprir a omissão regulamentadora, eles permanecerem inertes (NOVELINO, 2019).

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o caso exemplar do direito de greve dos servidores públicos representados pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), mudou de entendimento¹, para adotar a corrente concretista geral e reconhecer o direito ao exercício da greve ao setor público, aplicando a lei vigente no setor privado, até ulterior regulamentação (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2019; NOVELINO, 2019)².

Em recente julgado publicado pelo Supremo Tribunal Federal³, verifica-se que este continua sendo o entendimento adotado pela Corte ao determinar que, constatada a mora legislativa, aplica-se aos servidores públicos estaduais portadores de deficiência as regras previstas na Lei Complementar n.º 142/13, que versa sobre a aposentadoria especial do portador de deficiência segurado do Regime Geral de Previdência Social (BRASIL, 2019).

Tal entendimento, contudo, contraria a Lei n.º 13.300/16, que disciplinou o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo. Segundo o art. 8º, reconhecida a mora legislativa, a injunção será deferida para determinar um prazo para que o

¹ Mandado de Injunção n.º 107, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1990 e publicado em 02/08/91, no qual assentou-se a impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário na regulamentação legislativa, em observância ao princípio da separação de poderes.

² Mandados de Injunção n.º 670, 708 e 712, julgados, em plenário, pelo Supremo Tribunal Federal em 2007.

³ Mandado de Injunção n.º 7070, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 26/11/2019 e publicado em 06/12/2019.

impetrado promova a edição da norma regulamentadora e, no caso de descumprimento, estabelecer as condições em que o impetrante poderá exercer o seu direito constitucional (BRASIL, 2016).

Em um primeiro momento o Judiciário tão somente reconhece a mora e determina que o órgão competente supra a omissão legislativa que está obstaculizando o exercício do direito constitucional, preservando o princípio da separação de poderes ou de funções. Apenas depois, se não cumprida a determinação judicial, assegura-se aos impetrantes o exercício do direito, segundo as condições estabelecidas na decisão, não se estendendo à coletividade. Inclusive, a eficácia subjetiva da decisão está expressamente prevista no art. 9º da Lei n.º 13.300/16 (BRASIL, 2016).

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator. (BRASIL, 2016).

Se antes da promulgação da Lei n.º 13.300/16, poderia haver algum dissenso doutrinário e jurisprudencial sobre o objetivo do mandado de injunção e os efeitos da decisão judicial, o que, inclusive, culminou no surgimento das diversas correntes tratadas, a partir de 24/06/16, quando entrou em vigor, tal questão restou superada.

Resta clara a opção legal de se adotar a teoria concretista intermediária, de forma que os princípios da independência e da repartição de funções são preservados, sem, contudo, deixar de resguardar o impetrante da viabilidade de exercer o seu direito constitucionalmente assegurado, por meio do mandado de injunção.

5 CONCLUSÃO

A separação de poderes ou de funções constitui um princípio fundamental ou estruturante da República Federativa do Brasil, segundo o qual o Estado divide-se em basicamente três funções, todas independentes e harmônicas entre si. São elas as funções legislativa, administrativa e judiciária. Por este princípio, cada órgão atua segundo a parcela de sua competência, respeitando as atribuições próprias de cada um.

Não obstante, o descrédito aos membros do Poder Legislativo ou a morosidade no processo legislativo, deixando de regular a tempo e modo direitos constitucionalmente

consagrados, levam as pessoas física e jurídicas a buscarem a proteção e efetivação desses direitos perante o Poder Judiciário.

De fato, a República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, tem como característica marcante a garantia jurisdicional da supremacia material e formal da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais (NOVELINO, 2019). Para tanto, a própria Constituição de 1988 prevê diversas garantias processuais para assegurar o cumprimento e o exercício desses direitos (BRASIL, 1988).

Dentre eles, há o mandado de injunção, ação constitucional, cujo objetivo é tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, diante da ausência de uma norma regulamentadora.

Ocorre que a Lei n.º 13.300/16, sem desprezar a garantia constitucional à efetividade dos direitos por meio do mandado de injunção, estabeleceu que, primeiro, deve-se conceder prazo ao órgão ou autoridade regulamentadora para que exerça sua competência constitucional e supra a omissão normativa existente a impedir o exercício dos direitos fundamentais.

Somente no caso de não cumprimento da ordem judicial é possível assegurar ao impetrante o exercício do seu direito, segundo as condições estabelecidas na decisão judicial de eficácia *inter partes*.

Houve, neste caso, a opção legislativa pela teoria concretista intermediária dos mandados de injunção, de forma que os princípios da independência e da separação de poderes são preservados, sem, contudo, deixar de resguardar o impetrante da viabilidade de exercer o seu direito constitucionalmente assegurado, por meio do mandado de injunção, garantia também prevista na CR/88 (BRASIL, 1988).

Assim, é inaceitável que a jurisprudência pátria continue a atuar nos mandados de injunção de forma desenfreada, regulamentando normas constitucionais, sem antes oportunizar o órgão competente a fazê-lo e estendendo seus efeitos à coletividade, quando se é possível viabilizar o exercício dos direitos fundamentais, sem que se promova o ativismo judicial exacerbado e o desequilíbrio da divisão tripartite das funções estatais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Edipro, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107. Min. Moreira Alves, julgado em 21 nov. 1990, publicado em 02 ago. 1991. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1487634>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 670. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25 out. 2007, publicado em 30 out. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 708. Min. Gilmar mendes, julgado em 25 out. 2007, publicado em 31 out. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2232963>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 712. Min. Eros Grau. Julgado em 25 out. 2007, publicado em 23 nov. 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2244628.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 7070. Min. Marco Aurélio. Julgado em 26 nov. 2019, publicado em 06 de dez de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5605655>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Aspectos da teoria geral do processo constitucional**: teoria da separação de poderes e funções do Estado. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a, 19, v.76, p.97-214, out./dez. 1982.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática**. [Syn]thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32. 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 16 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CUNHA JÚNIOR., Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVARES, André Ramos; Leite, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco. O novo código de processo civil e o retrocesso sob o prisma democrático com a manutenção do protagonismo judicial. In: **Uma leitura**

hermenêutica da (re)construção dos códigos: anais do 4º Congresso Constituição e Processo, Instituto de Hermenêutica Jurídica, MACHADO, Felipe Daniel Amorim, BARROS, Flaviane de Magalhães (Org.). Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração dos direitos da Virgínia**, Virgínia, 1776. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 19 mar. 2021.

FRANÇA, **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

GUIMARÃES, Lucas Zandona. **A judicialização da política a partir do supremo tribunal federal:** Súmula Vinculante nº 13 e Mandado de Injunção. 2011. 130 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Belo Horizonte. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8N2HFC/1/disserta_ao___lucas_zandona_guimar_es.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1748. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

OLIVEIRA, Moisés Mileib de. **O ativismo judicial e a tutela da cidadania:** a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito:** uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 225 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.