

**Karine Lyra Corrêa**

**O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS EFEITOS DO  
MANDADO DE INJUNÇÃO: A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Brasília-DF**

**2011**

**Karine Lyra Corrêa**

**O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS EFEITOS DO  
MANDADO DE INJUNÇÃO: A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de Mestrado submetida ao Instituto de  
Ciência Política da Universidade de Brasília, como  
parte dos requisitos exigidos para a obtenção do  
grau de Mestre em Ciência Política.

**Orientador: Professor Antonio José Escobar Brussi, PhD**

**Brasília-DF**

**2011**

**Karine Lyra Corrêa**

**O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS EFEITOS DO  
MANDADO DE INJUNÇÃO: A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de Mestrado submetida ao Instituto de  
Ciência Política da Universidade de Brasília, como  
parte dos requisitos exigidos para a obtenção do  
grau de Mestre em Ciência Política.

Aprovada pela seguinte Banca Examinadora:

---

Professor Antônio José Escobar Brussi, PhD, UnB  
- IPOL  
Orientador

---

Professora Marilde Loiola de Menezes, Doutora,  
UnB – IPOL  
Examinadora Interna

---

Professora Flávia Lessa de Barros, Doutora, UnB –  
CEPPAC  
Examinadora Externa

**Brasília-DF**

**2011**

A papai, mamãe, Bruno, Christiane e Nino.

## **AGRADECIMENTO**

Ao professor Antonio José Escobar Brussi agradeço por sua atenção, pelas horas despendidas e pelas valiosas sugestões.

A minha mãe Vera e a minha irmã Christiane, pela grande ajuda na revisão deste trabalho.

## RESUMO

O Mandado de Injunção é a ação apropriada para proteger os direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando ameaçados pela falta de norma regulamentadora de preceito constitucional. Desde 1989 o Supremo Tribunal Federal tem entendido o Mandado de Injunção como a ação pela qual a Corte declara a mora do Legislativo ou do Executivo em regulamentar o preceito constitucional. Em 2007, todavia, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, na ausência da norma regulamentadora, o Tribunal iria criar o regulamento faltante, para proteger os direitos, liberdades e prerrogativas que a Constituição quis preservar. Muitos argumentam que o novo entendimento da Corte viola o princípio da separação dos poderes. A presente dissertação pretende demonstrar como o Supremo Tribunal Federal tem discutido os efeitos do instituto diante do princípio da separação dos poderes nas diversas ações de Mandado de Injunção julgadas procedentes pela Corte Constitucional desde a promulgação da Constituição de 1988 até o presente momento.

Palavras chaves: Mandado de Injunção. Separação dos poderes. Função judicial. Direitos. Judicialização da política.

## ABSTRACT

“*Mandado de Injunção*” is the appropriate action to protect constitutional rights and freedoms, as well as the prerogatives inherent to nationality, sovereignty and citizenship, when threatened by the lack of a regulatory standard. Since 1989, The Federal Supreme Court, had been understanding the “*Mandado de Injunção*” as an action through which the Court declares the delay of the Legislative or Executive to regulate the constitutional standard. In 2007, however, the Federal Supreme Court has decided that, in the absence of regulatory standard, the Court shall edit the missing regulation to protect the rights, freedoms and prerogatives that the Constitution sought to preserve. Many argue this interpretation violates the separation of Powers. This essay aims to demonstrate how the Federal Supreme Court has discussed the effect of this constitutional action considering the separation of Powers in the various actions of “*Mandado de Injunção*” judged in the Federal Supreme Court since the promulgation of the Constitution of 1988 until the present time.

Keywords: Mandado de Injunção. Separation of powers. Judicial activity. Rights. Judicialization.

## SUMÁRIO

<b>LISTA DE GRAFICOS E TABELAS</b>	<b>09</b>
<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2. METODOLOGIA</b>	<b>19</b>
<b>3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO</b>	<b>29</b>
<b>4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA</b>	<b>44</b>
<b>4.1. A Expansão do Poder Judiciário</b>	<b>44</b>
<b>4.2. O Debate Contemporâneo sobre a Expansão do Poder Judiciário</b>	<b>50</b>
<b>4.3. A Judicialização da Política e o Estado Social</b>	<b>73</b>
<b>5. O MANDADO DE INJUNÇÃO</b>	<b>87</b>
<b>6. O MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	<b>106</b>
<b>6.1. Considerações Iniciais</b>	<b>106</b>
<b>6.2. A evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção e o princípio da separação dos Poderes</b>	<b>108</b>
<b>7. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO NAS AÇÕES DE MANDADO DE INJUNÇÃO</b>	<b>143</b>
<b>7.1. Análise da evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal e a atual posição da Corte</b>	<b>143</b>
<b>7.2. Como explicar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção em 1989 e em 2007</b>	<b>167</b>
<b>8. CONCLUSÃO</b>	<b>177</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>183</b>
<b>REFERÊNCIAS DE DOCUMENTOS</b>	<b>191</b>

## LISTA DE GRÁFICOS E TABELAS

<b>GRÁFICO 1 – Mandado de Injunção</b>	<b>160</b>
<b>GRÁFICO 2 – Ação Direta de Inconstitucionalidade</b>	<b>161</b>
<b>GRÁFICO 3 – Mandado de Segurança</b>	<b>161</b>
<b>GRÁFICO 4 – Processos Distribuídos</b>	<b>162</b>
<b>TABELA 1 – Decisões Monocráticas de Ações de Mandado de Injunção</b>	<b>164</b>
<b>TABELA 2 – Relação dos Ministros Integrantes do Supremo Tribunal Federal na época do julgamento da Questão de Ordem do MI 107, com ano de posse e nome do Presidente que os nomeou</b>	<b>173</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende demonstrar como o Supremo Tribunal Federal tem discutido os efeitos do Mandado de Injunção diante do princípio da separação dos poderes nas diversas ações julgadas procedentes pela Corte Constitucional desde a promulgação da Constituição de 1988 até o presente momento. O Mandado de Injunção é uma ação que visa proteger o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando ameaçados pela falta de uma norma regulamentadora<sup>1</sup>. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ações de Mandado de Injunção, limitava-se a reconhecer a mora dos poderes competentes para editar a norma faltante, notificando-os para que o fizessem. Desde o ano de 2007, todavia, o Tribunal Constitucional passou a criar, por si, a norma regulamentadora. A decisão de assumir ou rejeitar a função de legislar no âmbito das ações de Mandado de Injunção passa por uma análise da compatibilidade destas posições com o princípio da separação dos poderes.

O Mandado de Injunção consiste em uma inovação do constitucionalismo brasileiro (CRETELLA JÚNIOR, 1996, 98). Foi a Carta Magna de 1988 que primeiro trouxe à baila esse instrumento, prevendo-o em seu art. 5º, LXXI, como a ação adequada para proteger o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando inviabilizados pela falta de uma norma regulamentadora.

---

<sup>1</sup> Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O remédio constitucional referido, portanto, presta-se a sanar omissões legislativas. É que muitas normas constitucionais têm eficácia limitada<sup>2</sup>, não produzindo efeitos até que o Legislativo edite regulamento tratando do tema. Se a omissão legislativa, contudo, ameaçar direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, aquele que se sentir prejudicado, pode recorrer ao Judiciário para sanar a omissão.

Por se tratar de uma inovação constitucional, não havia no direito comparado exemplo a ser transposto para o Brasil que pudesse orientar os Tribunais Pátrios sobre os contornos do instituto (DANTAS, 1989, 66), especialmente sobre os seus efeitos. Assim, entre outras, surgiu a dúvida sobre os limites da prestação jurisdicional. Afinal, deveria o Tribunal meramente declarar a ausência da norma regulamentadora, notificando dessa decisão os Poderes competentes para editá-la, ou suprir, desde logo, a ausência da norma, possibilitando de pronto o exercício dos direitos e liberdades constitucionais?<sup>3</sup>

Como é do Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de interpretar a Constituição do país<sup>4</sup>, coube a essa Corte definir que efeitos o Mandado de Injunção teria no direito pátrio. O esclarecimento da questão veio já em 1989, um ano após a edição da Carta Magna, quando o STF julgou Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107, decidindo que a ação visava apenas à declaração, pelo Poder Judiciário, da mora dos Poderes competentes em editar o regulamento reclamado pelos autores.

---

<sup>2</sup> MORAES (2006, 7) define normas de eficácia limitada como “aquelas que apresentam ‘aplicabilidade indireta’, mediata ou reduzida, porque somente incidem totalmente (...) após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”.

<sup>3</sup> Muitas dúvidas cercavam o instituto. Além da discussão sobre os seus efeitos, debateu-se sobre possibilidade da aplicação imediata do Mandado de Injunção. As duas dúvidas foram resolvidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem no MI nº 107, em 1989.

<sup>4</sup> O Art. 102 da Constituição Federal atribui esta competência ao Supremo Tribunal Federal: “Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”

A referida posição, a que se costuma denominar como não-concretista (MORAES, 2006, 158-163), defende que o Tribunal deve apenas declarar a omissão da norma regulamentadora dos preceitos constitucionais, comunicando o fato aos órgãos responsáveis para que esses editem o regulamento faltante. Um dos argumentos utilizados por seus partidários para defender semelhante posição é o respeito ao princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal.<sup>5</sup> Esse princípio não permitiria que o Poder Judiciário atuasse como legislador positivo, suprimindo a omissão legislativa, substituindo-se aos demais Poderes do Estado.

Celso de Mello, Ministro do STF à época do julgamento da Questão de Ordem do MI 107, traz a questão à baila em seu voto, quando pontua que o Judiciário não se pode substituir ao Legislador ou Administrador omissos, devendo estrita observância ao princípio constitucional da divisão funcional do poder<sup>6</sup>. O mesmo princípio é ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, relator do processo, que em seu voto explica que os legitimados a participar das decisões políticas são os Poderes Legislativo e Executivo, cujos membros são eleitos diretamente pelo povo, e não o Poder Judiciário.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup>Art. 2º - Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>6</sup>“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 à competência, não exercida, dos órgãos públicos. O Supremo Tribunal Federal não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido 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 do poder.” (voto do Ministro Celso de Mello na Questão de Ordem do MI 107, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>), pag. 58-59)

<sup>7</sup>“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 (art. 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 à matérias 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 povo.” (voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem do MI 107, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>, pag. 40-41)

A partir da prolação do julgamento sobredito, o STF seguiu aplicando o entendimento nele adotado, permitindo-se breves incursões, e mesmo assim parciais, à posição concretista.

Se por um lado essa interpretação dos efeitos do Mandado de Injunção preserva a separação dos poderes, evitando que o Judiciário invada a esfera de atribuições reservada ao Legislativo, por outro esvazia o instituto, que termina não tendo qualquer efeito concreto para o postulante. A adoção dessa posição pelo STF deixava transparecer o conservadorismo da Corte e demonstrava claramente sua determinação de não atuar na esfera política, agindo como legislador positivo.

O entendimento da Corte somente se modificou no ano de 2007, quando do julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, que discutiam o direito de greve dos servidores públicos<sup>8</sup> e do Mandado de Injunção nº 721, que discutia a aposentadoria especial dos servidores públicos<sup>9</sup>. Desde o Mandado de Injunção nº 20, a Corte Constitucional já se havia pronunciado no sentido de que o direito de greve no serviço público somente poderia ser exercido depois da edição de lei complementar que regulamentasse a norma constitucional pertinente. O mesmo se deu nos Mandados de Injunção nº 444 e 462, por exemplo, em relação ao direito à aposentadoria especial. Desde então, o STF passou a declarar a mora do Poder Legislativo ou Executivo em editar a norma faltante, notificando-os para que exercessem o seu mister. Apesar disso, o Legislativo permaneceu inerte durante todos esses anos, ficando o direito de greve e o direito à aposentadoria especial do funcionalismo público, sem qualquer parâmetro que pudesse viabilizar o seu exercício.

---

<sup>8</sup> No julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, o STF determinou que enquanto não for editada a lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, deve-se aplicar a esse grupo de indivíduos a lei de greve dos empregados privados.

<sup>9</sup> No julgamento do Mandado de Injunção nº 721, o STF determinou que enquanto não for editada a lei regulamentadora do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, deve-se aplicar aos impetrantes da ação a lei geral da Previdência Social.

Dada a persistente omissão legislativa, o Tribunal decidiu supri-la por si, determinando que se aplicasse aos servidores públicos a lei de greve dos empregados privados (MIs 670, 708 e 712) e a Lei Geral da Previdência Social (MI 721) até que o Poder Legislativo editasse regulamento sobre o tema. A mudança da jurisprudência da Corte Constitucional representou um grande avanço na proteção dos direitos e liberdades constitucionais, que passaram a contar com um instrumento efetivo para lhes viabilizar a fruição. Por outro lado, é inegável que, ao decidir dessa forma, o Supremo adotou uma postura que lhe era estranha até então. Atuando como legislador positivo, o Tribunal passou a exercer uma função atípica, geralmente relacionada ao Poder Legislativo.

O Ministro Gilmar Mendes sustentou, no voto que proferiu no MI 670, que o entendimento da Corte a respeito dos efeitos do Mandado de Injunção não vinha conferido ao instituto efetividade capaz de assegurar a fruição dos direitos e liberdades assegurados na Constituição. No seu entendimento, o quadro institucional conjugava a inércia legislativa com a inoperância das decisões da Corte, o que não se podia mais justificar. Embora o Ministro tivesse demonstrado preocupação com a assunção de funções legislativas pelo Tribunal, esse óbice terminou afastado sob a justificativa de que a supressão da omissão legislativa pelo Judiciário seria a única forma de não incidir em uma omissão judicial<sup>10</sup>. Além disso, o Ministro ressaltou a necessidade do Poder Judiciário assumir um papel político mais relevante em um Estado Social.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup>“Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”. (voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MI 670, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>, pag. 31)

<sup>11</sup>“(…) O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional, constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas. Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessária a intervenção activa

Ao final, a totalidade dos membros do Tribunal se posicionou favoravelmente ao entendimento de que o Mandado de Injunção deve ter efeitos concretos, possibilitando o gozo imediato dos direitos e liberdades constitucionais<sup>12</sup>. Ao agir assim, privilegiou a eficácia dos direitos previstos na Carta Magna em detrimento de uma rígida separação das funções do Estado.

Pela nova interpretação do instituto, o STF passou a exercer uma função eminentemente política, atuando como legislador positivo. **VALLINDER** (1995, 13) denomina a ampliação das atividades do Judiciário de “judicialização da política”, conceituando-a como a transferência do poder de decisão do Legislativo e do Executivo para as Cortes Judiciais, assim como a utilização dos métodos de decisão judicial no âmbito do Legislativo e do Executivo. É na primeira acepção que o termo será usado neste trabalho.

Há quem argumente (FERREIRA FILHO, 2002, 315) (MEIRELLES, 2001, 246) que semelhante interpretação, por possibilitar a judicialização de questões eminentemente políticas, violaria a separação de Poderes, uma vez que, classicamente, ao Judiciário cabe apenas aplicar a lei preexistente ao caso concreto e não exercer função legislativa, criando normas jurídicas.

O art. 2º da Constituição Federal dispõe que os Poderes da União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, consagrando o princípio da separação de poderes no Brasil. Este princípio, cuja formulação se atribui a **MONTESQUIEU**, pelo menos na configuração adotada na maioria dos Estados, em que as funções estatais são divididas entre três esferas

---

*do Tribunal Constitucional. (...)*”(MEDEIROS, 493-494, apud. Voto do Ministro Gilmar Mendes, op. cit. pag. 37-38)

<sup>12</sup> Embora todos os Ministros concordassem que a ação de Mandado de Injunção deveria ter efeitos concretos, alguns discordaram sobre a extensão destes efeitos. Nos Mandados de Injunção julgados em 2007 que decidiram sobre o direito de greve (MIs 670, 708 e 712), a maioria dos Ministros votou no sentido de que eficácia da sentença deveria atingir todos os servidores públicos e não apenas os impetrantes da ação. Alguns Ministros discordaram a respeito deste ponto específico, razão pela qual os MIs 670, 708 e 712 foram providos por maioria.

distintas (DALLARI, 1995, 183), é característico dos Estados de Direito e sua previsão tem sido considerada essencial nas Constituições, conforme preconizado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O princípio aludido centra-se na divisão do Estado em três Poderes, cada qual detendo funções distintas. Ao Poder Legislativo caberia a criação das leis, ao Poder Executivo a administração do Estado e ao Poder Judiciário a função de julgar, resolvendo as demandas que lhe são apresentadas por meio da aplicação da lei ou da jurisprudência ao caso concreto.

Ao decidir dar efeitos concretos ao Mandado de Injunção, suprindo a norma faltante para o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais, o STF deu uma guinada na jurisprudência que vinha seguindo até então. Com isso, o Tribunal terminou expandindo o seu âmbito de atuação, passando a exercer uma função tradicionalmente associada ao Poder Legislativo, que é a de criar as normas que vão reger a vida em sociedade.

Exatamente por se tratar da assunção de uma função estranha ao Poder Judiciário, a discussão sobre os efeitos do Mandado de Injunção é caracterizada por uma grande polêmica<sup>13</sup>. A própria Corte Constitucional, enfrentou julgamentos longos e difíceis quando se propôs a discutir sua posição sobre o tema.

O presente trabalho pretende demonstrar como o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão dos efeitos do Mandado de Injunção diante do princípio da separação dos poderes. Busca-se desvendar qual era a posição da Corte Constitucional sobre os efeitos da sentença do Mandado de Injunção e como esta posição se modificou ao longo dos anos, além de esclarecer como o princípio da separação dos poderes foi tratado nesse processo. Em outras palavras, o

---

<sup>13</sup> Enquanto alguns autores discordam da possibilidade do Judiciário criar a norma regulamentadora faltante nas ações de Mandado de Injunção (FERREIRA FILHO, 2002) (MEIRELLES, 2001), outros a defendem (PIOVESAN, 2003) (BARBI, 1990) (VELLOSO, 1997).

que se discute neste trabalho é como o STF, o guardião da Constituição Brasileira, compatibiliza a assunção de funções políticas pelo Judiciário com o princípio referido.

Antes de se iniciar o trabalho propriamente dito, vai-se fazer, no Capítulo Segundo, uma explicação sobre a metodologia que guiou a pesquisa. Em seguida, com o auxílio dos autores especializados, passa-se, no Capítulo Terceiro, a uma breve explanação sobre a teoria da separação dos poderes, para em seguida tratar, no Capítulo Quarto, da Judicialização da Política. Neste capítulo, três subtópicos vão organizar a discussão sobre o tema. No primeiro, vai-se introduzir a questão, definindo-a e traçando um esboço deste recente fenômeno, no segundo, vai-se explicitar quais discussões vêm sendo travadas contemporaneamente sobre o tema. Por fim, no terceiro subtópico, será abordada a teoria de que a opção política pelo modelo de Estado Social contribui para o surgimento do fenômeno da judicialização, demonstrando a visão dos seus partidários e daqueles que optaram por outro caminho. Após, o Capítulo Quinto buscará determinar o que é o Mandado de Injunção e quais são as principais questões relacionadas ao tema.

Em seguida, no Capítulo Sexto, passa-se a demonstrar a posição do Tribunal Constitucional sobre o tema. Neste capítulo, o primeiro subtópico será reservado para considerações iniciais, e o segundo para demonstrar, com base nos acórdãos julgados procedentes pelo Plenário do STF, como este Tribunal enxerga o princípio da separação de poderes e os efeitos concedidos ao Mandado de Injunção quando da adoção da posição concretista, em 1989, até a mudança de posicionamento, em 2007, que concedeu efeitos concretos ao instituto. O estudo não se limitará aos acórdãos promulgados, pesquisando-se também os votos e as discussões surgidas por ocasião dos julgamentos. O Capítulo Sétimo será utilizado para, analisando as informações constantes do capítulo anterior, demonstrar como o Supremo modificou sua posição sobre os efeitos do Mandado de Injunção, ressaltando

qual a sua posição atual, e como o princípio da separação dos poderes foi tratado nesse processo. Vai-se procurar concluir como o Tribunal justificou sua atuação política no bojo das ações de Mandado de Injunção, determinando se e como o STF compatibiliza o princípio da separação dos poderes com a concessão de efeitos concretos ao Mandado de Injunção. Por fim, ainda no Capítulo Sétimo, vai-se abrir um último tópico voltado a lançar alguma luz sobre os motivos pelos quais o Tribunal adotou posicionamentos distintos sobre o tema ao longo dos anos.

## 2. METODOLOGIA

O presente trabalho insere-se no âmbito das pesquisas relacionadas à judicialização da política, da expansão das atribuições do Poder Judiciário para os temas de índole política. As pesquisas dessa natureza têm como pano de fundo o rearranjo da organização dos Poderes do Estado. A judicialização leva a um agigantamento do Poder Judiciário, a um aumento da sua esfera de atuação, aumento este que se perfaz por meio do exercício de funções políticas, usualmente compreendidas como próprias dos outros Poderes Estatais (VALLINDER, 1995, 13).

Nesta perspectiva, estudar a judicialização da política é, ao menos indiretamente, estudar a tripartição dos Poderes, compreender como a necessária separação entre os Poderes do Estado se compatibiliza com este recente fenômeno.

Muitas pesquisas sobre o tema buscam definir se a judicialização está ou não presente em um determinado Estado<sup>14</sup>. Outras buscam determinar quais os temas que mais comumente levam o Judiciário a proferir decisões de índole política<sup>15</sup>, ou mesmo elucidar quais as condições que propiciam a ocorrência do fenômeno<sup>16</sup> e até a sua evolução histórica<sup>17</sup>. Nelas, é comum que se encontrem referências ao princípio da separação dos poderes, mas não como o objeto principal da pesquisa.

Este trabalho, ao contrário, tem como foco o próprio princípio da separação dos poderes do Estado. Suas pretensões, contudo, não são tão amplas: não se busca determinar como o Estado organiza seus Poderes frente ao recente fenômeno da Judicialização. Busca-se, tão somente, apontar como o próprio Judiciário enxerga a tripartição dos Poderes e, a partir disto, explicar como este Poder tem se permitido avançar sobre decisões políticas.

---

<sup>14</sup> SHAPIRO (1995)

<sup>15</sup> CASTRO (1997)

<sup>16</sup> TATE (1995)

<sup>17</sup> CAPPELLETTI (1999), VIANNA (1999)

Apresentada uma determinada questão política a uma Corte de Justiça, esta pode tomar duas atitudes: decidir o tema, adentrando em uma esfera que classicamente não deveria ser objeto de pronunciamento judicial<sup>18</sup>, ou se abster de decidir a questão, por não se considerar competente para tanto<sup>19</sup>.

A judicialização é a invasão da esfera política pelas Cortes de Justiça (VALLINDER, 1995, 13). Mas a opção de judicializar ou não é, em si, também uma decisão política. O Tribunal que, conscientemente, opta por expandir suas atribuições, tomando para si uma função que, classicamente, sempre foi associada ao Legislativo ou ao Executivo, termina

---

<sup>18</sup> A seguir transcreve-se excerto de uma decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que mantém decisão liminar proferida por juiz federal, que suspendeu a revisão tarifária de uma determinada concessionária, não por ter detectado algum vício jurídico no processo de homologação que culminou no aumento da tarifa, mas tão somente por considerar inadequada a medida ou o seu percentual, decisão que pertence à Administração Pública e que possui viés eminentemente político.

*“Impende destacar, por derradeiro, que a majoração da tarifa de energia elétrica, no percentual pretendido pela concessionária requerente, afetará em grande medida a economia do Estado do Ceará, organizada, especialmente, como indústria têxtil e setor hoteleiro. Além do impacto econômico, a sociedade em geral será prejudicada, reduzindo para muitos a possibilidade de fazer uso da energia elétrica em níveis suficientes de dignidade e ocasionando exclusão elétrica. Destarte, marcada pela razoabilidade é a decisão contra a qual se formulou o presente pedido de suspensão, devendo ser mantida” (Processo Nº 2005.05.00.016192-5. Suspensão De Liminar (SL3577-CE) Proc. Originário nº 200581000064962 – Desembargador Francisco Cavalcanti. Publicado em 20/06/2005 DJ, Seção 2, p. 682/696)*

<sup>19</sup> A decisão liminar cujo excerto se transcreve a seguir, é um exemplo de julgamento em que o Judiciário se considera incompetente para resolver sobre questões políticas. O juiz federal reconhece a competência exclusiva da Administração Pública para tratar de uma determinada matéria, considerando o pedido juridicamente impossível.

*“O pedido de liminar apresentado em relação à ANEEL, é de que seja determinado a essa agência reguladora que se abstenha de autorizar a concessionária (ENERSUL) a praticar qualquer reajuste na tarifa do serviço público de que se trata. O pedido final é de que seja a mesma compelida a editar uma resolução que fixe o índice de reajuste nos patamares almejados pelos autores.*

*Vislumbra-se, em princípio, que tais pedidos mostram-se juridicamente impossíveis, na medida em que dizem respeito à matéria a ser tratada exclusivamente pela Administração.*

*O art. 2º da Constituição Federal assim dispõe:*

*Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

*O princípio da separação dos Poderes, estabelecido no preceito constitucional acima transcrito, inibe a ingerência, por parte do Judiciário, nas questões levantadas pelos autores, eis que de competência exclusiva da Administração.” (decisão liminar proferida pela 1ª Vara Federal de Campo Grande na Ação Ordinária nº 2007.60.004670-4. Fonte: Registros da Procuradoria Federal da ANEEL)*

tendo que considerar tal decisão frente ao princípio da separação dos Poderes. Afinal, este princípio impede a judicialização ou permite que esta se dê em uma determinada medida?

Conforme mencionado anteriormente, o objeto da presente pesquisa é justamente o de determinar como o Judiciário considerou esta questão, como justificou a opção por judicializar frente ao princípio da separação dos poderes do Estado. Para responder semelhante questão, optou-se por pesquisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

O foco neste Tribunal específico pode ser explicado por dois motivos. O primeiro é evidente e se relaciona à viabilidade da pesquisa. Estudar o entendimento sobre a matéria no âmbito de todo e qualquer Tribunal brasileiro envolveria uma pesquisa de proporções imensas, a qual demandaria esforço hercúleo, impossível de ser realizada neste trabalho. O segundo motivo se relaciona com as características próprias deste Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal é, ao mesmo tempo, a última instância do Judiciário e a Corte Constitucional Brasileira. Trata-se do “*órgão de cúpula do Poder Judiciário e a ele compete, precipuamente, a guarda Constituição*”<sup>20</sup>. **FAVOREAU** (1984, 22-23, apud. **MORAES**, 2006, 498), explica que a jurisdição constitucional busca, entre outras funções, preservar o princípio da separação dos Poderes, como se observa do excerto abaixo transcrito:

*“nos diversos ordenamentos jurídicos, a jurisdição constitucional exerce quatro funções básicas: o controle da regularidade do regime democrático e do Estado de Direito; o respeito ao equilíbrio entre o Estado e a coletividade, principalmente em proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais, a garantia do bom funcionamento dos poderes públicos e a preservação da separação dos Poderes; e finalmente, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos”.*

---

<sup>20</sup> Sítio Eletrônico do Supremo Tribunal Federal, acessado em 22/05/2011, 18:44h (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>)

Como visto, uma das atribuições essenciais das Cortes Constitucionais é zelar pela preservação da separação dos poderes. Aliás, não poderia ser de outra forma. O princípio da separação dos poderes tem sede constitucional, estando previsto no art. 2º da Constituição Federal. O referido princípio é imutável, conforme preceitua o art. 60, §4º, III, da Carta Magna, não podendo ser alterado por emenda constitucional<sup>21</sup>. Trata-se de uma “cláusula pétrea”, integrando o cerne imodificável da Constituição. Assim, dada sua evidente importância, o Tribunal Constitucional não se poderia furtar à tarefa de preservá-lo.

Justifica-se assim a escolha pelo estudo do tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, mesmo considerando um único Tribunal, é preciso ter em vista que uma Corte deste porte recebe uma miríade de processos anualmente, sendo impossível pesquisar em cada um deles a resposta à questão que se propõe desvendar neste trabalho. Além disso, nem todas as ações envolvem a possibilidade de judicialização. Muitos processos versam sobre temas que indubitavelmente se situam na alçada exclusiva do Poder Judiciário. Tornava-se necessário, portanto, selecionar objetivamente um grupo de julgados que, por suas características, envolvesse a possibilidade de judicialização e que, preferencialmente, colocassem o Tribunal na posição de ter que analisar o impacto da sua decisão na tripartição dos Poderes do Estado.

Analisando as diversas classes de ações<sup>22</sup> julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, optou-se por pesquisar os processos de Mandado de Injunção. Optar por uma classe de ação traz o conforto de se utilizar um critério de seleção objetivo. Além disso, as particularidades detidas pela ação de Mandado de Injunção a colocam como o objeto ideal para uma pesquisa

---

<sup>21</sup> Art. 60, 4º - *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes;*

<sup>22</sup> Refere-se às classes de ações significando tipos de ações, como, por exemplo, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, entre outras.

desse calão. O Mandado de Injunção é uma ação cuja concessão se dá sempre que se constatar que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ora, a ação em tela se dirige justamente contra a inércia dos Poderes Políticos em regulamentar preceito constitucional de eficácia limitada<sup>23</sup>. O objeto desta ação, portanto, é passível de gerar, por si, uma tensão entre o Judiciário e os demais Poderes da República.

Some-se a isto o fato de que ao prever a ação de Mandado de Injunção a Constituição não definiu se a sentença de procedência deveria apenas constatar a inércia dos Poderes competentes para editar o regulamento faltante, ou se a decisão poderia criar o regulamento cuja ausência impede a fruição dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais. Assim, coube ao próprio Poder Judiciário definir os limites das suas atribuições, decidir se tomava para si ou não uma função eminentemente política, que é a de criar normas. E o que torna esta espécie de ação ainda mais interessante para a pesquisa é que tal decisão é essencial para a definição da própria finalidade do Mandado de Injunção<sup>24</sup>.

Desse modo, o Tribunal não escolhe aleatoriamente em que tema vai atuar politicamente. Ao contrário, o Tribunal resolve se, apresentada uma ação dessa natureza, ele irá optar ou não pela judicialização, independentemente do tema que esteja em discussão. Como o debate em torno da possibilidade de judicializar se faz em tese, sem sofrer a influência das peculiaridades do caso concreto, a decisão precisa responder se a criação de

---

<sup>23</sup> MORAES (2006, 7) define normas de eficácia limitada como “*aquelas que apresentam ‘aplicabilidade indireta’, mediata ou reduzida, porque somente incidem totalmente (...) após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade*”.

<sup>24</sup> Se o Judiciário decide exercer uma função política nestas ações, está decidindo que o objetivo do Mandado de Injunção é criar a norma jurídica faltante. Se, contudo, decide não exercer uma função política, isto implica dizer que a finalidade do Mandado de Injunção é meramente reconhecer a omissão do Poder competente para editar a norma faltante.

normas pelo Poder Judiciário no bojo das ações de Mandado de Injunção é possível, o que passa pela compatibilidade de tal possibilidade com o princípio da separação dos poderes.

Assim, justifica-se a escolha pela análise das Ações de Mandado de Injunção. Entre essas, porém, nem todas enfrentam a questão da possibilidade de criação de normas pelo Poder Judiciário. Muitos processos distribuídos e apresentados em Plenário não contêm todos os elementos necessários para serem analisados pelo Tribunal, não sendo sequer conhecidos<sup>25</sup>. Outros, apesar de possuírem os elementos mínimos que possibilitam o seu conhecimento, não preenchem as exigências necessárias para serem julgados procedentes. Ainda há aquelas decisões que são tomadas monocraticamente, ou seja, são decididas não pelos membros do Tribunal, reunidos em Plenário, mas apenas pelo Ministro-Relator, responsável pela condução do processo<sup>26</sup>. Estas decisões são tomadas apenas pelo Relator porque tratam de questões pacificadas, de menor complexidade, cuja evidência não torna necessária a análise pelo Plenário, como a negativa de seguimento do pedido manifestamente improcedente ou inadmissível, por exemplo<sup>27</sup>. Processos com as características listadas neste parágrafo não discutem os efeitos da sentença que concede a injunção e, por conseguinte, não interessam à presente pesquisa.

---

<sup>25</sup> Toda ação levada ao Poder Judiciário precisa preencher condições mínimas para ser apreciada. São as chamadas condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para a causa. Faltando uma destas condições, o julgador não chega nem mesmo a apreciar o pedido, não chegando a ‘conhecer a ação’. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2002, 258-261)

<sup>26</sup> Os Tribunais têm a prerrogativa de organizar a sua atuação interna por meio da elaboração de Regimentos Internos. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2002, 182). No Supremo Tribunal Federal, o Regimento Interno determina a competência do Plenário, das Turmas e do Relator, especificando em que casos este último pode decidir diretamente, ou monocraticamente, a questão.

<sup>27</sup> O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal determina que o Relator dos processos poderá negar seguimento ao pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou súmula do Tribunal. Veja-se a este respeito o art. 21, §1º do referido Regimento Interno: *“Art. 21, §1º - Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.”*

São os Mandados de Injunção julgados procedentes pelo Pleno do Tribunal que podem trazer pistas sobre o entendimento do STF acerca do tema<sup>28</sup>. Diante disso, foram estes os Mandados de Injunção escolhidos para a pesquisa.

O sítio eletrônico do STF traz a possibilidade de realizar pesquisa da jurisprudência da Corte. Utilizando a expressão “Mandado de Injunção” e restringindo a pesquisa a “acórdãos”<sup>29</sup> chega-se a um número de 305 julgados. Foram estas decisões cujo conteúdo se analisou inicialmente neste trabalho. Ao reduzir a pesquisa aos acórdãos, eliminou-se todas as decisões proferidas nestas ações que não foram julgadas pelo Plenário da Casa.

Utilizando o argumento aludido acima, o sistema apontou uma lista de Mandados de Injunção, elencados por ordem de publicação, do mais recente ao mais antigo. Como o objetivo da pesquisa é o de pesquisar a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, optou-se por analisar os resultados iniciando-se pelas ações mais antigas, publicadas ainda no ano de 1988, até chegar as mais recentes, publicadas em maio de 2011.

A lista fornecida no sítio eletrônico do STF a partir do argumento em tela, qual seja, “Mandado de Injunção”, apresentava-se em um total de 30 páginas, nas quais as ações já eram apresentadas com suas informações básicas, como o seu número, o Ministro Relator, a data do julgamento e da publicação, os nomes das partes, o resultado (provimento, provimento parcial, improvimento, negativa de seguimento e não conhecimento) e se unânime ou por

---

<sup>28</sup> Ressalta-se que, após o julgamento do MI 795, em 2009, o Plenário do STF autorizou que os Ministros Relatores decidissem monocraticamente as ações de Mandado de Injunção voltadas a garantir o direito à aposentadoria especial previsto no art. 40, § 4º, da Constituição Federal, seguindo a orientação firmada no MI 721, que determinou a aplicação da Lei Geral da Previdência Social aos impetrantes. Assim, após o julgamento do MI 795, as decisões monocráticas passaram, nos casos relacionados ao direito em referência, a decidir pelo provimento da ação, não se restringindo apenas a negar seguimento ao pedido manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência do Tribunal, o que conferiu a estas decisões uma maior relevância.

<sup>29</sup> Acórdão é a decisão proferida pelo Colegiado dos Tribunais, seja pelas Turmas ou pelo Plenário. O art. 163 do Código de Processo Civil o define como “*o julgamento proferido pelos tribunais*”.

maioria, além da ementa. A ementa é uma ferramenta importante porque traz um breve resumo das conclusões que levaram à conclusão do julgamento. A leitura destes dados básicos apresentados na lista era de grande auxílio para selecionar em quais destas ações os votos seriam pesquisados.

É que entre estas ações submetidas ao Plenário, selecionou-se as ações julgadas procedentes para integrar o trabalho, alcançando-se um número de 36 acórdãos. Ressalta-se, por oportuno, que foram pesquisados também as ações não providas/não conhecidas quando o julgamento não era unânime, visto que os votos divergentes, quais sejam, os que não concordavam com o improvimento/não conhecimento, poderiam trazer alguma informação sobre a compreensão do instituto frente ao princípio da separação dos Poderes. Constatou-se, todavia, que em nenhuma destas ações de improvimento/não conhecimento não unânime os votos traziam informações relevantes, que pudessem ser selecionadas para integrar a pesquisa. É que na maioria destes casos o Mandado de Injunção terminava sendo rejeitado porque não reunia as condições para ser impetrado, como a legitimidade das partes para propor a ação, a apresentação do processo frente a um juízo competente ou mesmo a situação em que a norma apontada como faltante já existia, mas apenas não contemplava os desígnios do impetrante. Nestes casos, não se discutia os efeitos do Mandado de Injunção, mas uma questão prévia, qual seja, se era ou não caso de Mandado de Injunção.

Assim, a partir da leitura das informações básicas fornecidas na lista, selecionou-se quais ações teriam os votos analisados. Como visto, foram selecionadas as ações julgadas procedentes, todas utilizadas na construção deste trabalho, assim como as não procedentes não-unânicas, as quais, conforme explicado no parágrafo acima, terminaram por não trazer informações úteis, capazes de contribuir para os resultados da pesquisa.

A leitura dos votos se faz por meio de um *link* denominado “inteiro teor”. Ao clicar neste *link* é possível acessar tanto os votos quanto eventuais discussões realizadas em Plenário, todos dispostos em um único documento numerado, no qual os votos e as discussões em Plenário são posicionados pela ordem cronológica dos acontecimentos.

Ao pesquisar estes documentos, atentou-se para as discussões concernentes aos efeitos das sentenças das ações de Mandado de Injunção, selecionando em cada voto excertos capazes de demonstrar a visão dos Ministros e da própria Corte Maior sobre o tema. Selecionou-se, principalmente, os excertos que demonstravam as opiniões dos Ministros sobre os efeitos do instituto frente ao princípio da separação dos poderes e frente à opção por judicializar as questões políticas. Muitos destes excertos foram transcritos no Capítulo que apresenta os resultados da pesquisa.

Frise-se, por oportuno, que o link de pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do STF não traz resultados de acórdãos não publicados. De qualquer forma, os dados colhidos, que foram os disponibilizados por meio da expressão “Mandado de Injunção”, estão bem distribuídos ao longo dos anos e permitem demonstrar a evolução da jurisprudência da Corte em relação ao tema.

A pesquisa, como visto, utilizou apenas a análise de documentos. Recursos como entrevistas com os Ministros do Supremo Tribunal Federal participantes dos julgamentos, especialmente os julgamentos do MI 107, ocorrido em 1989 e o julgamento dos MIs 670, 708, 712 e 721, realizados em 2007, todos considerados *leading cases* em relação à posição do STF sobre o tema, foram afastadas.

Optou-se por afastar ou não realizar tais entrevistas porque o objeto da pesquisa é a visão do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção externada nos julgamentos. Pretende-se demonstrar como o órgão máximo do Judiciário brasileiro enfrentou

a questão ao longo dos anos, se judicializando ou não questões políticas, e como tal foi compatibilizado com o princípio da separação dos poderes. A eventual opinião pessoal dos Ministros e que não foi registrada em seus votos por ocasião dos julgamentos não é capaz de demonstrar a opinião da instituição. Além disso, é preciso ter em vista que o Supremo Tribunal Federal vai renovando seus membros ao longo dos anos. Dos onze Ministros presentes no julgamento da Questão de Ordem do MI 107, nenhum integrava a Corte no ano de 2011. Mesmo a composição da Corte em 2007, ano da mudança de entendimento do STF sobre o tema, não é mais a mesma em 2011. Ao deixar de integrar a Corte, é de supor que muitos Ministros retornem ao seu Estado de origem. Assim, encontrar todos os Ministros participantes destes julgamentos e entrevistá-los seria uma tarefa dificultosa e cujos resultados praticamente não contribuiriam para o deslinde da questão.

Explicitados os termos em que foi realizada a pesquisa, assim como as escolhas tomadas naquela ocasião, passa-se a uma explanação teórica da questão sob análise.

### 3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO

O art. 2º da Constituição Federal dispõe que os Poderes da União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, consagrando o princípio da separação de poderes no Brasil. Pode-se afirmar que esse é um princípio característico dos Estados de Direito, a ponto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamar que a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos Poderes não tem Constituição.

A separação dos Poderes terminou por se tornar um elemento essencial na organização política do Estado (DALLARI, 1995, 184). Essa, contudo, não era a regra à época da formação dos Estados Modernos, que costumavam reunir no soberano todas as funções estatais.

A formação dos Estados Modernos se dá em um momento histórico de mudanças significativas na sociedade. O fim do feudalismo na Europa traz consigo o fortalecimento dos Estados Nacionais. A própria denominação *Estado* surge nessa época, como explica DALLARI (1995, 43), que defende ter o termo aparecido pela primeira vez em 1513, no livro “O Príncipe” de Maquiavel, significando situação permanente de convivência e ligado à sociedade política<sup>30</sup>.

Considera-se a Paz de Westfália, no ano de 1648, como o marco temporal do surgimento dos Estados Modernos<sup>31</sup>. Naquela data, dois tratados foram assinados pelas recém

---

<sup>30</sup> A mesma referência é feita por BONAVIDES (2010, 35).

<sup>31</sup> Na realidade, os estudiosos se dividem em três correntes para explicar a data de surgimento do Estado. Há aqueles que entendem que o Estado, como a própria sociedade, sempre existiu, há os que defendem que o Estado surgiu para atender as necessidades dos grupos sociais, conforme as condições concretas de cada lugar e, finalmente, há aqueles que acreditam que o Estado somente se formou em 1648 quando foi assinada a Paz de Westfália, pois somente nesta data teria surgido a idéia e a prática da soberania (DALLARI, 1995, 44). Sem entrar nesta polêmica, o trabalho aponta a Paz de Westfália como o marco do aparecimento dos *Estados*

gestadas nações européias, pondo fim às guerras religiosas que se alastravam no continente. Por meio destes acordos, foram fixados os limites territoriais dos Estados europeus e reconhecida a soberania de cada nação no seu território (DALLARI, 1995, 45).

**DALLARI** (1995, 61) reconhece quatro elementos essenciais no Estado Moderno: soberania, território, povo e finalidade. Destes elementos, **BONAVIDES** (2010, 35) destaca a soberania como sendo o grande princípio que inaugurou esta nova forma de organização política e social.

O termo soberania, não é demais recordar, trata-se de uma daquelas expressões que, de tão estudadas e conceituadas, passam a carregar tantos significados que terminam por não significar quase nada. **DALLARI** (1995), por exemplo, lamenta a imprecisão conceitual do termo. Para ele, a atenção exagerada que o conceito de soberania tem recebido dos estudiosos *“deu margem ao aparecimento de uma tão farta bibliografia e à formulação de uma tal multiplicidade de teorias que acabou sendo prejudicado, tornando-se cada vez menos preciso e dando margem a todas as distorções ditadas pela conveniência”* (DALLARI, 1995, 63). O autor associa o problema à significação política que a expressão evoca, capaz de suscitar fortes paixões, o que prejudica uma análise isenta do objeto da pesquisa.

Em que pese a dificuldade apontada, os conceitos formulados pelos estudiosos do tema geralmente aludem ao poder amplo do Estado no seu território. **BODIN** (1583, apud. DALLARI, 1995, 65), filósofo do absolutismo, considera a soberania como o poder absoluto e perpétuo de uma República. **BONAVIDES** (2010, 35) a define como *“o poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”*.

---

Modernos, pois esta é considerada *“o ponto de separação entre o Estado Medieval e o Estado Moderno”* (DALLARI, 1995, 45)

Com a formação dos Estados Nacionais, após longos dez séculos de feudalismo na Europa, este poder soberano é associado à figura do rei (BONAVIDES, 2010/2, 136), governante que se confunde com o próprio Estado, detentor das funções de dizer a lei e de aplicá-la, além de organizar a vida social e travar relações com os demais Estados Soberanos, decidindo pela paz ou pela guerra.

Não faltaram filósofos e pensadores para explicar e legitimar esta nova forma de organização, a que se denominou de Estados Absolutistas, em alusão ao poder absoluto detido por seus governantes, como **MAQUIAVEL** (1996) e **HOBBS**, (2010), por exemplo.

A primeira grande contribuição doutrinária sobre o tema foi dada por **MAQUIAVEL** (1996), que em 1513 escreveu a obra “O Príncipe”, na verdade, um manual do absolutismo pelo qual o autor aconselhava o príncipe Lorenzo de Médici sobre a arte de governar, buscando assegurar, com tais conselhos, a unidade italiana (XAVIER, 1996, prefácio MAQUIAVEL, 1996). O autor defende a concentração do poder político, aconselhando os governantes em temas como guerra<sup>32</sup>, coleta de impostos<sup>33</sup>, tomada de decisões relacionadas aos súditos<sup>34</sup>, formação de exércitos<sup>35</sup>, gastos de governo<sup>36</sup>, entre outros. Seus conselhos deixam claro que o poder do príncipe é ilimitado ou absoluto.

Segundo **REALE** (1983, 211), o poder absoluto dos reis também é defendido por **BOSSUET**, que justifica a concentração de poder nas mãos do soberano como decorrência de

---

<sup>32</sup> O trecho seguinte é um exemplo de conselho sobre a guerra e a conquista: “*O desejo de conquistar é coisa verdadeiramente natural e ordinária e os homens que podem fazê-lo serão sempre louvados e não censurados. Mas senão podem e querem fazê-lo, de qualquer modo, é que estão em erro e são merecedores de censura.*” (MAQUIAVEL, 1996, 35)

<sup>33</sup> Veja-se o seguinte exemplo: “*O conquistador, para mantê-los, deve ter duas regras: primeiro, fazer extinguir o sangue do antigo príncipe; segundo, não alterar as leis nem os impostos (...)*” (MAQUIAVEL, 1996, 30)

<sup>34</sup> O trecho seguinte exprime um exemplo de conselho relacionado aos súditos: “*Os homens devem ser mimados ou exterminados, pois se vingam de ofensas leves e das graves já não podem fazê-lo. Assim, a injúria deve ser tal que não se tema a vingança*” (MAQUIAVEL, 1996, 30)

<sup>35</sup> Exemplo de conselho sobre formação de exércitos: “*(...) as forças com que um príncipe mantém o seu Estado são próprias ou mercenárias, auxiliares ou mistas (...)*” (MAQUIAVEL, 1996, 75)

<sup>36</sup> Exemplo de conselho relacionado a gastos de governo: “*(...) com as colônias não se gasta muito, e sem grandes despesas podem ser feitas e mantidas*” (MAQUIAVEL, 1996, 31)

um direito divino ao trono. O monarca seria escolhido por Deus para governar o Estado e, em virtude disto, somente a Deus responderia por seus atos, não podendo ser responsabilizado perante os homens<sup>37</sup>.

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 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 a elas se submeta, julga os contenciosos e se ocupa da gestão do reino, da sua administração, demais de representar o Estado nas suas relações com outros povos. Mais que o representante, o rei é o próprio Estado, não tendo exagerado Luiz XIV, monarca absolutista francês, quando ao se referir ao próprio poder irrestrito cunhou a famosa frase: “O Estado sou eu”<sup>38</sup>.

A teoria do direito divino parecia perfeita para explicar e justificar a concentração de poder nas mãos do soberano. Apesar disso, com o passar do tempo, outras teorias vieram a suplantá-la, como por exemplo a preconizada por **HOBBS**.

**HOBBS** (2010) é um pensador que se preocupou em justificar o poder absoluto dos monarcas. O autor, todavia, explica a concentração de poder no soberano não como decorrência do direito divino, como se apregoava à época, mas como uma exigência do pacto social, pelo qual os homens abriram mão de sua liberdade como a única forma de escapar do

---

<sup>37</sup> “Bossuet proclama que a autoridade do rei é sagrada; que o povo lhe deve obediência ‘como à própria justiça’; que o príncipe não perde pelos seus crimes a qualidade de senhor; que os reis ‘são deuses que participam da independência divina; que o povo não deve protestar, a não ser com preces, contra as arbitrariedades do tirano (...)’” (REALE, 1983, 211)

<sup>38</sup> REALE diz que “a célebre frase atribuída a Luís XIV, ‘O Estado é sou eu’, é uma frase de BOSSUET: ‘Tout l’Etat est em lui’” (REALE, 1983, 211)

estado de natureza, formando uma sociedade politicamente organizada<sup>39</sup>. Todos os homens se unem na figura de um só homem ou assembléia de homens, que representa o próprio Estado, detentor de um feixe de poderes tão extenso que **HOBBS** (2010, 126), para melhor explicá-lo, utiliza a alegoria do Leviatã, um monstro referido no Antigo Testamento<sup>40</sup>.

A essência do Estado é associada por **HOBBS** (2010, 127) à figura do soberano, uma pessoa legitimada pelo pacto social para utilizar a força como julgue oportuno, visando assegurar a paz e a defesa comum<sup>41</sup>. Os atos do governante são, por imposição do pacto, atos dos seus súditos e, por conseguinte, o soberano não pode ser acusado ou castigado por nenhum homem, já que ninguém acusa ou castiga a si próprio (HOBBS, 2010, 130)<sup>42</sup>.

Sua obra explicita claramente a necessidade de que o soberano, além de reger o funcionamento da sociedade, prescreva as regras e as aplique, sendo dotado, portanto, dos poderes de administrar o Estado, de legislar, e de julgar os seus súditos (HOBBS, 2010, 131)<sup>43</sup>, concentrando em si todo o poder estatal.

Como visto, tanto a concentração de poder nas mãos do rei quanto a necessária obediência dos súditos são preservadas na obra de **HOBBS**. Agora, com a alegoria do pacto social, o poder do rei não é mais legitimado por Deus, mas pelo conjunto dos homens, e sua

---

<sup>39</sup> “O absolutismo que Filmer e Bossuet faziam descer de Deus, Hobbes faz brotar do próprio homem, do equilíbrio forçado dos egoísmos” (REALE, 1983, 216)

<sup>40</sup> “Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado. (...) Essa é a geração do grande Leviatã, ou, antes (para usarmos termo mais reverente), daquele deus mortal a quem devemos, abaixo do Deus imortal, nossa paz e defesa.” (HOBBS, 2010, 126)

<sup>41</sup> “A essência do Estado consiste nisso e pode ser assim definida: uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que acha conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.” (HOBBS, 2010, 127)

<sup>42</sup> “Quem faz as coisas em virtude da autoridade de um outro não pode nunca causar injúria àquele em virtude de cuja autoridade está agindo, e cada súdito é, por instituição de um Estado, autor de todos os atos e decisões do soberano. (...) Sendo cada súdito autor dos atos de seu soberano, cada um estaria castigando a outrem pelos atos cometidos por si mesmo.” (HOBBS, 2010, 130)

<sup>43</sup> “Em sétimo lugar, pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por nenhum de seus concidadãos (...). Em oitavo lugar, pertence ao poder soberano a autoridade judicial, quer dizer, o direito de ouvir e julgar todas as controvérsias que possam surgir com respeito às leis, tanto civis quanto naturais, ou com respeito a seus fatos”. (HOBBS, 2010, 131)

atuação não se faz em nome próprio, mas em nome deste mesmo conjunto de homens. Sua vontade, portanto, seria a própria vontade geral.

Quase um século depois de **HOBBS**, importantes mudanças sociais e políticas mais uma vez estavam para acontecer na Europa. Nesse contexto, formou-se uma forte corrente de pensamento contrária ao Estado absolutista (BONAVIDES 2010/2, 144), genericamente denominada de iluminismo, termo associado à luz, luz esta que emergia do domínio da razão.

**ROUSSEAU** é um exemplo de filósofo iluminista, que embora compartilhe da crença em um pacto social, como **HOBBS**, discorda da premissa daquele de que os homens transferiram ao rei um poder absoluto e incontestável. **ROUSSEAU** (2001, 86)<sup>44</sup> defende que a soberania pertence ao povo e não ao soberano. A este último se impõem limites, o limite da vontade geral. Se este limite é transposto, quebra-se o pacto social, cessa o dever de obediência. Sobre a transferência da soberania do monarca ao povo por meio de um pacto social, **REALE** (1983, 242) faz as seguintes observações:

*“onde os pensadores palacianos colocam o monarca, Rousseau coloca o povo, enquanto outros fazem descer a autoridade, direta ou indiretamente de Deus, ele forja com minúcias um contrato entre os homens naturais para provar a soberania do povo e justificar racionalmente o levante popular”*

Retirar a soberania das mãos dos governantes e passá-la à titularidade do povo foi um grande passo, sem o qual seria impossível cogitar da possibilidade de instituir limites ao poder estatal. O desenvolvimento desta idéia da limitação do poder do Estado será desenvolvida por outros pensadores, como, por exemplo, **MONTESQUIEU** (1997).

---

<sup>44</sup> “(...) De dois modos sobrevém a dissolução do Estado; primeiro, quando o príncipe cessa de o administrar segundo as leis e usurpa o poder soberano; sucede então notável transtorno, e que não o governo, mas o Estado se constringe, quero dizer que o grande Estado se dissolve e que se forma outro naquele, só composto dos membros do governo, e que só é para o resto do povo seu dono e seu tirano; de sorte que no instante em que o governo usurpa a soberania, o pacto social se rompe, todos os simples cidadãos tornam a entrar de direito na sua liberdade natural e, apesar de forçados, não têm obrigação de obedecer” (ROUSSEAU, 2001, 86)

Este filósofo francês posicionou-se contrariamente à concentração de poder nas mãos de um só corpo político, por considerar que tal levaria ao abuso e à tirania (MONTESQUIEU, 1997, 202)<sup>45</sup>. A obra de MONTESQUIEU é fortemente influenciada por uma viagem sua à Inglaterra, cuja organização política era mais avançada do que a do continente<sup>46</sup> e, possivelmente, pelas idéias de LOCKE, pensador político inglês (REALE, 1983, 233).

A separação dos poderes do Estado é sugerida por LOCKE no Segundo Tratado sobre o Governo. O autor inglês associa o poder político à elaboração das leis, leis estas que visam necessariamente ao bem da comunidade. Toda sociedade que deseja preservar a propriedade, a paz e a segurança tem como primeira incumbência o estabelecimento do Poder Legislativo (LOCKE, 2010, 90). Este, ainda segundo LOCKE (2010, 91), representa o poder do conjunto de membros da sociedade, confiado a uma pessoa ou grupo de pessoas. Como o poder do Legislativo deriva dos membros da sociedade, seu limite, naturalmente, é o bem geral desta mesma sociedade, não podendo o legislador transpor este limite.

Para LOCKE (2010, 98) não é suficiente a existência de um Poder Legislativo, fazendo-se necessária a constituição de outro poder, cujo objetivo é o de executar as leis elaboradas pelo primeiro. É que se aquele que faz a lei também detivesse o poder de executá-la, grande seria a tentação de abusar do poder que lhe foi conferido pela sociedade (LOCKE,

---

<sup>45</sup> “Tudo estaria perdido de o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” (MONTESQUIEU, 1997, 202)

<sup>46</sup>Há autores que afirmam que a idéia que MONTESQUIEU fazia da organização política inglesa não correspondia à realidade, visto que naquele país não existia, na prática, uma efetiva separação dos Poderes do Estado. BONAVIDES (2010/2, 147) advoga neste sentido. Segundo o autor, “consta haver Montesquieu cometido equívoco fundamental quando propôs a Constituição da Inglaterra por exemplo vivo relativo à prática daquele princípio de organização política, porquanto na ilha vizinha o que efetivamente se passava era o começo da experiência parlamentar de governo, esbatendo toda a distinção de poderes”. De qualquer sorte, o mesmo autor (BONAVIDES, 2010/2, 148) reconhece que MONTESQUIEU pode ter percebido o “equívoco”, já que admitiu que não lhe cabia analisar se os ingleses fruía a sua liberdade, contentando-se em saber que esta liberdade estava estabelecida nas leis.

2010, 98)<sup>47</sup>. A idéia da separação de poderes, portanto, surge da preocupação de evitar o abuso, para que o poder político seja utilizado em prol da sociedade e não de quem a governa, consistindo em um poderoso instrumento de impugnação do absolutismo. **MONTESQUIEU** retoma esta preocupação no “Espírito das Leis”, construindo sua teoria da separação dos poderes como um instrumento de garantia da liberdade individual (DALLARI, 1995, 181) (BONAVIDES, 2010/2, 146), um antídoto ao abuso do poder.

**LOCKE** (2010), portanto, defendia a coexistência do Poder Legislativo e de um Poder executor das leis. Na realidade, além do poder de legislar, o autor alude a dois outros poderes, de certa forma enfeixados em um só, que seriam os poderes executivo e federativo, “(...) *cabendo a um a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem, e ao outro a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela, assim como gerir os benefícios ou danos por ela causados (...)*” (LOCKE, 2010, 99)”.

Na perspectiva de **LOCKE** (2010, 101) todos estão subordinados à lei e a lei deriva da comunidade<sup>48</sup>. A convivência dos poderes Legislativo e Executivo, este último congregando o poder Executivo propriamente dito e o poder Federativo, se impõe pela preocupação de evitar o abuso, garantindo que o governo se fará em prol da comunidade e não dos interesses daqueles que governam<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> “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, 2010, 98)

<sup>48</sup> “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” (LOCKE, 2010, 101)

<sup>49</sup> “Embora uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuando conforme 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 confiaram” (LOCKE, 2010, 101)

Tendo por lume estas idéias, **MONTESQUIEU** (1997), igualmente temendo o abuso por parte do governante que concentra em si as funções de legislar, julgar e administrar, propõe a divisão do Estado em três Poderes, cada qual detendo funções distintas. Ao poder de legislar caberia a criação das leis, ao poder executivo a manutenção da segurança e das relações internacionais, e ao poder de julgar, a solução das querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 1997, 201)<sup>50</sup>.

Estes poderes do Estado estariam inseridos em um sistema que se convencionou chamar de freios e contrapesos, no qual o poder freia o poder, não se permitindo que um domine os demais. (MONTESQUIEU, 1997, 209) Como os poderes do Estado exercem controles mútuos entre eles, impede-se que um se sobreponha aos outros, mantendo-se o equilíbrio. Assim, repele-se a tirania e o abuso.

A teoria da separação de poderes é vista como uma garantia à liberdade dos homens. **BONAVIDES** (2010, 291), comentando a obra de **MONTESQUIEU**, destaca a separação de poderes como o antídoto para a falta de liberdade, conforme o trecho a seguir reproduzido:

*“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 organizar-se segundo tais preceitos que nenhum cidadão possa temer outro cidadão. A separação de poderes é, pois, o remédio supremo.”*

É que a divisão das atribuições do Estado entre corpos políticos distintos, somada ao exercício dos controles mútuos apregoado no “Espírito das Leis”, evita que os cidadãos fiquem expostos ao arbítrio de um só homem, especialmente quando as decisões deste homem

---

<sup>50</sup> “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 príncipe 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 Estado”. (MONTESQUIEU, 1997, 201)

não podem ser questionadas. Para **MONTESQUIEU** (1997, 200) a liberdade é a possibilidade de fazer tudo o que as leis permitem. O direito à liberdade, contudo, só vai existir em um Estado quando o governante não abusar do poder que lhe foi conferido, o que só ocorre em um sistema em que o poder freia o poder.<sup>51</sup>

A separação de poderes, portanto, caminha junto com o sistema de freios e contrapesos, e tudo com a finalidade de garantir a liberdade política. O Estado se auto-limita, rechaçando o poder absoluto e respeitando as liberdades dos cidadãos. Mas em que exatamente consistem estes controles mútuos entre os Poderes do Estado?

Segundo **BONAVIDES** (2010/2, 150), os controles mútuos na obra de **MONTESQUIEU** podem ser definidos como o exercício da faculdade de impedir. Os Poderes do Estado, quando exercem suas funções típicas, fazem uso da faculdade de estatuir e quando interferem em outro poder, para manter o equilíbrio, fazem uso da faculdade de impedir. É o que acontece, por exemplo, quando o Executivo veta uma medida legislativa.

Em resumo, pode-se afirmar que **MONTESQUIEU** (1997) divide as funções estatais entre os três Poderes do Estado, 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 querelas entre os particulares. Esta 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 rígida 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

---

<sup>51</sup> “Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar. (...) A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. (...) Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos Estado Moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e não fazer as que as leis permitem.” (MONTESQUIEU, 1997, 200)

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 o Poder Legislativo proceder a julgamentos (MONTESQUIEU, 1997, 204, 208). Aliás, tais mecanismos sugeridos pelo autor poderiam ser identificados como exemplos dos freios e contrapesos aludidos em sua obra.

Segundo **BONAVIDES** (2010, 342), foram os Estados Unidos que alcançaram a melhor forma política de consagrar o referido princípio, tornando rígida a separação, mas mantendo os distintos poderes sob controles mútuos numa esfera de equilíbrio mais jurídica do que política.

A divisão dos poderes nos Estados Unidos, e especialmente os controles mútuos que se lhes atribuiu naquele país, chamou a atenção de **TOCQUEVILLE** (2005) já em meados do século XIX. O autor alertou que nos Estados Unidos o Poder Judiciário era dotado de grande poder político, ao contrário do que ocorria na Europa (TOCQUEVILLE, 2005, 111). Para ele, o fenômeno derivava do fato de que aos juízes norte-americanos era permitido deixar de aplicar as leis que lhe parecessem inconstitucionais (TOCQUEVILLE, 2005, 113) É que se a Constituição representa a vontade de todo o povo, ela deve vincular não apenas o cidadão, mas também os legisladores (TOCQUEVILLE, 2005, 114). Assim, a possibilidade do Judiciário estadunidense deixar de aplicar leis inconstitucionais deve ser entendida como um controle deste Poder sobre o Parlamento, cujo objetivo é preservar a vontade da constituição e, ao fim e ao cabo, a vontade do próprio povo. Para **TOCQUEVILLE** (2005, 116), esta maneira de agir dos Tribunais norte-americanos é a mais favorável à ordem pública e à liberdade.

Os controles mútuos, tal qual no exemplo do Judiciário estadunidense mencionado no parágrafo anterior, consistem em uma forma de manter o princípio da divisão de poderes,

afastando o poder absoluto e preservando os direitos e liberdades dos cidadãos. Em uma ditadura, em que nem se objetiva afastar o poder absoluto e nem respeitar os direitos e liberdades individuais e coletivos, os controles mútuos, ao contrário, podem servir para manter o poder absoluto sob a roupagem da separação dos poderes do Estado.

De qualquer sorte, mais de dois séculos após a publicação das idéias de **MONTESQUIEU** (1997), a divisão das funções do Estado em três poderes persiste, tornando-se um princípio basilar do Estado Moderno (DALLARI, 1995, 184). As Constituições, contudo, têm avançado sobre a rigidez que a caracterizava, criando muitas formas de controle, inclusive com a possibilidade de um Poder exercer as funções que normalmente se atribuiu aos demais.

**BONAVIDES** (2010/2, 151-152) elenca as mais conhecidas técnicas de controle presentes nas Constituições modernas. Alude o autor à possibilidade do Poder Executivo vetar as leis produzidas pelo Parlamento, nomear os membros do Poder Judiciário e conceder indulto a cidadãos presos. O Legislativo, por seu turno, pode rejeitar o veto do Executivo, rejeitar os tratados assinados pelo País, julgar a autoridade do Executivo no processo de impeachment e outras autoridades em determinados julgamentos políticos, além de organizar o Poder Judiciário e fixar o limite máximo de suas despesas. Por fim, o autor recorda que o Judiciário pode estatuir as regras para o seu próprio funcionamento e organizar o seu quadro de servidores.

A Constituição Federal de 1988 segue essa linha. Seu texto afirma a separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, prevendo uma divisão de funções, mas é pródiga em estabelecer o exercício de funções atípicas pelos Poderes do Estado. A título de exemplo, recorde-se os arts. 52, I e 84, XXVI, que determinam competir, respectivamente, 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<sup>52</sup>.

Este exercício frequente de funções atípicas de um Poder por outro pode ser visto como uma evolução ou uma adaptação do princípio da separação dos poderes ao mundo moderno, às suas exigências, que não mais coincidem com aquelas vigentes à época em que o mesmo foi gestado. O iluminismo e o Estado Liberal traziam consigo o anseio de liberdade. Neste contexto, uma divisão rígida de funções entre os Poderes do Estado garantia a limitação do poder soberano e com isto a liberdade almejada<sup>53</sup>. Atualmente, a sociedade demanda a implementação dos direitos sociais. Pretende-se uma atuação positiva do Estado (CAPPELLETTI, 1999, 41-42). Assim, para facilitar esta atuação positiva, a divisão de funções entre o Executivo o Legislativo e o Judiciário foi abrandada, permitindo-se que um Poder invada as funções classicamente reservada aos demais.

Há autores, todavia, que percebem esta transformação como uma espécie de declínio do princípio da separação de poderes ou pelo menos da sua perda de importância no cenário político. **BONAVIDES** (2010-2, 157-158) é um deles, como se percebe pela transcrição seguinte:

*“Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado 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*

---

<sup>52</sup> “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;”

<sup>53</sup> REALE (1993, 222) explica que o Estado Liberal tinha uma função negativa porque a idéia que se tinha da liberdade era negativa. Ao Poder Público cabia assegurar a abstenção do Estado, garantindo, assim, a liberdade dos indivíduos.

*consideráveis contra-sensos 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. Vêmo-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 (...)*”

O autor, portanto, associa o abrandamento do princípio ao seu declínio, a sua incapacidade para responder as exigências do mundo moderno. A mesma idéia é sugerida por **DALLARI** (1995, 186-187), para quem o princípio da separação de Poderes, no Estado Social constitui um dogma que precisa ser superado com vistas a garantir a eficiência no funcionamento do Estado.

O declínio sugerido por **BONAVIDES** (2010/2, 157-158) e **DALLARI** (1995, 186-187) indica um processo de superação da divisão de atribuições entre os Poderes do Estado. Na prática, todavia, a atribuição de funções precípuas aos Poderes do Estado pelas Constituições permanece, embora com diversas atenuações. Veja-se, por exemplo, a Constituição brasileira de 1988, Constituição de viés eminentemente social, mas na qual cada função do Estado é distribuída a um dos Poderes, permitindo-se excepcionalmente o exercício da função típica de um Poder por outro. O Estado ainda se constitui por um Poder Executivo que administra, um Poder Legislativo que cria leis e um Poder Judiciário que julga, embora se reconheça que cada vez mais se permite que um Poder invada a esfera de atribuições que classicamente pertence a outro.

É preciso que se atente 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 vai tomar em cada Estado, ou seja, o detalhamento das funções que cabe a cada Poder exercer, depende do que está disposto em cada Constituição.

Delineados os contornos do princípio da separação dos Poderes, passa-se a analisar, no tópico seguinte, que espaço o Judiciário ocupa neste Estado caracterizado pela divisão de

atribuições entre corpos políticos distintos. Busca-se, especialmente, e dados os objetivos da pesquisa, explicar a expansão do poder do Judiciário, o aumento das suas atribuições e da sua importância no contexto político.

## 4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

### 4.1. A expansão do Poder Judiciário

A função típica do Poder Judiciário é a de julgar. Classicamente, pelo menos nos países de tradição jurídica europeia-continental, ao julgar o juiz se limita a aplicar a lei. A escolha política é feita pelo legislador. Ao juiz, cabe meramente aplicá-la ao caso concreto. Assim, este Poder era visto como o menos político entre os três.

**MONTESQUIEU** (1997, 203) o via como “*invisível e nulo*”<sup>54</sup>. **LORD REID** (1972, 73, apud. **CAPPELLETTI**, 1999, 31), recorda que se “*entendia quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito, em vez de meramente declará-lo*”. Apesar disso, com o passar dos anos e a evolução do Estado e da sociedade, o Poder Judiciário abandonou definitivamente a sua “*nullidade*” e passou a exercer, cada vez mais, um papel de índole política.

Realmente, o aumento das atribuições do Poder Judiciário, assim como dos controles exercidos sobre os demais Poderes, não se limitam àqueles observados por **TOCQUEVILLE** (2005, 111-119) em meados do século XIX, que ressaltou a possibilidade dos juízes e Tribunais norte-americanos declararem as leis inconstitucionais<sup>55</sup>, nem se restringem às atribuições de se auto organizar aludidas por **BONAVIDES** (2010/2, 152). 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.

---

<sup>54</sup> “(...) o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo.(...) se os Tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos” (**MONTESQUIEU**, 1997, 203).

<sup>55</sup> “Quando se invoca, diante dos tribunais dos Estados Unidos, uma lei que o juiz considera contrária à constituição, ele pode se recusar à aplicá-la, pois. Esse poder é o único particular ao magistrado americano, mas dele decorre uma grande influência política” (**TOCQUEVILLE**, 2005, 115).

Nessa perspectiva, **VIANNA** (1996, 263) afirma que, se após a Segunda Guerra Mundial observou-se um avanço do Executivo sobre os demais poderes, a redemocratização experimentada por muitos Estados nas décadas de 1980 e 1990 pôs em evidência o Legislativo. Atualmente, segundo o mesmo autor, a sociedade se inclina para a busca da justiça, o que fortalece a posição do Poder Judiciário.

Segundo **TATE** (1995, 27), a expansão do Poder Judiciário é um fenômeno mundial, podendo-se verificar a existência de estudos de vários autores analisando o fenômeno em diversos países, como Estados Unidos (**SHAPIRO** 1995), Reino Unido (**SUNKIN** 1995), França (**LAFON** 1995), entre outros.

A essa expansão do Poder Judiciário, **VALLINDER** (1995, 13) denominou de judicialização da política, conceituando-a tanto como a transferência do poder de decisão do Legislativo e do Executivo para as Cortes Judiciais, como a utilização de métodos judiciais de tomada de decisão nas esferas políticas. É na primeira acepção do conceito que o termo judicialização da política será utilizado no decorrer deste trabalho.

Foram os Estados Unidos que traçaram os contornos da expansão do Poder Judiciário, expansão esta que já se divisava no século XIX, quando **TOCQUEVILLE** (2005, 115) pontuava que naquele país os juízes podiam afastar a aplicação de qualquer lei considerada inconstitucional.

Segundo **SHAPIRO** (1995, 46-47), a expansão do Poder Judiciário se acentuou com o grande movimento em torno da proteção judicial dos direitos humanos nos Estados Unidos, que se iniciou em 1954 com o caso *Brown v. Board of Education* (374 US 483), no qual se procurava mudar uma política pública contrária aos direitos individuais da pessoa humana, que o Executivo e o Legislativo se recusavam a corrigir. Nas décadas seguintes a intervenção

do Judiciário na arena política se intensificou, atingindo-se um quadro de verdadeiro ativismo judicial.

A expansão do Poder Judiciário, tal qual ocorrida nos Estados Unidos, serviu de modelo para as demais nações, como observam **VALLINDER** e **TATE** (1995, 2), ao relacionar o fenômeno com a queda do comunismo no Leste Europeu e na União Soviética e com a ascensão dos Estados Unidos como única superpotência mundial, o que contribuiu para a difusão do modelo político estadunidense, no qual se confere especial relevo ao mecanismo da revisão judicial. Os autores ainda mencionam o processo de democratização experimentado por diversos países da América Latina, da Ásia e da África (**VALLINDER** e **TATE**, 1995, 2), uma vez que o princípio democrático é pressuposto para a ocorrência de judicialização da política em uma nação (**TATE**, 1995, 28-29).

Segundo **CARVALHO** (2007, 171), antes da Segunda Guerra Mundial, o Judiciário não intervinha no conflito entre uma norma ordinária e uma constitucional, ignorando-o. Para ele, especialmente nos países que não seguem a tradição do *Common Law*, foi a constitucionalização dos direitos humanos<sup>56</sup> e a criação das cortes constitucionais o que impulsionou o processo de judicialização, consagrando um modelo de supremacia da Constituição.

Na opinião de **VIANNA** et all (1999), o fenômeno teria origem na emergência do movimento operário e na luta travada por essa nova força social em prol de condições dignas de vida e de trabalho, o que resultou na estrutura sobre a qual se ergueria, no futuro, o Estado de Bem Estar Social. Seu resultado direto, porém, foi a edição de uma legislação trabalhista, infiltrando-se definitivamente no direito um argumento de igualdade e justiça.

---

<sup>56</sup> **CARTER** e **HERZ** (1963, 61) também colocam a proteção dos direitos humanos a cargo do Poder Judiciário nos países democráticos.

Ainda na perspectiva do autor, o Estado teria assumido uma postura ativa, na tentativa de implementar uma agenda igualitária. Os resultados, contudo, não foram os esperados. Diante disso, caberia ao Poder Judiciário controlar a implementação dessa agenda de igualdade, sustentando o autor ser esta a raiz do processo de “*transformação universal do Poder Judiciário em agência de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o justo contra a lei*” (VIANNA et al, 1999, 20-21).

**CAPPELLETTI** (1999, 19) explica o processo em bases similares, pontuando que “*a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, (...), num sistema democrático de “checks and balances”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno*”. A referida expansão dos “ramos políticos”, por seu turno, seria consequência da previsão dos direitos sociais, os quais demandam uma intervenção do Estado prolongada no tempo, não sendo suficiente a mera atribuição de tais direitos aos indivíduos. Nesse contexto, o autor acredita que aos juízes e tribunais caberia controlar e exigir o cumprimento do “*dever do Estado de intervir ativamente na esfera social*” (CAPPELLETTI, 1999, 42). Estes autores, portanto, pode-se afirmar que a expansão do Poder Judiciário está relacionada com o *Welfare State* e com a implementação da sua agenda igualitária, que evoca os ideais de justiça e de dignidade da pessoa humana.

**TATE** (1995, 28-33) enumera certas condições políticas indispensáveis à expansão do Poder Judicial. Além da prática da democracia, alude o autor à separação de poderes, aos direitos individuais, ao uso dos tribunais por grupos de interesse e pela oposição, à inefetividade das instituições majoritárias, à percepção de descrédito quanto às instituições políticas e à delegação das instituições políticas majoritárias, que se recusam a enfrentar certos assuntos controversos. O autor, todavia, ressalta que apenas a presença das condições favoráveis não garante a ocorrência da judicialização. Esta depende das escolhas dos juízes a

quem as situações concretas são apresentadas. Para ele, a preferência política do juiz, somada a uma propensão do julgador para o ativismo judicial, pode produzir o fenômeno da judicialização quando confrontadas com decisões de instituições majoritárias que possuam orientação política contrária a sua.

A ocorrência da judicialização, portanto, está sempre ligada a um elemento subjetivo, que é a vontade do julgador, a sua propensão ou não para o ativismo judicial. Assim, um Tribunal não ativista pode mudar radicalmente de posição apenas por meio da troca dos seus membros.

Independente disso, no que concerne à realidade brasileira, **CARVALHO** (2004, 120-121) concluiu que quase todas as condições referidas por **TATE** (1995) estão presentes, o que permitiria a emergência de semelhante fenômeno no país.

No Brasil, **VIANNA** et all (1999) desenvolveu estudo sobre o tema, em que coloca a Constituição de 1988 como o marco que permitiu a expansão do Poder Judiciário brasileiro sobre questões outrora exclusivas à alçada do Legislativo e do Executivo. Segundo o autor, tal fato se deve ao aumento dos instrumentos de proteção judicial, bem como à ampliação da comunidade de intérpretes, dentre os quais podemos ressaltar o Ministério Público, os partidos políticos e as associações. Apesar disso, o autor concluiu que o Supremo Tribunal Federal tem se recusado a assumir funções políticas.

**CASTRO** (1997), por seu turno, apesar de reconhecer a ampliação da atividade jurisdicional no Brasil, que ocorreria na hipótese do Legislativo e do Executivo funcionarem mal, também concluiu que a interferência do Supremo Tribunal Federal nas políticas governamentais não era tão relevante, uma vez que as medidas de maior impacto restringiam-se ao âmbito das liminares, tendo a Corte Constitucional, em geral, corroborado as políticas do Poder Executivo, salvo no que concerne às ações de natureza tributária.

O Ministro **GILMAR MENDES**, em seu discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, ressaltou que não se podia falar em judicialização da política “quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos”, afirmando, no entanto, que a “Corte tem a real dimensão de que não lhe cabe substituir-se ao legislador, muito menos restringir o exercício da atividade política, de essencial importância ao Estado Constitucional.”<sup>57</sup>

Em que pesem tais considerações, no dia 13 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11<sup>58</sup>, que restringiu o uso de algemas a casos de resistência, fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros.

Alguns dias depois, em 21 de agosto, o Supremo Tribunal Federal editou nova Súmula Vinculante, a de número 13<sup>59</sup>, proibindo a nomeação de cônjuge ou parente da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios.

Ambos os julgamentos, sob o pretexto de resguardar os princípios da dignidade humana e da moralidade, respectivamente, inovaram a ordem jurídica, estabelecendo regras

---

<sup>57</sup> Discurso de Posse do Ministro Gilmar Mendes na Presidência do Supremo Tribunal Federal”, disponível em <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf>, acessado em 20/10/2008.

<sup>58</sup> Súmula Vinculante nº 11: “Só é lícito o número de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil ou penal, do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”

<sup>59</sup> Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação do cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante, ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”

gerais e abstratas, invadindo a competência reservada ao Legislativo, mediante seus representantes eleitos.

O mesmo já havia se dado no ano de 2004, quando o Supremo Tribunal Federal definiu, com esteio no princípio da proporcionalidade, o número de vereadores do Município de Mira Estrela, Estado de São Paulo. Mais recentemente, em outubro de 2007, a Corte Constitucional Brasileira decidiu dar efeitos concretos à sentença de Mandado de Injunção, determinando que, enquanto o Congresso Nacional não regulamentar o dispositivo constitucional que garante o direito de greve dos servidores públicos, aplica-se a Lei 7.783/1989, que regulamenta a greve para os empregados privados. Poucos dias depois, o Tribunal resolveu que o mandato dos parlamentares pertence ao partido, e não ao político eleito, instituindo a regra da fidelidade partidária.

A tendência em curso no Supremo Tribunal Federal, que pode ser percebida em outras ações de grande repercussão inseridas na pauta de julgamentos, evidencia um agigantamento do Poder Judiciário. Agigantamento este que, como visto, vem sendo observado mundialmente, inclusive no Brasil. Diante disso, cumpre referir neste trabalho à discussão que vem sendo contemporaneamente desenvolvida sobre o tema tanto no Brasil como em outros países.

#### **4.2 – O Debate contemporâneo sobre a expansão do Poder Judiciário**

A expansão do Poder Judiciário é um tema relativamente novo nas pesquisas políticas e jurídicas. Os trabalhos que abordam a questão procuram lançar alguma luz sobre a compreensão do fenômeno, mas ainda há muito a ser pesquisado para que seja possível traçar

um quadro completo sobre o redesenho do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas<sup>60</sup>.

No Brasil os estudos sobre o tema são especialmente incipientes, e não poderia ser de outra forma, visto que o fenômeno da expansão do Poder Judiciário é muito recente, sendo certo que não se poderia cogitar de um movimento neste sentido antes da redemocratização do país<sup>61</sup>, formalmente ocorrida no ano de 1985, com o final do Regime Militar.

De qualquer forma, como ressalta **ARANTES** (1997, 24), a participação do Judiciário no processo político no Brasil é uma realidade inaugurada pela Constituição de 1988, que operou uma verdadeira reorganização institucional, cujo resultado foi o posicionamento do Judiciário como árbitro no jogo político. Para o autor, a importância que esta instituição vem assumindo na esfera política demanda a realização de pesquisas que busquem compreender melhor o fenômeno (ARANTES, 1997, 22).

A agenda de pesquisas sobre a expansão do Poder Judiciário foi separada por **CARVALHO** (2004, 116) em dois grupos, tendo o autor estabelecido dois tipos de moldura para o enquadramento das discussões a serem entabuladas sobre o tema. A primeira, a que ele denominou de “normativa”, congrega os trabalhos a respeito da “*supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias*”, tratando dos “*dilemas da evolução do constitucionalismo sobre o modelo tradicional de fazer-se política*” (CARVALHO, 2004, 16). A segunda, batizada de “analítica”, *preocupa-se com o ambiente político e institucional*

---

<sup>60</sup> CASTRO (1997) explica só recentemente a interação dos Tribunais com o sistema político tem atraído a atenção dos cientistas sociais.

<sup>61</sup> A incipiência dos estudos sobre a expansão do Poder Judiciário no Brasil justifica-se pelo fato da democracia ser uma realidade recente no país (CARVALHO, 2004, 124). Como ficou explicitado no tópico anterior, TATE (1995, 28) coloca a democracia como uma das condições institucionais necessárias para o desenvolvimento da judicialização. CARVALHO (2004, 117), igualmente, observa que não é possível compatibilizar governos autoritários com o processo de expansão do Poder Judiciário, explicando que a própria história do STF corrobora tal assertiva.

(...), em definir, medir e avaliar o processo de judicialização da política”(CARVALHO, 2004, 116).

Entre os trabalhos que se situam no primeiro grupo, muitos abordam de forma crítica o fenômeno da expansão do Poder Judiciário, posicionando-se favorável ou contrariamente a sua ocorrência.

**HABERMAS** (1997) é um dos autores que analisam criticamente a expansão política do Poder Judiciário. O autor compreende o processo dentro do contexto de transformação do Estado Liberal em Estado Social. Enquanto o primeiro concebe os direitos fundamentais como meros direitos de defesa, e entrega as tarefas e objetivos do Estado à política, afastando-as da normatização constitucional, em uma concepção clássica da divisão de Poderes, o segundo é dotado de grande amplitude, traçando programas e elegendo objetivos políticos, tudo fundamentado em princípios e contando com abrigo normativo constitucional, arranjo que favorece uma interpretação judiciária do caso concreto que se expande para a seara política, abalando a clássica separação entre os Poderes (HABERMAS, 1997, 305-306).

O autor percebe, contudo, alguns perigos nesse crescimento do Poder Judiciário, e se pergunta se o processo não leva a que os Tribunais criem normas jurídicas, atividade que deveria pertencer ao legislador democrático (HABERMAS, 1997, 314). Na verdade, a preocupação do autor não reside na manutenção de uma concepção clássica da divisão dos

Poderes do Estado, já que para ele o esquema tradicional não é atual<sup>62</sup>, mas na legitimidade dos Tribunais para substituir este legislador democrático<sup>63</sup>.

Para **HABERMAS** (1997, 324), não deve existir uma concorrência no exercício das funções do legislador e do Judiciário. Cada um atua em um campo distinto, conectado por normas processuais. Aos Tribunais é dado aplicar o direito, mas não “*na perspectiva de um legislador que interpreta e configura o sistema de direitos, à medida que persegue suas políticas*” (HABERMAS, 1997, 324).

Apesar disso, o autor admite a intervenção do Tribunal Constitucional nas resoluções legislativas, partindo de uma perspectiva de que tal somente será legítimo quando vise assegurar o sistema de direitos oriundo de uma democracia deliberativa (HABERMAS, 1997, 326).<sup>64</sup> Isto porque a legitimidade de uma norma depende das “*condições processuais da gênese democrática das leis*” (HABERMAS, 1997, 326), no que se inclui não apenas a participação do Parlamento, mas também dos círculos de comunicação de fóruns e corporações<sup>65</sup>. O Judiciário deve assegurar que a normatização jurídica se realize segundo a política deliberativa. Leis que discriminam minorias étnicas, por exemplo, são resultado de

---

<sup>62</sup> “*O esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade, à medida que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos. (...) Elas contêm, todavia, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ou concretos, finalidades que servem de medida, que abrem à Administração um amplo espaço de opinião. (...) Uma Administração planejadora, executora e configuradora não pode mais restringir-se à implementação técnica de normas gerais e suficientemente determinadas, sem levar em conta questões normativas*” (HABERMAS, 1997, 236-237)

<sup>63</sup> “*É preciso perguntar se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer à exigência de uma legitimação democrática da percepção judicial de uma função, que tem que ser entendida – na arquitetônica da Constituição e na lógica da divisão de poderes – como uma delegação do autocontrole do legislador ao Tribunal*” (HABERMAS, 1997, 325).

<sup>64</sup> “*O Tribunal Constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da política deliberativa, que fundem legitimidade. Esta, por sua vez, está ligada aos pressupostos comunicativos pretensiosos das arenas políticas, que não se limitam à formação da vontade institucionalizada das corporações parlamentares, estendendo-se também à esfera pública política, bem como ao seu contexto cultural e à sua base social*” (HABERMAS, 1997, 340)

<sup>65</sup> HABERMAS (1997, 173) explica que o poder político democrático divide-se em poder administrativo e poder participativo, este último incluindo os representantes eleitos pelo povo e outros círculos de comunicação, como fóruns e corporações.

um processo político deformado, não detendo legitimação democrática (HABERMAS, 1997, 327) e por isso devem ser afastadas do ordenamento jurídico pelos Tribunais.

Para **HABERMAS** (1997, 341), portanto, o Judiciário, por meio do seu Tribunal Constitucional, erige-se em um garantidor da democracia deliberativa, que vai conferir racionalidade à aplicação da norma apenas por meio do direito vigente legítimo.

A preocupação com a relação entre o gigantismo do Judiciário e a democracia também é abordada por **GARAPON** (1999), embora sob um prisma um pouco diverso. O autor é um crítico do intervencionismo do Judiciário na esfera política, e descreve como o fenômeno aparece nas democracias contemporâneas, tendo constatado a ocorrência de um fluxo do direito e um refluxo do Estado (GARAPON, 1999, 26).

O autor parte da perspectiva de que o crescimento do Judiciário para esferas políticas, que antes lhe eram estranhas, é um fato facilmente constatado nas sociedades democráticas e, mais especificamente na França, país sobre o qual escreve. Explica **GARAPON** (1999, 47) que tal ocorre porque todos os temas, problemas ou reivindicações, sejam morais, econômicos ou familiares, podem ser questionados na Justiça em termos eminentemente jurídicos<sup>66</sup>. No Brasil, **ARANTES** (1997, 198) percebe a inconveniência desta possibilidade de questionamento irrestrito de matérias no Poder Judiciário, observando que *“tudo pode ser questionado difusamente por simples particulares junto à Justiça Federal no modo incidental”*<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> MAUS (2000, 201) explica esta conversão de qualquer tema social em um tema jurídico em potencial como resultado da confusão entre moral e direito. Segundo ela, quando *“a jurisprudência trata seus pontos de vista morais como regras jurídicas (...) qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial. Com isso o poder de sanção do Estado expande-se, vindo de encontro a exigências que, de acordo com o entendimento clássico do Estado de direito, somente valiam como exigências morais, ficando legadas à problematização social imanente.”*

<sup>67</sup> O controle de constitucionalidade no Brasil é misto, ou híbrido. Admite tanto o controle concentrado, realizado no Supremo Tribunal Federal, por meio de ações de inconstitucionalidade, quanto o controle difuso, realizado por qualquer juiz ou Tribunal e proposto por qualquer cidadão (ARANTES e KERCHE, 1999, 36/37).

As demandas políticas, antes formuladas em termos políticos, passam a ser veiculadas na linguagem do direito, no âmbito da Justiça (GARAPON, 1999, 39). O crescimento do Estado-provedor, que se impõe a tarefa de tudo suprir não consegue se desincumbir de suas tarefas, e “*diante de suas falhas, a esperança se volta para a Justiça*” (GARAPON, 1999, 48)<sup>68</sup>. As promessas não cumpridas pelo Estado provedor são demandadas na Justiça e o juiz termina por se converter no “*último guardião de promessas, tanto para o sujeito quanto para a comunidade política*” (GARAPON, 1999, 27).

Segundo o autor, a mídia exerce papel importante no processo, exigindo uma resposta imediata do Estado diante de qualquer tema suscitado. A mídia exige uma pronta ação dos políticos, o que leva a ações efêmeras desses, por meio de declarações e promessas que não são cumpridas, o que termina por judicializar todos os problemas sociais. Ao mesmo tempo, a mídia interfere nos inquéritos e nos processos judiciais, influenciando a decisão, que não pode mais seguir o rito usual do processo, devendo ser proferida com uma presteza que não se coaduna com aquela que a Justiça tem condições de dar. (GARAPON, 1999, 82)

O autor não coloca o crescimento do Judiciário como responsabilidade exclusiva dos juízes. Ao contrário, para ele, o ativismo judicial é um sintoma de uma democracia desencantada<sup>69</sup>. O que está por trás do fenômeno, portanto, é uma transformação da

---

Este estado de coisas leva a que o Poder Judiciário intervenha de forma pronunciada no sistema político, não apenas por meio do seu órgão de cúpula, mas potencialmente por todos os juízes e Tribunais do país, o que tem o condão de multiplicar as demandas e produzir uma miríade de decisões, sem qualquer coordenação por parte de uma instância superior. É o que ARANTES (1997, 198) explica ao afirmar que “*se, por um lado, o STF adquire eminência mais pronunciada nesse sistema político, por ser o agente mais qualificado para arbitrar tais conflitos e para salvaguardar a Constituição, por outro ele não está sozinho nesta tarefa. Juntam-se a ele todos os juízes e tribunais do país, pelo modo difuso-incidental de controle constitucional das leis e demais atos normativos, sem que exista qualquer mecanismo que vincule decisões das instâncias inferiores às dos órgãos judiciais de instância superior*”.

<sup>68</sup> FERREJOHN (2003), como GARAPON (1999), também constata uma perda de confiança da sociedade na capacidade do Legislativo de fazer leis que contemplem seus interesses, assim como uma crescente confiança nos Tribunais como os agentes qualificados para tanto.

<sup>69</sup> “*Essa reviravolta judiciária da vida política vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado*” (GARAPON, 1999, 26)

democracia (GARAPON, 1999, 39) ou “*uma evolução do imaginário democrático*” (GARAPON, 1999, 48), que retira o Estado do espaço simbólico da democracia e coloca a Justiça no seu lugar (GARAPON, 1999, 47). As sociedades se tornaram extremamente complexas e diversas e os Poderes políticos, a quem cabia regê-las, não alcançam cumprir seus misteres. Nessa linha, “*o juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas, que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram*” (GARAPON, 1999, 27).

É preciso ter em vista que o juiz está muito próximo do cidadão, ele é acessível, e é obrigado a dar resposta a todas as demandas formuladas. Nessa perspectiva, é muito mais fácil para o cidadão converter o Judiciário no fórum adequado para exigir a democracia<sup>70</sup>.

A transferência do espaço de discussão da democracia dos Poderes políticos para o Judiciário, contudo, traz alguns inconvenientes. GARAPON (1999, 49) ressalta alguns deles, como o desaparecimento da dimensão coletiva que naturalmente caracteriza a decisão política<sup>71</sup>. O Judiciário trabalha com demandas individuais e sua decisão, dá-se segundo a perspectiva individual do jurisdicionado. Ocorre que a política não é pensada para o indivíduo, mas para a coletividade. Além disso, é importante ter em vista que a via mais fácil e aberta da justiça termina por desencorajar a luta coletiva, a solidariedade social, premiando o individualismo<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> “*A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante*” (GARAPON, 1999, 49).

<sup>71</sup> MAUS (2000, 186) também alerta que a transferência da decisão política para o Judiciário elimina as discussões e os procedimentos próprios ao processo de construção da política de consenso.

<sup>72</sup> “*(...) a dimensão coletiva do político desaparece. O debate judiciário individualiza as obrigações: a dimensão coletiva certamente se expressa aí, porém de maneira incidental. Ela encoraja um engajamento mais solitário que solidário. Com essa forma mais direta de democracia, o cidadão-suplicante tem a impressão de melhor controlar sua representação. Ele reivindica, na verdade, ser mais ativo, capaz de decidir seu próprio destino, e não aceita mais se envolver numa luta coletiva*” (GARAPON, 1999, 49).

Realmente, o Judiciário permite que qualquer cidadão pleiteie seus direitos individualmente, o que dispensa a solidariedade social e a luta coletiva no processo de aquisição e afirmação de direitos. Alguns autores observam o fenômeno nas sociedades contemporâneas, sem, contudo, criticá-lo, como faz **GARAPON** (1999). É o caso de **VIANNA et al** (1999, 22), que percebem “*um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas (...) no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania*”. Há autores, contudo, como **CAMPILONGO** (1994, 118) que, tratando mais especificamente da realidade brasileira, sugerem que a grande maioria da população do país, por ser politicamente desorganizada, encontrou no Judiciário o espaço adequado para a luta política.

Na realidade, é de se questionar se as instituições políticas “moldadas” para permitir a influência da luta coletiva realmente tem se convertido em foros adequados para tanto. **VIANNA** (2003, 15) acredita que não. O autor aponta um insulamento do Poder Legislativo em relação à sociedade civil, que termina por afastar a participação política e social da esfera pública. Além disso, é importante ter em vista as dificuldades que envolvem a formação de certos grupos, muitas elencadas por **OLSON** (1999). Este último aduz que diante de certas características muitos destes grupos correm o risco de permanecer sempre latentes, o que poderia alijar grande parte dos cidadãos da luta política. **CAPPELETTI** (1999, 45) enxerga esta dificuldade quando ressalta a sentimento de impotência dos cidadãos que não conseguem se unir a grupos poderosos, capazes de exercer pressão na máquina burocrática.<sup>73</sup> Nesse

---

<sup>73</sup> “Desnecessário mencionar o perigo de abusos por parte da burocracia, (...) ao mesmo tempo distante, inacessível e não orientada para o seu serviço, o sentimento de impotência e abandono que termina por invadir todos os cidadãos incapazes, ou sem vontade, de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática, exercitando pressões sobre ela, a abulia e o

passo, torna-se necessário avaliar se é o processo de judicialização que vem implodindo a luta política ou se esta não se vem realizando por contingências outras.

Outro inconveniente salientado por **GARAPON** (1999), reside no perigo de se criar uma “*tiranía das minorias*” (GARAPON, 1999, 53), que por meio das ações judiciais poderiam subverter a vontade da maioria que, ao fim e ao cabo, caracteriza o processo democrático<sup>74</sup>. **TATE** (1995, 31) também observou este aspecto, pontuando que enquanto o Legislativo sanciona o direito da maioria, o Judiciário é o fórum adequado para o reconhecimento dos direitos da minoria, assim como **ARANTES** e **KERCHE** (1999,38), para quem o recurso ao Judiciário é um poderoso remédio contra as decisões políticas majoritárias e em favor das minorias políticas.

O maior inconveniente do processo, todavia, parece ser o risco de imobilismo do Estado. **GARAPON** (1999, 73) recorda que o juiz não possui qualquer responsabilidade política<sup>75</sup>. Por estar necessariamente vinculado ao processo, a situação individual que lhe é apresentada, o julgador desconhece restrições econômicas ou de política internacional<sup>76</sup>. Mesmo ignorando estes elementos, o juiz decide e impõe sua decisão, exigindo o seu cumprimento, muitas vezes em prejuízo da vontade da maioria. A Justiça termina podendo acelerar a transformação social ou travá-la, conforme seu alvedrio (GARAPON, 1999, 56). A decisão política é transferida ao Poder Judiciário.

---

*anonimato, enfim, da grande maioria dos que também tiveram aquela capacidade ou vontade, por meio da qual uniram-se à massa dos participantes dos grupos poderosos de pressão*”. (CAPPELLETTI, 1999, 45)

<sup>74</sup> “*In democracies, primarily in their popularly elected assemblies, decision-making is based on the majority principle and a free, public debate among equals*” (VALLINDER, 1995, 13).

<sup>75</sup> CAPPELLETTI (1999, 96-98) discorda da afirmação de que os juízes não possuem responsabilidade política. Segundo o autor, os juízes são obrigados a motivar suas decisões, explicando as razões pelas quais decidem de tal ou qual maneira, estando sempre submetidos ao controle social.

<sup>76</sup> Embora CAMPILONGO (121) aceite com naturalidade o processo de assunção de funções políticas pelo Poder Judiciário, o autor reconhece que “*respostas positivas a demandas cada vez mais exigentes acabariam estrangendo os demandados à impossibilidade de cumprimento das sentenças, o que ofende à racionalidade do direito*”. Realmente, o juiz, por desconhecer os limites econômicos do Estado, por exemplo, pode proferir decisões inexecutáveis.

Diante deste quadro, o autor propõe reexaminar a posição do Judiciário em uma democracia renovada, em um cenário onde os juízes não precisam ameaçar valores democráticos quando proferam decisões judiciais (GARAPON, 1999, 28), como vêm sendo chamados a fazer nas democracias atuais.

**GARAPON** (1999, 172) pugna pela complementariedade entre justiça e democracia. Seriam ambos modos de intervenção no espaço público, mas com funções distintas, a primeira como poder e a segunda como autoridade. O poder é ativo, cria, executa, a autoridade é passiva, negativa, censura e dá validade, autoriza (GARAPON, 1999, 180). Nessa perspectiva, a autoridade, ou a Justiça, deve se converter na guardiã do direito, garantindo a identidade da democracia e assegurando a sua continuidade (GARAPON, 1999, 181/182). Mais precisamente, **GARAPON** (1999, 201), defende que o Judiciário garanta ao cidadão *“(...) o direito de participar do debate sobre o direito, de ser autor direta e indiretamente do seu próprio direito. Restituir ao indivíduo dominado, determinado, sob pressão da exclusão social, sua dignidade como sujeito de direito, despertando nele sua vocação soberana (...)”*. Nesse ponto, **GARAPON** (1999) parece se aproximar das idéias de **HABERMAS** (1997), retirando o juiz da condição de guardião de promessas e colocando-o como um guardião da democracia.

Também **MAUS** (2000) pode ser identificada como uma crítica do processo de judicialização da política. A autora, que escreve sobre a realidade alemã, considera que na raiz do fenômeno encontra-se a inserção da moral no campo do direito. Este fenômeno, na percepção da autora, não surge apenas por meio da usurpação dos Tribunais da função de dizer a moral, mas também em virtude da inclusão de expressões de teor moral na legislação, como *“má-fé, sem consciência, censurável”* (MAUS, 2000, 190). Além disso, ressalta **MAUS** (2000, 190) que a identificação do direito com a moral também é produto da confiança

popular no Judiciário, que a autora identifica, em uma linha psicanalista, com um infantilismo, uma identificação da figura do pai no Judiciário e chega a falar mesmo em “*veneração popular da Justiça*” (MAUS, 2000, 192), Justiça esta que é chamada a resolver todos os conflitos sociais não pela aplicação restrita da lei, mas por sua interpretação do que é moralmente justo.

Para ela, quando o Judiciário se converte na “*mais alta instância moral da sociedade*” (MAUS, 2000, 187), ele ao mesmo tempo em que foge a qualquer mecanismo de controle social, posiciona-se acima dos demais Poderes do Estado, pois a “*Justiça contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros Poderes do Estado e da sociedade*” (MAUS, 2000, 187), e nessa disputa entre o “superior” e o “comum”, o primeiro termina prevalecendo.

A autora explora em seu trabalho a importante relação entre a Constituição e os Tribunais Constitucionais. Falando especificamente sobre o caso alemão, MAUS (2000, 191) explica que o Tribunal Federal Constitucional naquele país há muito fixou que ao exercer sua função de controlar a constitucionalidade das leis, não está adstrito à Constituição vigente, podendo ir além do seu texto, reconhecendo a existência de direitos suprapositivos capazes de vincular a interpretação. Nessa linha, MAUS (2000, 192) alerta para o inconveniente de se submeter todas as instâncias políticas, inclusive os Poderes Executivo e Legislativo ao jugo de uma Constituição tutelada pelo Judiciário. Uma Constituição cujo conteúdo depende não da literalidade do seu texto, mas da interpretação dada pelo Judiciário, muitas vezes baseada em princípios suprapositivos detectados por ele mesmo. Esse domínio de todos os aspectos da vida social e do próprio Estado por meio da interpretação moral da Constituição realizada pelo Poder Judiciário é ao longo do trabalho muitas vezes identificado com um caráter quase religioso. O excerto seguinte bem evidencia este ponto.

“(…)A apropriação da persecução dos interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma ‘teologia constitucional’” (MAUS, 2000, 192)

O problema de erigir o juiz em tutor do Estado, em censor da lei, censor do próprio Poder Legislativo, é criar um autoritarismo anti-democrático, caracterizado pelo que a autora chama de “*domínio patriarcal*”(MAUS, 2000, 200). Nessa linha, o império dos juízes coincidiria com a erosão da democracia, e sob a perigosa capa da proteção do indivíduo e da própria Constituição. É o que MAUS (2000, 183) defende quando afirma que “*por trás de generosas idéias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular*”.

Nem todos os autores, entretanto, enxergam inconveniências no processo. ARANTES (1997, 197), em trabalho publicado no ano de 1997, parece ver com naturalidade o protagonismo do Judiciário. O autor enxerga o Judiciário como o melhor árbitro do jogo político, “*o freio mais poderoso contra os abusos dos demais Poderes*”. Suas observações, contudo, parecem se dirigir mais ao Supremo Tribunal Federal, que exerceria a sua função constitucional baseada tanto na interpretação jurídico-formal quanto no cálculo político. Diante disso, parece-lhe adequado equipará-lo a um Poder Moderador (ARANTES, 1997, 196), um “*Poder que é político, mas que, por guardar o sentido último da Constituição, é capaz de se sobrepor aos demais e à própria sociedade, porque baseia sua interpretação da Lei Maior, nas técnicas imparciais oferecidas pelo saber jurídico de que é expoente máximo*” (ARANTES, 1997, 197).

Em trabalho posterior, em parceria com **KERCHE, ARANTES** (1999) levanta alguns problemas decorrentes da intervenção judicial, como os problemas de governabilidade, pois a possibilidade institucional de veto por este ator e a dispersão de poder que tal acarreta, podem tornar o processo de tomada de decisão política uma verdadeira “*via crucis*” (ARANTES e KERCHE, 1999, 38), caracterizada por custos muito altos.

Os autores, contudo, associam o problema ao desenho constitucional do Judiciário Brasileiro, um desenho que ao mesmo tempo que permite o controle concentrado de constitucionalidade, no qual uma lei pode ser questionada no Supremo Tribunal Federal por meio de ações específicas como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, reservada a iniciativa de atores determinados, admite também o controle difuso de constitucionalidade, no qual qualquer cidadão, no bojo de uma demanda individual, pode questionar a constitucionalidade das leis diante de qualquer juiz ou tribunal inferior (ARANTES e KERCHE, 1999, 36/37).

E se o problema é de desenho institucional, a solução proposta pelos autores seria “*remodelar o sistema de controle constitucional, concentrando essa competência em uma corte constitucional*” (ARANTES e KERCHE, 1999, 54), isto é, solapar o controle difuso de constitucionalidade e concentrá-lo no Supremo Tribunal Federal. Assim, os autores entendem que “*o princípio liberal do rule of law seria preservado com a existência de uma instância de recurso externa à esfera político representativa*” (ARANTES e KERCHE, 1999, 54). Além disso, “*o princípio democrático-governativo encontraria na corte constitucional um adversário mais razoável, pela estatura de tribunal superior e pela força vinculante de sua interpretação da Constituição*”.

O que os autores sugerem é que concentrando em um único órgão do Judiciário, especialmente no seu órgão supremo, a possibilidade de anular as decisões majoritárias do Parlamento, as decisões políticas seriam menos contraditórias e mais razoáveis, tornando o

sistema político brasileiro mais democrático pela diminuição tanto da litigância quanto das decisões contra as leis promulgadas pelo Poder Legislativo. Cumpre observar, todavia, que o trabalho de **ARANTES** e **KERCHE** (1999) foi publicado ainda no ano de 1999, antes das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, muitas referidas no capítulo anterior, que denotam uma tendência à judicialização das questões políticas que não têm apenas afastado a vontade da maioria cristalizadas nas decisões parlamentares mas também forjado esta vontade, a medida que o Supremo tem criado normas gerais e abstradas para serem aplicadas indistintamente a todos os cidadãos.

Há autores que não chegam a divisar inconvenientes no processo, mas apenas os pontos positivos da atuação política do Poder Judiciário. Um exemplo é **FEREJOHN** (2005), para quem a política não pode se restringir ao processo legislativo clássico, pois a complexidade das questões políticas e a dificuldade de antecipar os efeitos das normas que vão regular estas questões, geram uma necessária migração do poder de legislar para outras instituições, como agências governamentais especializadas e tribunais. Os tribunais contam com uma vantagem em relação às demais agências, pois são instituições que lidam com os problemas à luz dos casos concretos e podem mais facilmente perceber os efeitos da aplicação das normas, suas injustiças e seus inconvenientes.

O autor, contudo, ressalta a necessidade de se formular critérios normativos capazes de orientar a alocação da autoridade legislativa no Judiciário. Para ele, um destes critérios normativos poderia ser a determinação de que certos tipos de legislação fossem produzidos em diferentes cenários institucionais, ficando o Judiciário, por exemplo, com o encargo não-exclusivo de produzir normas que garantam os princípios da igualdade e do devido processo legal. Assim, o autor considera o processo de judicialização como um fenômeno natural,

inevitável e mesmo legítimo, ressaltando que os benefícios do processo dependerão de como as instituições que permitiram a judicialização irão reagir ao fenômeno.

Este último ponto levantado por **FEREJOHN** (2005) é especialmente interessante. O processo de judicialização da política, que pode ser associado à criação de leis pelo Poder Judiciário, tem sido constatado nos mais diversos países, como demonstram os estudos sobre o tema. Deve-se ter em vista, todavia, que embora o Judiciário tenha alargado o seu campo de atuação, passando a interferir na seara política, o Legislativo não foi alijado do processo político pelo fenômeno da judicialização. Este último permanece com o poder de legislar, podendo se desincumbir de suas funções a qualquer tempo. Assim, se o Parlamento puder extrair benefícios da participação do Judiciário no cenário político, incorporando na legislação a ser produzida o conteúdo de decisões proferidas sobre o tema pelos Tribunais, especialmente no que toca aos direitos de igualdade e ao devido processo legal, a sociedade terminará ganhando com isso.

A questão da democracia também é abordada pelos autores que enxergam pontos positivos no processo de judicialização. O suposto choque entre a judicialização da política e a democracia, ressaltado por **GARAPON** (1999) e **MAUS** (2000), por exemplo, é rechaçado por **VIANNA** et al (1999). Esses autores vêem a judicialização como uma ação que reforça a democracia, ao invés de implodí-la. Para eles, a Constituição de 1988 congrega duas democracias: a democracia representativa e a participativa. Seu texto deixou muitas vias abertas para a democracia participativa, como novas ações, de que é exemplo a Ação Civil Pública, além de espaços construídos para propiciar o acesso à Justiça e conseqüentemente à persecução de direitos, como são os Juizados Especiais.

Os autores ainda ressaltam que a judicialização da política não enfraquece os partidos políticos, ao contrário, permite *“uma conexão entre a democracia representativa e a*

*participativa, para o que concorrem as ações civis públicas*” (VIANNA et all, 1999, 43). Além disso, os os novos procedimentos previstos na Constituição, abertos à comunidade de intérpretes, propiciaria a participação dos setores mais diversos, desde a minoria parlamentar até a população pobre e excluída (VIANNA et all, 1999, 43). VIANNA (2003), em trabalho posterior, chega mesmo a observar uma participação do Poder Legislativo no processo de Judicialização da política<sup>77</sup>. Este Poder, ciente da sua incapacidade de controlar o Executivo e de acolher as demandas sociais, passa a dotar a sociedade de instrumentos de proteção, instrumentos de aquisição de direitos, formando assim, no âmbito do Judiciário, “*mais uma arena para a democracia brasileira*” (VIANNA, 2003, 12).

Naturalmente, os autores não ignoram os perigos potenciais da judicialização para a democracia, mas acreditam que a mobilização da sociedade para a defesa dos seus direitos é um movimento essencialmente democrático, como se percebe do excerto abaixo.

*“De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a ‘substituição’ de um Estado benefactor por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos.”* (VIANNA, CARVALHO, MELO e BURGOS, 1999, 43)

Assim, sem divisar oposição entre a democracia representativa e a democracia participativa, os autores asseveram que fora do campo normativo não existe exclusividade ou

---

<sup>77</sup> “O próprio Legislativo parece estar consciente dessa contingência, uma vez que é dele, desde a Constituinte, que tem partido as iniciativas a fim de reforçar as funções de checks and balances do Poder Judiciário e de instituir, no terreno dos procedimentos do direito, como no caso sintomático das class actions, uma modalidade de esfera pública que medre em torno da representação funcional” (VIANNA, 2003, 15)

monopólio para “*os processos de formação da opinião e de sua conversão em formação da vontade democrática*” (VIANNA et all, 1999, 44).

**CAPPELLETTI** (1999, 94-107) também aborda o problema da falta de legitimação democrática dos juízes para interferir na seara política. Contrariando aqueles que enxergam ali um verdadeiro obstáculo à judicialização da política<sup>78</sup>, o autor traz alguns argumentos para rechaçar tal assertiva. Inicialmente, explica **CAPPELLETTI** (1999, 94-95), que é uma utopia imaginar que por meio do Legislativo e do Executivo seja possível alcançar o exercício perfeito da democracia representativa.

Além disso, ressalta o autor que o Poder Judiciário não é completamente privado de representatividade (CAPPELLETTI, 1999, 96). Nos países do “common law”, os juízes são eleitos ou nomeados<sup>79</sup>. Nos países do “civil law”, a representatividade é menor, mas pode ser encontrada, por exemplo, nas Cortes Constitucionais, em que os juízes são nomeados politicamente<sup>80</sup>. Outro aspecto mencionado pelo autor para justificar uma certa representatividade do Judiciário é o fato de que este Poder é obrigado a motivar todas as suas decisões, explicando as razões pelas quais decide desta ou daquela maneira. Para **CAPPELLETTI** (1999, 98), trata-se de “*uma tentativa de assegurar ao público que as decisões dos Tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em manterem-se fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade*”.<sup>81</sup> Assim, o Judiciário estaria submetido à exposição e ao

---

<sup>78</sup> Como MAUS (2000) e GARAPON (1999).

<sup>79</sup> Sobre esta tradição de eleger juízes nos países de *Common Law*, SHAPIRO (1995, 48/49), tratando especificamente da realidade norte-americana, afirma que “*in many American states, judges are subject to popular elections or at least deselection*”.

<sup>80</sup> No Brasil, os Tribunais Estaduais têm seus Desembargadores nomeados pelos Governadores do Estado. Os Tribunais Superiores, assim como o Supremo Tribunal Federal, têm seus Ministros nomeados pelo Presidente da República.

<sup>81</sup> Para MAUS (2000), os juízes não procuram traduzir o sentimento geral da comunidade nas suas decisões, mas substituí-lo pelos sentimentos que lhes pareçam superiores. Nas suas palavras, “*o juiz não atua mais como*

controle por parte da sociedade, o que terminaria levando, de forma indireta, ao surgimento de uma responsabilidade dos juízes perante a comunidade.

O autor também defende que o Judiciário pode contribuir para a representatividade geral do sistema, à medida em que permite que grupos excluídos do processo político possam ser ouvidos e obter proteção (CAPPELLETTI, 1999, 99). Além disso, **CAPPELLETTI** (1999, 1000) explica que a democracia é relacionada a um sentimento de participação, sentimento este que não consegue florescer face a Paramentos e estruturas burocráticas inacessíveis ao cidadão. Assim, os indivíduos recorrem ao Judiciário buscando participar, ter acesso ao Estado, especialmente diante do fato de que “*o processo judicial é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública*” (CAPPELLETTI, 1999, 100). Tendo por lume todos estes argumentos, o autor afasta a alegação de que a produção judiciária do direito seria antidemocrática, concluindo nos seguintes termos:

*“(...) embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre esta realidade (...). Neste sentido, pelo menos a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais. Trata-se (...) de uma potencialidade, que, contudo, necessita de certas condições para se tornar realidade. (...) A primeira radica-se no sistema de seleção dos juízes, que deve ser aberto a todos os estratos da população, mesmo se inevitáveis certos requisitos de educação. A segunda é que todos tenham igual oportunidade de acesso aos tribunais.”* (CAPPELLETTI, 1999, 105)

**CASTRO** (1997) também observa o fenômeno com naturalidade e não vê oposição entre o processo democrático e o movimento de expansão do Poder Judiciário. Na realidade, o autor enxerga a crescente participação dos Tribunais no processo político como um desdobramento natural das democracias contemporâneas. Tal desdobramento, ainda segundo

---

*arauto de um processo tradicional de apuração do sentimento popular, mas simplesmente para trazer uma percepção saudável a um povo doente”* (MAUS, 2000, 197).

o autor, levaria a um redesenho institucional, capaz de modificar o papel institucional do Judiciário.

**CASTRO** (1997) esclarece que o Judiciário somente se pronuncia em temas políticos no espaço em que o Executivo e o Legislativo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Um Estado que se propõe a atender uma agenda extensa, terminará não sendo capaz de se desincumbir de seus misteres, externando mais claramente estas falhas, estes espaços abertos deixados pelos demais Poderes à atuação política do Poder Judiciário.

A atuação do Poder Judiciário frente à ausência ou ao mau funcionamento dos demais Poderes pode ser vista como um controle, uma forma de fiscalização dirigida ao Legislativo e ao Executivo. Algumas pesquisas exploram este aspecto da questão.

O papel do Judiciário como um órgão de controle é tratado por **CARTER** e **HERZ** (1963, 65), por exemplo, que explicam que quanto mais o governo interfere, administra e regula, mais premente se torna a necessidade de uma fiscalização dirigida a estas atividades, fiscalização esta que terminou ficando a cargo do Judiciário. Também **ARANTES** (1997), como visto, defende a posição do Judiciário como um controlador dos demais Poderes.

A inserção do Judiciário como um órgão de controle provoca a discussão sobre *accountability*. A consolidação das democracias está ligada ao desenvolvimento de um processo de *accountability*. Este pode ser visto segundo duas perspectivas: *accountability* vertical, que seriam ações realizadas em relação aos que ocupam posições em instituições do Estado, e *accountability* horizontal, que pode ser definido como ações realizadas por agências estatais especialmente capacitadas para tanto (O'DONNELL, 1998).

Nessa perspectiva, pode-se enxergar este papel fiscalizador do Poder Judiciário em relação à atuação dos demais Poderes, como uma espécie de *accountability* horizontal, a supervisão das ações ou omissões do Legislativo e do Executivo colocada em marcha pelo

Poder Judiciário. Este aspecto é tratado por O'DONNELL (1998), que ressalta a atuação dos três Poderes, inclusive do Judiciário, isolado ou em conjunto com outras agências, como propiciadora da *accountability* horizontal, ressaltando inclusive a necessária participação das Cortes de Justiça nas ações de *accountability* levadas a cabo por outras agências. Na sua perspectiva, a *accountability* horizontal realizada pelas agências estatais depende da intervenção do Judiciário para torná-la efetiva. O processo se desenvolveria por meio de uma rede de agências, sendo concluído por meio das decisões dos tribunais (O'DONNELL, 1998).

Nesse passo, o Poder Judiciário aparece não apenas como um Poder que, isoladamente, está apto a exercer a *accountability* horizontal em uma democracia, mas como uma instância capaz de tornar efetiva a *accountability* horizontal iniciada por outras agências. Assim, atores como o Ministério Público, as Defensorias Públicas, a Ordem dos Advogados do Brasil, as associações e os sindicatos, entre outros, podem se valer do Poder Judiciário para supervisionar os demais Poderes estatais. Algumas pesquisas, detalhadas abaixo, desenvolvem precisamente este aspecto da questão, relacionando a expansão do Poder Judiciário com os agentes que demandam a interferência judicial na seara política.

**CITTADINO** (2003, 23/24) explica que se tomarmos por base a idéia de que a Constituição encerra valores e ideais compartilhados, sua concretização não pode ser realizada apenas pelo Poder Judiciário, mas também pela participação da comunidade. Esta participação da comunidade na concretização da Constituição, segundo a autora, se daria por meio do alargamento dos seus intérpretes, alargamento este capaz de incluir todos: órgãos estatais, cidadãos e grupos. Tal levaria a uma interpretação democrática da Carta Constitucional, pois incluiria a participação de todas as forças sociais presentes na comunidade. Segundo a autora, a Constituição de 1988 trouxe diversos instrumentos capazes

de assegurar este constitucionalismo democrático, possibilitando a participação dos diversos atores sociais, da comunidade de intérpretes, na concretização do seu texto.

Nesse passo, a judicialização da política no Brasil não estaria associada a “*uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário*” (CITTADINO, 2003, 39), pois a Constituição trouxe diversos mecanismos processuais capazes de garantir a participação de todos os grupos e cidadãos na busca pela efetividade do seu texto, mecanismos estes que têm sido recorrentemente utilizados. Assim, esta tarefa seria de responsabilidade não do Judiciário, mas de “*uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer*” (CITTADINO, 2003, 39).

**MOTTA** (2007, 33) também enxerga a crescente participação dos atores jurídicos no campo político e social. Para ele, esta maior participação conduz ao crescimento do papel das instituições jurídicas, ao fenômeno da judicialização, o que somado à garantia do acesso à justiça, leva ao exercício da cidadania. **MOTTA** (2007, 34-35), portanto, associa a judicialização da política ao acesso à justiça e à cidadania<sup>82</sup>, pois o cidadão comum tem no Judiciário um canal de representação dos seus interesses, interesses estes que não encontram representação possível no Poder Legislativo.

É interessante perceber que enquanto **MOTTA** (2007) enxerga a judicialização da política como um processo favorável ao exercício da cidadania, já que o fenômeno termina por criar um canal de representação para os interesses dos cidadãos, há autores que defendem justamente o contrário, como é o caso de **ARANTES** (2002) que sugere que atuação do

---

<sup>82</sup> “(...) a cidadania deixa de ser uma mera abstração teórica, tornando-se, assim, materializada pelos canais de representação do direito” (MOTTA, 34)

Ministério Público impediria o desenvolvimento da cidadania, criando um tipo de representação paternalista.

**MACIEL** e **KOERNER** (2002) criticam a concepção de **ARANTES** (2002) de que o crescimento do Ministério Público centra-se em uma representação paternalista e verticalizada, que impediria o desenvolvimento da cidadania, levando a que o processo de judicialização da política ocorra desvinculado da participação dos cidadãos. Os autores sugerem que o Ministério Público provoca o controle do Poder Judiciário por influência do ambiente sociocultural, e que é precisamente esta permeabilidade do *parquet* aos valores e expectativas da sociedade o que confere legitimação social à proposição de ações judiciais pelo Ministério Público. Segundo os autores, “(...) *a hipótese do substitucionismo desconsidera o papel legitimador das denúncias e representações que, em quantidade significativa, têm sido oferecidas por agentes sociais, políticos e estatais ao Ministério Público (...)*”. (MACIEL e KOERNER, 2002, 122)

Também **GARAPON** (1999, 235) expressa opinião diversa, embora o autor tome por base a realidade do Ministério Público francês. Para ele, é positiva a evolução no desempenho do *parquet* naquele país justamente porque “*a lógica vertical tecnocrática é substituída por uma lógica absolutamente inversa, horizontal, de abertura ao tecido social (...)*”

Além disso, é importante recordar que não é apenas o Ministério Público que vem levando as demandas políticas para a avaliação do Poder Judiciário. As associações e os partidos políticos têm atuado em grande medida no mesmo sentido, como demonstra o estudo de **VIANNA** et all (1999).

De qualquer forma, cumpre ter em vista que a mera provocação do Poder Judiciário não garante a judicialização. Desenvolvendo este aspecto da questão, entram pesquisas que,

na classificação de **CARVALHO** (2004) situam-se, indubitavelmente, na corrente analítica, preocupada em medir e avaliar o processo de judicialização.

Nesse sentido, a pesquisa de **CASTRO** (1997) concluiu que a interferência do Supremo Tribunal Federal nas políticas governamentais não era tão relevante, apesar do grande número de ações dirigidas contra o Poder Executivo. Também **VIANNA** et all (1999) apontou a pouca interveniência política do Supremo no âmbito das inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade protocolizadas no Tribunal. Na mesma linha, **OLIVEIRA** (2005), em estudo sobre a judicialização da política de privatizações, afirmou que o Judiciário evitou contrariar as políticas do Executivo.

Ainda no campo das pesquisas analíticas, **ARANTES** (1997, 199), analisando o julgamento de medidas provisórias nos governos Sarney e Collor, observa que o Supremo Tribunal Federal ainda oscila entre a defesa da Constituição e os imperativos do governo. *“As primeiras lhe conferem legitimidade necessária à posição de órgão da cúpula do Judiciário, porque baseadas na imparcialidade técnico-jurídica, ao passo que as demais revelam a inafastabilidade do juízo político que a função de quase Corte Constitucional também encerra”*.

Frente a estas constatações, e após concluir que *“o aumento puro e simples do número de processos não implicou uma intervenção efetiva do Judiciário* (CARVALHO, 2004,121), **CARVALHO** (2004, 123) alerta para outra forma de abordagem do fenômeno, ainda no campo das pesquisas analíticas, que seria o estudo do comportamento dos juízes, que, ao fim e ao cabo, são os principais agentes do processo de judicialização.

A importância do juiz no processo de judicialização da política foi bem abordada por **TATE** (1995). O autor, como visto anteriormente, elenca uma série de condições

institucionais propiciadoras da judicialização. A intervenção política do Judiciário, contudo, mesmo diante do cenário institucional favorável, propício, somente vai se perfazer se o julgador assim o desejar. Os juízes, frente a um determinado caso concreto, teriam que decidir participar da formulação da política e substituí-la pela que lhes parecesse mais adequada.<sup>83</sup> Sem essa interferência subjetiva do juiz, não há que se falar em judicialização da política.

TATE (1995, 34) explica que tal interferência se explica principalmente por dois fatores: uma propensão do juiz para o ativismo judicial e a configuração de uma situação em que as preferências políticas do juiz não se encaixam na política vigente. Assim, o que determina a ocorrência da judicialização é a propensão do juiz para o ativismo judicial e a sua vontade de fazer prevalecer a política que julga adequada.

#### 4.3 – A Judicialização da Política e o Estado Social

Na introdução deste trabalho foi mencionado que o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento sobre os efeitos do Mandado de Injunção, passando a atuar politicamente no bojo destas ações, criando a norma jurídica necessária à implementação dos direitos constitucionais. Ao modificar seu entendimento, o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes alude, entre outros argumentos, ao fato de que o Judiciário, em um Estado Social, deve ter um papel político mais acentuado, não se podendo insular na tarefa de aplicar a lei ao caso concreto.

---

<sup>83</sup> “*Even under a very favorable constellation of facilitating conditions, the actual development of the judicialization of politics require that judges have the appropriate personal attitudes and policy preferences or values, especially relative to the values of other decision makers. Under otherwise favorable conditions, judicialization develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion, (2) substitute policy solutions they derive for those derived by other institutions.*” (TATE, 1995, 33)

Ao tocar no tema da atuação do Judiciário no Estado Social o Ministro Gilmar Mendes trouxe a lume o pensamento de Rui Medeiros, para quem o Judiciário deve ter uma atuação ativa em um Estado caracterizado como de Bem-Estar Social. Transcreve-se a seguir um excerto da obra do autor citado no voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670.

*“(...) O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional, constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas. Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessária a intervenção activa do Tribunal Constitucional. (...)”*

(MEDEIROS, 1999, 493-494, apud. Voto do Ministro Gilmar Mendes, op. cit. pag. 37-38)

Muitos autores compartilham do entendimento de que o Estado Social demanda uma atuação política do Judiciário. **VIANNA** et all (1999) por exemplo, defendem que o Estado de Bem Estar Social, ou *Welfare State*, terminou por infiltrar o direito na política, na vida social, e o Judiciário, como o Poder detentor dos meios e da *expertise* para interpretar e aplicar a norma jurídica, terminou por assumir um protagonismo sobre o os demais.

O *Welfare State* seria fruto de um movimento social que primeiro lançou raízes na sociedade civil, para somente depois invadir a esfera pública. A Revolução Industrial fez surgir uma nova classe social: os trabalhadores da indústria ou operários. Esta classe, explorada, submetida a condições de trabalho precárias, terminou por se unir e formar um movimento em busca de melhores condições de vida e de trabalho, um movimento que, ao fim e ao cabo, almejava, em um primeiro momento, por justiça social. Segundo os autores, o welfare, “antes de ser Estado (...) foi a expressão de um movimento a que não faltou o carisma da utopia, originário da sociedade civil e com uma legítima pretensão universalista

(...)” (VIANNA et all, 1999, 15). Este movimento, teve suas aspirações agasalhadas pelo Estado, que passou a deter funções novas, funções de definir e aplicar ações que promovessem igualdade e justiça, ações estas que muitas vezes interferiam na esfera privada do indivíduo. Assim, o público passa a invadir um espaço antes reservado ao privado<sup>84</sup>, o que modifica radicalmente o âmbito de atuação do Estado.

Os autores explicam que no Estado Social o governo, além de regular a economia, toma para si o papel da “*administração do social, desenvolvendo programas de emprego de mão de obra, políticas de assistência familiar, projetos habitacionais, programas de saúde, etc, matérias que, em sua quase totalidade, dependiam da produção de leis de alcance específico*” (VIANNA et all, 1999, 17). Ocorre que, conforme pontuado por eles, a realização dos novos direitos sociais exigia presteza e conhecimento técnico específico das matérias tratadas, muitas de alta especialização, o que terminou por transferir do Poder Legislativo ao Poder Executivo, melhor aparelhado para a tarefa, a iniciativa das leis e dos programas políticos relacionados à implementação do Estado Social (VIANNA et all, 1999, 18).

Ainda segundo esta perspectiva, o Poder Executivo, ao formular as políticas sociais, termina por traduzi-las em normas jurídicas, fazendo “*do direito um dos seus principais recursos de comunicação*” (VIANNA et all, 1999, 20). Ocorre que, ao fazê-lo, o Estado Social insere no direito um elemento novo, que é a indeterminação e a incerteza, conceitos absolutamente estranhos ao direito liberal clássico, conforme explicitado pelos autores no seguinte trecho de sua obra.

---

<sup>84</sup> “*Se o direito privado clássico se assentava sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto da autolimitação dos indivíduos, o fato de ele ter admitido um elemento de justiça, como a proteção do ‘economicamente desfavorecido’ introduzida pelo Direito do Trabalho, emprestou-lhe um novo significado, pondo-o também a serviço da justiça social*” (VIANNA et all, 1999, 16)

*“Prever, decidir, regular, agir em simultaneidade com os processos econômico-sociais – diante de tais desafios, o Estado Social, por definição, não se pode orientar pelo tempo passado, e, sim, pelos tempos presente e futuro, assumindo a sua indefinição e indeterminação. Daí que a manifestação da sua decisão em norma venha, necessariamente, a contaminar o campo do direito com o provisório, o temporário, a incerteza, levando-o a identificar o seu tempo e os seus temas com os da política. A abertura do direito ao tempo futuro, segundo Habermas, o teria feito admitir ‘leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação de prognóstico inseguro [...], a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados.” (VIANNA et all, 1999, 20/21)*

A novidade da indeterminação do direito, explicitada na agenda social do *Welfare State*, leva a uma redefinição da relação entre os Poderes, uma vez que o Judiciário, como a instituição tecnicamente adequada para interpretar o sentido e o alcance das normas, termina tendo que exercer esta função face a conteúdos indeterminados, o que deságua necessariamente em uma criação legislativa judicial<sup>85</sup>. Segundo a visão dos autores, é por força desse processo que Poder Judiciário é catapultado a um posição de controle do Executivo e do Legislativo, uma posição de poder que lhe permite até mesmo “*invocar o justo contra a lei*” (VIANNA et all, 1999, 21).

Teoria similar é defendida por **CAPPELLETTI** (1999). Para ele, a expansão do Poder Judiciário faz parte de um processo maior, que é a expansão do próprio Estado. O Estado, em um determinado momento histórico, tomou para si funções que antes lhe eram estranhas, como a de promover a saúde, a educação, a moradia, a proteção da natureza, o desenvolvimento econômico, entre outros temas. O Estado, enfim, passou a enveredar por temáticas novas, e a medida que o fazia, outros temas surgiam e eram posicionados na esfera de atuação estatal. Para se desincumbir de suas inúmeras funções, o Estado precisava, antes de tudo, legislar. Iniciou-se então uma grande produção legislativa (CAPPELLETTI, 1999, 39).

---

<sup>85</sup> “(...) o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’”. (VIANNA et all, 1999, 21)

Mas a legislação versando sobre estes novos temas não poderia ser similar à legislação clássica, que distinguia entre o certo e o errado, prevendo condutas e aplicando punições. A legislação precisava ter um caráter promocional, precisava prescrever programas de desenvolvimento futuro (CAPPELLETTI, 1999, 40/41). Ao mesmo tempo, estes programas de desenvolvimento futuro precisavam ser trazidos da teoria para a prática, o que exigia um esforço contínuo da burocracia estatal<sup>86</sup>. Assim, o aparelho administrativo foi crescendo e se tornando mais complexo, tomando para si a função, que antes pertencia ao Legislativo, de promover estes novos direitos que passaram à alçada estatal. Nas palavras de **CAPPELLETTI** (1999, 39), “*o welfare state, na origem essencialmente um estado legislativo, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em estado administrativo*”.

Mas onde entra o crescimento do Judiciário na equação do autor? Alguns fatores são mencionados por ele para justificar a expansão judicial. Um desses fatores seria a vagueza, a imprecisão dos termos jurídicos constates das leis sociais (CAPPELLETTI, 1999, 42), fator este que também é mencionado por **VIANNA** et all (1999). Como estas leis se voltam para o futuro, elas se constituem de princípios e finalidades, elementos que deixam aos seus aplicadores, inclusive na esfera judicial, um espaço muito grande para o exercício da discricionariedade. Assim, o Judiciário passa a ter um papel ativo na aplicação dos novos direitos, pois não se limita a concretizar no mundo fático uma prescrição pronta e acabada, precisando criar, desvendar o melhor caminho para a consecução da norma.

---

<sup>86</sup> CAPPELLETTI (1999) também alerta que a transformação do Welfare State, de um Estado Legislativo para um Estado Administrativo, passa por uma delegação do Parlamento, ao Executivo, de inúmeras funções, inclusive normativas. É o que se percebe do excerto seguinte: “*os parlamentos atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade de transferir a outrem grande parte de sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação*” (CAPPELLETTI, 1999, 43).

Outro fator mencionado pelo autor é o crescente sentimento de desilusão da população em relação tanto aos Parlamentos quanto ao Executivo. A medida em que a sociedade vai se tornando mais plural, mais complexa, as demandas pela intervenção do Estado em novos temas vão se expandindo. O Legislativo, por suas próprias características, não conseguia produzir leis na velocidade exigida pela sociedade. Assim, *“demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não completamente contraprodutivas em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir (...)”* (CAPPELLETTI, 1999, 44)”. O Executivo, por seu turno, foi se revelando distante da população, inacessível ao cidadão comum, e muitas vezes não orientado para o seu serviço (CAPPELLETTI, 1999, 45). Essa situação levou a um sentimento de insatisfação social, insatisfação esta que terminou por desaguar nos juízos e tribunais.

O Judiciário, então, além de controlar as atividades civis e penais dos cidadãos, passa a controlar os Poderes Políticos, a aplicar os direitos sociais que os demais não quiseram, não conseguiram ou não puderam aplicar. Tal estado de coisas leva ao surgimento de um “terceiro gigante” (CAPPELLETTI, 1999, 47), dotado de um poderoso sistema de controle à disposição dos indivíduos.

**CAMPILONGO** (1994, 123/124) segue por este pensamento. Seu argumento é o de que o Estado Liberal, atento apenas à preservação da liberdade jurídica, podia contar com um Judiciário atuando conforme o que ele denomina de “interpretação de bloqueio”, uma interpretação limitada ou bloqueada pela estrita legalidade.

Realmente, se o bem que o cidadão quer preservar é apenas a sua liberdade, basta que o juiz compile o Estado, por meio da aplicação pura e simples da norma jurídica pré-existente

por meio da qual o Estado se auto-limitou, a manter uma postura negativa, respeitando a esfera da liberdade do indivíduo.

O mesmo não se dá no Estado Social, conforme pontua **CAMPILONGO** (1994, 124), na mesma linha dos autores mencionados. É que à medida em que Estado se propõe atender direitos novos, incluir, ele se torna mais complexo e as expectativas materiais do cidadão podem ser traduzidas em pretensões jurídicas. A legislação, por seu turno, torna-se mais fluida, evidenciando um caráter teleológico<sup>87</sup>, valorativo, que não permite ao juiz apenas aplicar a norma pré-existente ao caso concreto para solucionar as demandas postas. O excerto seguinte explicita com clareza a idéia do autor.

*“As estruturas normativas do Estado social são teleológicas e hierarquizadas funcionalmente, segundo considerações de caráter valorativo. A presença do Estado no domínio econômico confere à ordem jurídica um caráter indisfarçavelmente político. A literatura sobre as novas ‘funções do direito’ – ‘redistributivas’, ‘transformadoras’, ‘legitimadoras’, etc – traz consigo questionamentos a respeito dos novos papéis do juiz. Sem abandonar a tradicional função de adjudicação da conflituosidade inter-individual, o magistrado atua, no Estado social, como um garantidor da estabilidade e da dinâmica institucionais. Os direitos sociais agregam ao Estado de Direito um considerável aumento de complexidade. O sistema legal de garantias liberais era altamente seletivo e impermeável a conteúdos materiais. O modelo jurídico do Estado social é compensatório dos déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca. Os direitos sociais lidam com uma seletividade inclusiva. O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais, era e continua sendo conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes dessa ‘seletividade inclusiva’.” (CAMPILONGO, 1994, 124)*

**CITTADINO** (2003, 33) tratando especificamente da realidade brasileira, também aponta o novo dever de ação do Estado, em contraposição ao clássico dever de abstenção, como um dos fatores que levam à interferência do Judiciário no controle da política. Segundo a autora, a Constituição de 1988, ao positivizar os direitos fundamentais e, especialmente os

---

<sup>87</sup> O autor menciona as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados e as normas programáticas como exemplo de normas que possibilitam uma discricionariedade administrativa e politização das reivindicações jurídicas que exigem do magistrado uma postura ativa e política. (CAMPILONGO, 1994, 123).

direitos sociais, levou à necessidade de intervenção positiva do Estado, ou do legislador, na sua concretização. Ao mesmo tempo, para evitar que o imobilismo estatal gerasse uma situação de paralisia, em que não fosse possível o gozo dos direitos garantidos, a Constituição previu instrumentos específicos, institutos processuais, voltados a dar efetividade à Carta Constitucional, por meio da concretização dos direitos nela previstos.

Esta situação, leva a que o Judiciário passe a atuar como um controlador dos demais Poderes e, ao mesmo tempo, um garantidor dos direitos constitucionais, especialmente aqueles que demandam uma prestação positiva por parte do Estado, como são os direitos sociais. É importante ter em vista, contudo, que segundo a visão da autora, o Judiciário não se encontra insulado neste processo, distante da influência da sociedade. Para **CITTADINO** (2003, 34), é a manipulação dos institutos processuais específicos pelas diversas forças sociais, ou pela comunidade de intérpretes, o que garante a concretização da Constituição por meio do controle das omissões do Poder Público. Ou seja, a omissão do Estado em implementar os postulados do Estado Social gera sim uma intervenção do Judiciário, mas uma intervenção provocada e influenciada pelas forças sociais.

Como visto, diversos autores concordam com a tese de que os novos direitos oriundos do Estado Social, ao provocar o crescimento dos ramos legislativo e executivo, terminou por levar, em contrapartida, ao crescimento do Judiciário e de seu âmbito de atuação. Há autores, contudo, que apesar de concordar com esta tese, tomando-a como um fato, acrescentam fatores outros como causas do fenômeno da expansão do Poder Judiciário, fatores que julgam mais importantes, e tecem pesadas críticas a sua ocorrência.

Entre estes, encontra-se **GARAPON** (1999). O autor explica que no Estado de Bem-Estar Social amplia-se o leque de atuação estatal, e que as falhas constatadas na concretização

dos seus objetivos, leva a sociedade a procurar pela Justiça. Segundo o autor, “*em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a Justiça*” (GARAPON, 1999, 47/48). O autor, contudo, defende que a judicialização da política não se explica apenas por este fator. Sua obra fala do processo como efeito de um “ideal democrático desencantado” (GARAPON, 1999, 26), gerado pela incapacidade das esferas políticas de prover as expectativas da sociedade. As leis vagas, inacabadas (GARAPON, 1999, 40/41), a transferência do espaço simbólico da democracia do Estado para a Justiça (GARAPON, 1999, 47/48), a força da mídia, que exige respostas rápidas, impossíveis de serem elaboradas pelo Executivo e Legislativo (GARAPON, 1999, 82), tudo isso termina por elevar juízes e tribunais para o exercício de uma função essencialmente política. Este fato, na visão do autor traz diversos inconvenientes, como a construção de decisões políticas sem participação democrática, o encorajamento do individualismo e o afastamento da dimensão coletiva do político (GARAPON, 1999, 49).

Outro autor que pode ser encaixado neste grupo é **HABERMAS** (1997). O autor deixa claro que o Estado Social, ao contrário do Estado Liberal, inclui objetivos e fundamentação em princípios e que tal leva a que a argumentação jurídica se abra para a determinação dos fins, desaguando em um crescimento de poder para a Justiça, assim como em uma ampliação do espaço de decisão judicial (HABERMAS, 1997, 305/306). O autor, contudo, critica o que chama de equiparação concorrente entre a Justiça, por meio do seu Tribunal Constitucional e o legislador, por não divisar na criação normativa do Judiciário qualquer legitimação democrática (HABERMAS, 1997, 324/325). Para ele, “*somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito*” (HABERMAS, 1997, 326).

Há autores, por outro lado, que não mencionam o Estado Social como um fator propiciador da judicialização. Veja-se, por exemplo, **VALLINDER** e **TATE** (1995). Os autores associam os seguintes fatores ao processo de judicialização: a queda do comunismo e a ascensão dos Estados Unidos à posição de única superpotência global<sup>88</sup>, a democratização na América Latina, Ásia e África<sup>89</sup> e a influência da jurisprudência e da Ciência Política estadunidense. **VALLINDER** (1995, 23) ainda recorda que a necessidade de proteção dos direitos humanos influenciou bastante o processo de judicialização. O mesmo é asseverado por **SHAPIRO** (1995, 46/47).

**MAUS** (2000), igualmente, não menciona a influência do Estado Social no processo. A autora encontra a raiz do fenômeno na inserção da moral no direito e na conseqüente conversão dos juízes e tribunais na mais alta instância moral da sociedade, superior às instâncias legislativa e executiva e, por conseguinte, autorizada a controlá-las. Além disso, a autora menciona a alta confiança da população no Judiciário e a elaboração de uma legislação dotada de expressões vagas, de conteúdo moral, o que permite aos tribunais fazer uma leitura criativa dos textos normativos.

Como visto, nem todos os autores, ao tratar da judicialização da política, concordam que o Estado de Bem-Estar Social, ou sua incapacidade de cumprir as promessas positivadas, levam à interferência do Judiciário na seara política, como se observa nos parágrafos acima. **VALLINDER** e **TATE**(1995), além de **MAUS** (2000), associam a ocorrência do fenômeno a outras causas. Estes autores não chegam a contestar a influência do Estado Social na expansão do Poder Judiciário, limitando-se a trilhar outros caminhos para explicar o processo.

---

<sup>88</sup> “After the Second World War the United States emerged as the democratic superpower. To many democratic countries, old and new, the American political system, with great power and prestige for the judiciary and for judicial review, became an ideal to be emulated”(VALLINDER, 1995, 22).

<sup>89</sup> Isto porque somente Estados democráticos convivem com o fenômeno da judicialização da política, como explica TATE (1995, 28/29)

Há autores, por seu turno, que enxergam a influência do Estado de Bem-Estar Social no fenômeno da judicialização, mas que acreditam que o processo não pode ser justificado apenas por este fator. É o caso de **HABERMAS** e **GARAPON** (1999).

Por fim, há autores que justificam o processo de judicialização principalmente nestas bases, associando-o à incapacidade do Estado de prover as demandas do Estado de Bem-Estar Social e a conseqüente intervenção do Judiciário com vistas à implementar os direitos que não foram efetivados pelos Poderes Legislativo e Executivo, embora eventualmente possam elencar outras justificativas para o fenômeno. Nesse grupo encontra-se **VIANNA** et all (1999), **CAPPELLETTI** (1999), **CAMPILONGO** (1994) e **MEDEIROS** (1999).

Além desses, cumpre referir que diversos autores partem deste pressuposto quando desenvolvem trabalhos voltados a um objetivo diverso dentro do tema, ou quando constroem pesquisas empíricas, cujo objetivo não é discutir as causas do fenômeno, mas medir seus efeitos. Assim é que **CITTADINO** (2003), por exemplo, menciona a influência do Estado de Bem-Estar Social no processo de judicialização, sem entrar em maiores detalhes.

Entretanto, será que é possível falar em Estado de Bem-Estar Social no Brasil, levando em conta os objetivos deste trabalho? Sobre o Estado Social brasileiro, **EISENBERG** (2003, 60) explica que o Brasil positivou a opção por este tipo de Estado provedor, possuindo todas as estruturas normativo-institucionais para tanto<sup>90</sup>. Naturalmente, o autor ressalta que o país não alcançou o mesmo grau de desenvolvimento do Estado Social observado nos países do centro do capitalismo, mas tal não é capaz de elidir sua natureza.

---

<sup>90</sup> **CITTADINO** (2003, 28) observa que a Constituição brasileira consiste em uma Constituição-dirigente, que se propõe fins e programas de ações futuras.

*“Tal qual ocorreu nos países do centro do capitalismo, as lutas sociais, em particular no plano das relações de trabalho, resultaram em um processo de rematerialização do direito como resposta à crise do formalismo, e ainda que do ponto de vista substantivo o nosso Estado de Bem-Estar Social nunca tenha atingido o alcance, em termos de benefícios distributivos, dos países avançados, aqui foram igualmente implantadas as estruturas normativo-institucionais deste regime político econômico. A crise desse Estado de Bem-Estar Social, uma crise simultânea de legitimidade e de eficácia, tal qual diagnosticada na Europa por autores como Claus Offe, é também parte da nossa experiência histórica”.*(EISENBERG, 2003, 60)

Na realidade, as imperfeições do Estado de Bem-Estar Social brasileiro parecem reforçar a possibilidade de se justificar, por esta via, a judicialização da política no país. É que conforme se extrai de **VIANNA** et all (1999) ou **CAPPELLETTI** (1999), o Judiciário é chamado a intervir precisamente quando o Executivo e o Legislativo não conseguem implementar os direitos sociais prometidos na Constituição e nas leis. Em outras palavras, a judicialização da política, nesta teoria, parece surgir principalmente quando o Estado Social se mostra falho, impotente e não consegue se desincumbir de suas funções.

Nessa linha, a expansão do Poder Judiciário não surge exclusivamente de uma tendência ao ativismo dos juízes e Tribunais. A evolução da sociedade e o clamor pelo respeito dos direitos não apenas de liberdade, mas também de igualdade e justiça social, levaram a que as Constituições estabelecessem cada vez mais atribuições ao Poder Judiciário, oferecendo-lhe os mecanismos necessários para garantir o respeito aos direitos dos cidadãos.

Entre estes mecanismos, pode-se encontrar exemplos de controles sobre os demais poderes, hipóteses em que a um Poder, inclusive ao Judiciário, é dado invadir a esfera de atribuições classicamente reservada aos demais. Um exemplo desta “invasão” pode ser percebido no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, que prevê o Mandado de Injunção como o remédio adequado para sanar omissões legislativas que prejudiquem o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, prevendo um verdadeiro controle do Judiciário sobre o Legislativo.

São as Constituições que determinam os limites aos quais cada Poder deve se conformar. Todavia, note-se, a compreensão das previsões Constitucionais depende de interpretação e, a depender de como se interpreta um determinado preceito, ele pode redundar em limites maiores ou menores. Se o preceito é interpretado muito restritivamente, o controle previsto pode se tornar ineficaz, vazio. Por outro lado, se o preceito é interpretado de forma muito abrangente, o que foi previsto como um controle de um Poder sobre o outro pode se transformar em uma usurpação de funções, gerando um desequilíbrio que compromete a própria separação das funções do Estado.

Em muitos casos, a interpretação do alcance e significado dos controles mútuos previstos nas Constituições é evidente. Em outros, entretanto, a atividade é árdua e exige grande esforço do intérprete. O art. 5º, LXXI da Constituição Federal é um exemplo de controle do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo cujo alcance não decorre da simples leitura do texto constitucional. A interpretação dos efeitos do Mandado de Injunção, por exemplo, não pode ser feita sem se levar em consideração o princípio da separação dos poderes. Neste contexto, a extensão do preceito constitucional, depende do intérprete e é neste espaço reservado ao intérprete que, tomando de empréstimo o pensamento de **TATE** (1995, 34), pode-se afirmar que depende, especialmente, da propensão do julgador para o ativismo judicial.

A pesquisa ora desenvolvida busca desvendar como o Supremo Tribunal Federal, tem entendido os efeitos da sentença de Mandado de Injunção e o princípio da separação dos poderes do Estado, uma discussão que passa pela opção do Tribunal de judicializar ou de não judicializar a questão. Ao fim e ao cabo, o que se discute neste trabalho é como o STF compatibiliza a assunção de funções políticas pelo Judiciário com o princípio referido. Antes,

porém, cumpre fazer uma breve incursão sobre este importante instrumento de controle, que se volta tanto à proteção dos direitos dos cidadãos quanto da própria Constituição Federal.

## 5. O MANDADO DE INJUNÇÃO

O Mandado de Injunção é definido pelo art. 5º, LXXI da Constituição Federal como a ação a ser manejada 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. Trata-se, portanto, de uma garantia do cidadão, um remédio constitucional que se volta à proteção dos direitos previstos na Constituição, sempre que estes estiverem concretamente ameaçados pela omissão do órgão competente<sup>91</sup> para editar as medidas cabíveis voltadas a lhes dar eficácia.

O Mandado de Injunção evidencia uma preocupação com a efetividade das normas constitucionais<sup>92</sup>, para que a Constituição não traga em si direitos ociosos, determinações vazias e sem propósito. Ou para que a Constituição não se converta em um *“repositório de boas intenções, de recomendações e de programas, que possam restar indefinidamente letra morta,*

---

<sup>91</sup> O regulamento faltante não é necessariamente uma lei, cuja edição cabe ao Congresso Nacional, podendo ser qualquer ato infralegal, de competência do Poder Executivo ou mesmo do Poder Judiciário, como um Decreto ou uma portaria, por exemplo. Assim, não é correto considerar que o Mandado de Injunção se volta sempre e necessariamente a suprir a ausência de uma lei viabilizadora de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. O Mandado de Injunção pode garantir, por exemplo, o exercício de um direito ameaçado pela falta de uma portaria ou resolução. A Constituição Federal, ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para processar a ação de Mandado de Injunção elenca diversos órgãos que podem ser responsáveis pela edição do regulamento de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, como o Presidente da República, o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Mesas de uma das Casas Legislativas, o Tribunal de Contas da União, um dos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal, além de órgão, entidade ou autoridade federal. (“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal e Art. 105 – Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente (...) h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal)”

<sup>92</sup> A preocupação com a efetividade das normas constitucionais aparece não apenas na previsão do Mandado de Injunção pelo art. 5º, LXXI, mas também da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (Art.103, §2º) e da Iniciativa Popular de leis (art. 14, III).

*sem a geração de efeitos jurídicos fundamentais*” (BASTOS, 1996, 221). É nessa esteira de privilégio à efetividade das normas constitucionais que é gestado o Mandado de Injunção. Assim, o direito, liberdade ou prerrogativa previsto na Carta Magna e que não pode ser exercido por falta de norma regulamentadora tem no instituto um meio viabilizador.

Mas por que este direito, liberdade ou prerrogativa não pode ser exercido de plano pelo interessado? Por que a determinação constitucional não se realiza por si e demanda a publicação de ato infraconstitucional para produzir efeitos, seja uma lei, um decreto, uma portaria, ou qualquer outro meio viabilizador?

Na verdade, é importante ter em vista que nem todas as normas constitucionais produzem, por si e imediatamente, os efeitos delas esperados. Alguns preceitos da Constituição não trazem todos os elementos necessários para que a ordem deles constante seja cumprida de pronto. Não têm *“capacidade de incidir imediatamente sobre os fatos regulados”* (BASTOS, 1996, 109). Normas com estas características precisam de um ato legislativo que as complemente, dando-lhes eficácia plena, isto é, fazendo com que a determinação constitucional seja integralmente cumprida.

No Brasil, o estudo mais importante sobre o tema foi elaborado por **SILVA** (1982), que dividiu as normas constitucionais em três grandes grupos de acordo com o seu grau de eficácia: normas de eficácia plena, contida ou limitada.

As primeiras, normas de eficácia plena, são aquelas que, desde a edição do texto constitucional, são capazes de produzir todos os efeitos delas esperados (SILVA, 1982, 87-88)<sup>93</sup>. Não se faz necessária a intervenção do legislador infraconstitucional para dar concreção ao preceito nelas contido (SILVA, 1982, 89). **BASTOS** (1996, 109) explica que a

---

<sup>93</sup> *“Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. (...) Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia (...)”* (SILVA, 1982, 87-88)

possibilidade da incidência plena da norma depende da forma como ela é descrita na Constituição:

*“Se está descrita em todos os seus elementos, é plasmada por inteiro quanto aos mandamentos e às conseqüências que lhe correspondem, no interior da norma formalmente posta, não há necessidade de intermédia legislação, porque o comando constitucional é bastante em si. Tem autonomia operativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos a que se preordena”.*

É, portanto, a forma como a norma foi posta na Constituição o que determina se seus efeitos se produzirão direta e imediatamente. A Constituição traz diversos exemplos de normas de eficácia plena, como a previsão constitucional de voto direto e secreto, prevista na primeira parte do *caput* do art. 14 (*a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante (...)*) ou a determinação constante do art. 100 de que as Fazendas Federal, Estadual e Municipal pagarão seus débitos por meio de precatórios (*À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim*).

As normas de eficácia contida, por seu turno, são aquelas que a Constituição regulou suficientemente para que produzissem seus efeitos diretamente, embora tenha deixado ao legislador infraconstitucional a possibilidade de restringir o seu alcance (SILVA, 1982, 105). Em outras palavras, estas normas estão descritas de forma completa, possuindo todos os elementos necessários para que produzam seus efeitos. O constituinte, contudo, deixou à discricionariedade do legislador ordinário a possibilidade de restringir os efeitos delas advindos.

Exemplos destas normas estão no art. 5º, XIII, que regula o exercício das profissões (*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*), ou no art. 37, I, que trata do exercício de cargos, empregos ou funções públicas por estrangeiros (*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei*).

Por fim, as normas de eficácia limitada são preceitos que não foram suficientemente regulados pela Constituição e, por isso, dependem da edição de normas infraconstitucionais para que produzam os efeitos desejados pelo constituinte. A Constituição se limita a fornecer os vetores do direito ou, segundo **BASTOS** (1996, 110) um esboço da matéria regulada, o que torna o comando apenas parcial, incompleto, demandando acabamento.

Exemplo desta espécie de regra pode ser encontrado no art. 37, VII, que trata do direito de greve do servidor público (*o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica*), ou no art. 37, VIII, que trata do percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (*a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão*).

Os direitos constantes das normas de eficácia plena, naturalmente, não serão jamais ameaçados por uma omissão legislativa, pois a Constituição já fornece todos os elementos necessários para que produzam os efeitos deles esperados. O mesmo se dá com aqueles previstos em normas de eficácia contida, pois nada impede a sua fruição. A norma infraconstitucional, se editada, presta-se apenas a restringir seus efeitos. São as normas de eficácia limitada que dependem da prolação de atos infraconstitucionais para produzir efeitos.

São os direitos apregoados por estas normas que podem ter sua fruição ameaçada pela inércia legislativa. São estes, portanto, os preceitos que podem ser objeto do Mandado de Injunção<sup>94</sup>.

Note-se, por oportuno, que a omissão legislativa a que se refere o preceito constitucional que instituiu o Mandado de Injunção deve representar uma ameaça concreta, dirigida a um indivíduo ou grupo de indivíduos. Se a ameaça for abstrata, e existir apenas em tese, sem que tenha ainda atingido a esfera de direitos de qualquer pessoa, então o remédio adequado para saná-la deixa de ser o Mandado de Injunção e passa a ser a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. É o que alerta **DANTAS** (1989, 72), quando pontua que estas ações constitucionais, quais sejam, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, voltam-se igualmente à necessidade de preenchimento de uma lacuna legal, e que a diferença entre ambas é que *“pela primeira, o que se argúi é a lacuna em tese, teoricamente considerada, ao passo que na segunda hipótese já se verifica a questão em sua individualização, ou seja, a lacuna existente provocando conseqüências concretas para determinada pessoa (...)”* (DANTAS, 1989, 72).

Do que se disse até o momento, conclui-se que o Mandado de Injunção é uma ação que se volta a proteger direitos e liberdades constitucionais enunciados por normas de eficácia limitada, sempre que sua fruição estiver concretamente ameaçada pela falta de regulamentação infraconstitucional.

Note-se que as conclusões resumidas no parágrafo anterior podem ser extraídas diretamente do texto constitucional, não demandando grande esforço hermenêutico. Muitas dúvidas relacionadas ao instituto, contudo, por sua complexidade e pela falta de indicação no

---

<sup>94</sup> *“Os direitos, liberdades e prerrogativas estatuídos em normas constitucionais aptos a terem seu exercício viabilizado por intermédio de mandado de injunção são aqueles que, embora estejam em vigor, dependem de regulamentação ulterior para surtirem todos os efeitos sobre a matéria que versam. (...) São direitos previstos, assim, em normas constitucionais denominadas de **eficácia limitada**, nas definições de José Afonso da Silva e Pinto Ferreira (...)”* (PFEIFFER, 1999, 50-51)

próprio texto da norma, não puderam ser prontamente resolvidas, o que levou os operadores do direito a se envolver em debates acalorados visando determinar os contornos deste remédio constitucional<sup>95</sup>.

Importa aqui alertar para a importância destes debates, discussões que, longe de representarem diletantismo ou preciosismo doutrinário, faziam-se imprescindíveis para possibilitar o exercício desta importante ação constitucional, cujo objetivo não é outro senão a proteção de direitos individuais e coletivos.

As dúvidas suscitadas pela aplicação do Mandado de Injunção não eram poucas, sendo as mais importantes a relacionada à auto-aplicabilidade do instituto e aquela relativa aos efeitos da sentença de procedência<sup>96</sup>. O texto constitucional fornecia pouca ou nenhuma indicação de como resolver semelhantes questões, o que tornava extremamente complexa a sua solução.

Um recurso possível de ser utilizado em uma situação deste tipo é o auxílio do direito comparado (DANTAS, 1989, 67), quando se busca nas leis, na doutrina e na jurisprudência estrangeira, uma indicação de como se compreende em outros países um determinado instituto jurídico. Este mecanismo de auxílio, contudo, não pôde ser satisfatoriamente utilizado no caso presente, pois não se divisou no direito comparado uma ação com características verdadeiramente semelhantes. O Mandado de Injunção é visto como uma inovação do constitucionalismo brasileiro.

O ineditismo do instituto é ressaltado por diversos autores (CRETELLA JÚNIOR, 1996, 98) (MORAES, 2006, 153) (DANTAS, 1989, 66), embora a maioria aluda, em seus

---

<sup>95</sup> DANTAS (1989, 73), por exemplo, alude às discussões sobre o procedimento a ser adotado nas ações de Mandado de Injunção travadas em Congressos e Seminários logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

<sup>96</sup> A necessidade de solucionar estas importantes dúvidas era tal que o Supremo Tribunal Federal tratou de resolvê-las ainda no ano de 1989, pelo menos no âmbito judicial, tendo o Ministro Relator do MI 107 suscitado uma Questão de Ordem especialmente para isto.

trabalhos, a uma relação distante entre o Mandado de Injunção e o *injunction* do Direito Anglo-Saxão. **MORAES** (2006, 153), por exemplo, ressalta que o instituto tem raízes históricas no *writ of injunction*, mas que o seu conceito, estrutura e finalidade em nada correspondem aqueles do instrumento norte-americano.

Mas o que seria exatamente este *writ of injunction* do Direito Anglo-Saxão? **CRETELLA JÚNIOR** (1996, 101) o define como “*a ordem jurídica da Corte de Justiça, que proíbe pessoa – ou grupo de pessoas – de praticar determinada ação, ou que ordena que certa ação seja realizada*”. **PALERMO** (2007, 83) segue a mesma linha, conceituando-o, com base nas lições da Law School de Cornell, como “*uma ordem judicial que determina a um indivíduo que faça ou deixe de fazer uma ação específica*”, alertando ainda para o fato de que se trata de “*um remédio extraordinário que as cortes utilizam em casos especiais, onde a preservação do status quo ou a cominação de uma ação específica se faz necessária para impedir possíveis injustiças*”.

Apesar do esforço doutrinário em encontrar um parâmetro no direito comparado, a verdade é que não há quase nenhuma similaridade entre o *injunction* anglo-saxão e o nosso Mandado de Injunção. **PALERMO** (2007, 85) explica que o emprego do *injunction* no direito norte-americano é bastante amplo, podendo ser utilizado nas mais diversas situações, enquanto que o Mandado de Injunção dirige-se a objetivos muito mais restritos: a proteção dos direitos constitucionais ameaçados pela falta de norma regulamentadora. **MACIEL** (1988, apud. **DANTAS**, 1989, 68), chega a afirmar que, do *writ of injunction*, o Mandado de Injunção quase que só tem o nome. A mesma posição é defendida por **CRETELLA JÚNIOR** (1996, 101), para quem os dois institutos não guardam a menor relação entre si.

A ausência de um instituto semelhante no direito estrangeiro, a servir de farol aos operadores do direito no Brasil, transferiu aos teóricos e à jurisprudência pátrias a tarefa de

traçar os contornos desta ação constitucional. As discussões mencionadas há alguns parágrafos, sobre a auto-aplicabilidade do instituto e sobre os efeitos da sentença de procedência, foram muito importantes para determinar o alcance da ação, permitindo o seu exercício e, conseqüentemente, a proteção dos direitos ameaçados pela inércia legislativa. Trataremos, em seguida, destas interessantes discussões, começando por aquela relacionada à auto-aplicabilidade do instituto.

Descobrir se o preceito Constitucional que prevê o Mandado de Injunção é ou não auto-aplicável é essencial para a pronta utilização do remédio constitucional. Sendo auto-aplicável, aqueles cujos direitos previstos na Constituição estivessem ameaçados pela falta de norma regulamentadora, poderiam já no dia seguinte a publicação da Carta Magna, ingressar com uma ação de Mandado de Injunção pedindo a sua proteção. Se, todavia, o instituto não fosse auto-aplicável, não se poderia fazer uso desta garantia até que sobreviesse norma infralegal regulamentando o procedimento ou o rito a que ele se submeteria.

Os que defendem a auto-aplicabilidade do preceito que institui o Mandado de Injunção apóiam-se, principalmente, em um dispositivo constitucional que determina serem os direitos e garantias fundamentais auto-aplicáveis<sup>97</sup>. Ora, sendo o Mandado de Injunção uma garantia, um remédio constitucional, a ele também seria dirigida a ordem da aplicação imediata. **STRENGER** (1988, 31 e ss., apud. **OLIVEIRA**, 1993, 33), sugere que a norma que institui o Mandado de Injunção tem eficácia contida, isto é, aplica-se imediatamente, mas regulamentação posterior pode restringir seu escopo.

Por expressa determinação constitucional, as normas que asseguram os direitos e as garantias fundamentais devem ter pronta aplicação, o que segundo **PIOVESAN** (2003, 109)

---

<sup>97</sup> Trata-se do art. 5º, §1º, cujo texto preconiza que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

vincula os Poderes Públicos, “*não sendo mais admissível exigir-se do destinatário da norma que aguarde, em espera indefinida, a confecção das normas regulamentadoras faltantes*” (PIOVESAN, 2003, 109). Destaca a autora que, para que tal se dê, os Tribunais devem procurar conceder a máxima eficácia aos preceitos instituidores de direito, para lhes propiciar a aplicação imediata:

*“(...) aos órgãos jurisdicionados compete: a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.* (PIOVESAN, 2003, 107)

Mas como adensar estes preceitos constitucionais, como possibilitar esta aplicação imediata na ausência de leis concretizadoras? É importante ter em vista que afirmar que uma norma constitucional possui eficácia plena não é suficiente para resolver o problema da sua aplicação na prática. É que se uma garantia constitucional é auto-aplicável, ela o é de acordo com um determinado rito, um procedimento que oriente os advogados a manejá-lo no âmbito dos Tribunais e os julgadores a decidir as questões postas. Frise-se que os juízes não podem deixar de julgar uma ação, devendo decidir todas as demandas que lhes são apresentadas<sup>98</sup>. Ora, se é assim, é preciso definir um procedimento, para que este não seja definido aleatoriamente em cada processo.

Indiscutivelmente, a forma adequada para instituir o procedimento do Mandado de Injunção é a edição de lei regulamentadora do preceito constitucional. Ocorre que, na ausência da norma, e diante da necessária auto-aplicabilidade do instituto, tornou-se imprescindível adotar um rito qualquer, até que se definisse em lei um procedimento para esta importante ação constitucional.

---

<sup>98</sup> É o que determina o princípio do *non liquet*, segundo o qual o juiz não pode se eximir de julgar.

O Anteprojeto da Comissão de Sistematização previa para o Mandado de Injunção o mesmo procedimento do Mandado de Segurança. Esta parte do texto foi suprimida na versão final da Constituição Federal, mas segundo **SIDOU** (2002, 276), não se deve desprezar o método de interpretação histórica, sendo possível, na ausência de lei regulamentadora do procedimento, adotar aquele aventado pela comissão responsável pela elaboração do anteprojeto.

Alguns autores, após a promulgação da Constituição Federal, defendiam que transpor automaticamente o procedimento do Mandado de Segurança para o Mandado de Injunção não seria a forma mais adequada de aplicar o novo instituto. **DANTAS** (1989, 74), por exemplo, preocupou-se com a dificuldade de se provar a pretensão e o direito protegidos pelo Mandado de Injunção no rito do Mandado de Segurança<sup>99</sup>. **OLIVEIRA** (1993, 34-35), também demonstra a mesma preocupação, embora defenda a aplicação provisória da lei que cuida do Mandado de Segurança.

De qualquer sorte, na prática, o Supremo Tribunal Federal resolveu a questão da auto-aplicabilidade do instituto, assim como do procedimento a ser utilizado, ainda no ano de 1989, no julgamento da Questão de Ordem do MI 107, quando assentou que a norma que institui o Mandado de Injunção tem aplicação imediata e que, na ausência de lei regulamentadora, deve-se aplicar o procedimento previsto para o Mandado de Segurança. Posteriormente foi editada a Lei nº 8.038/1990, tendo o §1º do art. 24 confirmado a solução dada pela jurisprudência do Supremo, determinando que no Mandado de Injunção sejam observadas, no que couber, as normas do Mandado de Segurança, enquanto não editada legislação específica.

---

<sup>99</sup> O autor considera que a exigência de prova pré-constituída nas ações de Mandado de Segurança não é adequada para as ações de Mandado de Injunção. Nestas, na sua opinião, deveria ser dado ao autor a oportunidade de provar o alegado em audiência (**DANTAS**, 1989, 84).

Note-se, contudo, que a aplicação da lei que rege as ações de Mandado de Segurança não resolve todos os problemas. A expressão “*no que couber*” demonstra que é necessário observar as peculiaridades do instituto antes de transpor o regramento da outra garantia constitucional. Veja-se, por exemplo, o problema que cerca a sentença do Mandado de Injunção. Esta sentença certamente tem peculiaridades que devem ser consideradas, peculiaridades estas que decorrem do próprio objeto da ação, que é a proteção dos direitos e liberdades constitucionais, cujo exercício se encontre ameaçado por falta de norma regulamentadora.

A sentença, a ordem judicial a ser expedida, dirige-se à viabilização destes direitos e liberdades constitucionais. Mas como fazê-lo se, como visto anteriormente, as normas que os garantem têm eficácia limitada e não são capazes de produzir, por si, todos os efeitos que possibilitam o seu exercício? Diante disso, a pronta viabilização do direito somente se torna possível por dois caminhos: a) a edição da norma regulamentadora pelo Poder Legislativo ou b) a substituição da norma regulamentadora por meio de regramento criado pelo próprio Poder Judiciário.

É importante ter em vista que a segunda opção, embora resolva o problema concreto, esbarra, ou pelo menos pode dar esta impressão em uma primeira análise, em um princípio essencial nos Estados Modernos, que é o da separação dos Poderes (FERREIRA FILHO, 2002, 315) (MEIRELLES, 2001, 246). O princípio da separação dos Poderes do Estado, em grossas linhas, impõe que o Legislativo legisle, o Executivo administre e o Judiciário julgue. Assim, se Judiciário, ao decidir as ações de Mandado de Injunção, edita para o caso concreto a norma faltante, pode-se cogitar que ele estará assumindo uma atribuição de outro Poder e, conseqüentemente, violando o princípio da separação dos Poderes do Estado. Por outro lado, se o Judiciário não regulamenta a questão, o princípio da separação dos Poderes será

indiscutivelmente preservado, mas o direito cujo exercício se encontra ameaçado não será protegido na prática<sup>100</sup>.

Diante disso, alguns autores se posicionaram contra a edição do regulamento diretamente pelo Poder Judiciário (FERREIRA FILHO, 2002) (MEIRELLES, 2001), enquanto outros se posicionaram a favor (PIOVESAN, 2003) (BARBI, 1990). Formaram-se, portanto, duas correntes bem distintas em relação ao tema. Os que defendem que os julgadores não podem, sob nenhuma hipótese, definir o regulamento no caso concreto, filiam-se à corrente “*não concretista*”, enquanto que o que admitem esta possibilidade se filiam à corrente “*concretista*”. Esta última se divide ainda em “*concretista individual*” e “*concretista geral*” (MORAES, 2006, 158-163). Os que se perfilham à primeira entendem que o Poder Judiciário pode regulamentar a questão apenas no caso concreto, para o autor da ação de Mandado de Injunção, e que adotam a segunda consideram que a regulamentação em questão pode ser geral e abstrata, ou *erga omnes*<sup>101</sup>, atingindo qualquer um que tenha o seu direito, liberdade ou prerrogativa ameaçado pela falta de norma regulamentadora.

Entre os que se filiam a corrente “*não concretista*” encontra-se **FERREIRA FILHO** (2002, 315). Para ele, o Poder Judiciário, constatando em sede de Mandado de Injunção que um determinado direito não pode ser exercido pela falta de uma norma regulamentadora, deve declarar a omissão legislativa, cientificando o responsável pela edição da norma faltante para que este se desincumba dos seus misteres, trazendo a lume a regulamentação da matéria. O julgador não pode estabelecer por si a norma regulamentadora e, portanto, a sentença é meramente declaratória da mora do Poder Competente em editar o regulamento faltante.

---

<sup>100</sup> PFEIFFER (1999, 84-85) critica esta possibilidade, aduzindo que uma decisão proferida nestes moldes não será dotada de eficácia. Assevera o autor que “*um dos aspectos fundamentais do processo civil é a busca da efetividade*”, especialmente “*quando o direito inobservado possui sede constitucional*”. (PFEIFFER, 1999, 84)

<sup>101</sup> Erga Omnes é uma expressão latina, que significa para com todos. “*Diz-se dos direitos que são concedidos ou extensivos a todos, ou das obrigações que a todos vinculam ou abrangem*” (SIDOU, 1999, 337)

Nenhuma medida concreta para tornar o direito exequível é tomada pelo Judiciário, de sorte que o direito ameaçado pela ausência da norma regulamentadora não é viabilizado.

O autor justifica seu posicionamento com dois argumentos. O primeiro é o de que a sentença da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, remédio constitucional que também se volta a sanar a omissão legislativa, possui, por expressa determinação constitucional, conteúdo apenas declaratório da omissão e não faria sentido conceder à sentença nas ações de Mandado de Injunção conteúdo diverso, pois a primeira, cuja propositura é reservada apenas às autoridades elencadas na Constituição e aos entes de maior representatividade, e cujo processamento se dá exclusivamente na Corte Suprema, não poderia ter efeitos mais restritos que os de uma ação como a de Mandado de Injunção, posta à disposição de qualquer cidadão e que pode ser processada também pelo Superior Tribunal de Justiça. O segundo argumento utilizado pelo autor é o de que o Princípio da Separação de Poderes, instituído pelo art. 2º e considerado imutável pelo art. 60, §4º, II, ambos da Constituição Federal, não autoriza semelhante possibilidade.

**MEIRELLES** (2001, 246) também vê ofensa ao princípio da separação dos poderes em uma eventual regulamentação do preceito diretamente pelo Judiciário. Para ele, admitir tal hipótese seria o mesmo que permitir que a Justiça legislasse pelo Congresso Nacional. O autor, portanto, também se filia à corrente “*não concretista*”, defendendo que a sentença do Mandado de Injunção presta-se apenas a ordenar à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis.

Muitas críticas são dirigidas à corrente “*não concretista*”. **PIOVESAN** (2003, 150-151), por exemplo, considera inconcebível a adoção da solução “*não concretista*” e, curiosamente, justifica seu posicionamento com o mesmo argumento que **FERREIRA FILHO** (2002, 315) utilizou para justificar o seu: a sentença da Ação de

Inconstitucionalidade por Omissão tem efeitos meramente declaratórios. Recorde-se que **FERREIRA FILHO** (2002, 315) afirma que o Mandado de Injunção não pode ter uma decisão com efeitos mais amplos do que a da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. **PIOVESAN** (2003, 150-151) contesta esta assertiva. Segundo a autora, não seria razoável que a Constituição Federal pretendesse criar dois instrumentos jurídicos com a mesma finalidade. Assim, supõe-se que a finalidade da injunção deve ser necessariamente diversa daquela da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e, por conseguinte, a sentença da primeira deve ter efeitos diversos daquela da segunda, o que por si seria suficiente para afastar o efeito meramente declaratório da decisão proferida em Mandado de Injunção.

**SILVA** (2008, 450-451) percorre caminho semelhante. Para ele também não faz sentido dar a um instituto os mesmos efeitos imaginados para o outro. Se a sentença do Mandado de Injunção visa apenas à edição da norma regulamentadora, por meio da cientificação do Poder competente, e não à viabilização do direito concreto, então “*o mandado de injunção não passaria de ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária*”. (SILVA, 2008, 450) É que se os efeitos de ambos os institutos fossem os mesmos, é de se imaginar que “*como os titulares dessa ação (art. 103) se omitiram no seu exercício, então fica deferido a qualquer interessado o direito de utilizar o procedimento injuncional para obter aquilo que primeiramente ocorria àqueles titulares buscar*” (SILVA, 2008, 450). O autor ainda recorda que o impetrante do Mandado de Injunção pretende fruir do seu direito, liberdade ou prerrogativa constitucional e não ver editada norma geral e abstrata garantindo-o teoricamente.

A maior crítica dirigida à corrente “*não concretista*”, contudo, refere-se à inefetividade prática da decisão. Nesta linha, diversos autores têm rejeitado a possibilidade do Poder Judiciário se limitar, nas ações de Mandado de Injunção, a declarar a mora do órgão

competente para editar a norma regulamentadora do preceito constitucional. **PFEIFFER** (1999, 84), por exemplo, considera que semelhante procedimento não resolve o problema concreto do jurisdicionado. Ressalta o autor que os institutos processuais devem ser dotados de efetividade, devendo ser interpretados de forma que se alcance a solução que possibilite o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais e não aquela que conduza a inefetividade do processo.

**BARBI** (1990, 390) segue o mesmo raciocínio e chega a classificar de inócua decisão proferida nestes termos, visto que não soluciona o problema concreto trazido à apreciação do Judiciário. Este estaria convertendo a sentença de procedência no Mandado de Injunção em uma mera censura política, e abdicando de decidir o caso prático.

Realmente, o jurisdicionado vai ao Tribunal pedir a proteção do seu direito ameaçado pela falta de uma norma regulamentadora. Ele não busca um reconhecimento formal de que o seu direito está ameaçado pela inércia dos Poderes do Estado. Busca realizá-lo concretamente. A decisão que apenas declara a mora do Legislativo ou do Executivo para editar o regulamento faltante não passa de um provimento formal, um arremate oco a um processo que busca a realização de uma proteção efetiva. Recorde-se que o Judiciário não pode, dado o princípio da separação dos poderes, compelir o Legislativo ou Executivo a editar a norma regulamentadora ausente (BARBI, 1990, 390)<sup>102</sup>. Nesse passo, declarar a mora dos Poderes do Estado é uma mera “*censura política*”<sup>103</sup> que não protege o direito ameaçado, não resolve o problema concreto e nem indica solução próxima. Por outro lado, indiscutivelmente, a decisão “*não concretista*” não invade esfera de atribuições classicamente associada a outros

---

<sup>102</sup> “Nessa perspectiva, entendemos que a sentença que acolher o pedido não poderá pretender compelir o Poder Legislativo a elaborar a lei regulamentadora. Uma imposição desse tipo é inconciliável com a técnica do processo legislativo, com o caráter colegiado dos órgãos legislativos, com a liberdade de que dispõe o Poder Legislativo no fixar os detalhes das leis e com a liberdade de voto dos deputados, senadores e vereadores.” (BARBI, 1990, 390)

<sup>103</sup> BARBI (1990, 390)

Poderes e consequentemente preserva o princípio da separação dos Poderes. O custo, contudo, é a inefetividade do processo concretizada por uma decisão de efeitos praticamente nulos.

Visando tornar útil a ação de Mandado de Injunção, muitos rejeitaram a corrente “*não concretista*” e passaram a defender que o Poder Judiciário poderia editar o regulamento faltante nestas ações (PIOVESAN, 2003) (BARBI, 1990) (VELLOSO, 1997). Entre estes, conforme pincelado acima, vislumbram-se duas posições: alguns defendem que o regramento a ser editado se dirige apenas a viabilizar o exercício do direito no caso concreto (concretista individual), enquanto outros defendem que o julgador pode elaborar no âmbito da ação de Mandado de Injunção a norma geral e abstrata, aplicada indistintamente a todos os cidadãos (concretista geral).

A corrente “*concretista individual*” pretende que o Poder Judiciário torne viável apenas para o autor da ação de Mandado de Injunção o exercício do direito ou liberdade constitucional ameaçado pela falta de norma regulamentadora. Desta forma, estar-se-ia garantindo a eficácia do instituto, pois o jurisdicionado que tivesse a ação julgada procedente poderia exercer de pronto o direito requerido. Além disso, a regulamentação do direito se limitaria a resolver o problema específico posto à apreciação do Judiciário, não possuindo a característica de regra geral e abstrata própria das leis.

**SILVA** (2008, 450) filia-se a esta corrente, e chega afirmar que o Mandado de Injunção não visa à expedição da norma regulamentadora. Tal seria função da sentença da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. O conteúdo da decisão, para ele, seria simplesmente a entrega do direito ao reclamado, o que passaria, necessariamente, pela criação da norma garantidora do direito pelo Poder Judiciário. Mas o regramento aventado pelo julgador seria dirigido apenas ao autor da ação e seria um meio, o único meio possível de realizar o direito reclamado no caso concreto.

Não é outra a opinião de **VELLOSO** (1997, 193) quando admite que o Mandado de Injunção faz as vezes da norma infraconstitucional ausente, integrando o direito ineficaz, mas apenas para o autor da ação. Assim, estar-se ia decidindo o caso concreto, o que, ao fim e ao cabo, é a função do Poder Judiciário. Esta também é a opinião de **BARBI** (1990, 391), para quem esta solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto.

Para **MORAES** (2006, 161) a posição concretista individual permite conciliar preceitos constitucionais aparentemente díspares, como o art. 5º, LXXI, que institui o Mandado de Injunção e o art. 5º, XXXV, que determina o monopólio da jurisdição com o art. 2º, que consagra o princípio da separação de poderes<sup>104</sup>. O Judiciário garantiria o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas ameaçados pela falta de norma regulamentadora, mas apenas ao autor da ação de Mandado de Injunção. No entender do autor, *“assim agindo, não estará o Judiciário regulamentando abstratamente a Constituição Federal, com efeitos erga omnes, pois não é sua função; mas ao mesmo tempo, não estará deixando de exercer uma de suas funções precípua, o resguardo dos direitos e garantias fundamentais”* (MORAES, 2006, 161).

A corrente *“concretista geral”*, por seu turno, defende a possibilidade do Tribunal, ao julgar a ação de Mandado de Injunção, regulamentar a questão diretamente, mas com efeitos

---

<sup>104</sup>Art. 5º, LXXI - Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Art. 5º, XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

amplíssimos, efeitos *erga omnes*, isto é, a regulamentação não atingiria apenas o autor da ação, mas todo e qualquer cidadão, tenha ele ingressado ou não com ação voltada a este objetivo.

Não é difícil imaginar o conteúdo das críticas dirigidas à posição “*concretista geral*”. O Poder Judiciário tem a função precípua de julgar. Apenas secundariamente lhe é dado exercer as funções próprias dos outros Poderes, como editar o seu regimento interno ou organizar seus serviços. A edição de norma geral e abstrata, capaz de atingir todo e qualquer cidadão, é função do Poder Legislativo, ou, na esfera infralegal, de regulamentação das leis, do Poder Executivo. De qualquer forma, trata-se, dentro de uma concepção clássica do princípio da separação dos Poderes, de função estranha ao Judiciário. Pode-se discutir se a edição do regulamento faltante apenas para o caso concreto, com o fim de garantir a proteção do direito, é ou não o exercício de função tradicional do Poder Judiciário, como defende **BARBI** (1990, 391) ou **MORAES** (2006, 161). Mas pretender que a criação de norma geral e abstrata seja entendida como função própria deste Poder é no mínimo uma inovação na compreensão tradicional que se tem da divisão dos Poderes no Brasil.

Esta é a opinião de **BARBI** (1990, 391), para quem a função do Poder Judiciário é a de atuar nos limites do caso concreto. O autor até admite a possibilidade do Poder Constituinte originário inovar na divisão das funções dos Poderes do Estado, permitindo que o Judiciário edite norma geral e abstrata quando constatar a inércia dos Poderes originalmente competentes para fazê-lo. Ocorre que, na sua opinião, o constituinte não pretendeu tal coisa quando previu a ação de Mandado de Injunção. Argumenta o autor que não é possível que “*por simples interpretação de uma norma pouco clara se queira chegar a tão grave consequência*” (BARBI, 1990, 391). Em suma, se o constituinte quisesse fazer tão grande

alteração, teria dito explicitamente, com todas as letras, e não deixado tão poucos elementos à disposição do intérprete para extrair semelhante conclusão.

Além disso, importa ressaltar, como faz **CUNHA JÚNIOR** (2008, 776), que elaborar a norma regulamentadora faltante não resolve o problema concreto do jurisdicionado. O que pretende o cidadão é a realização do seu direito. Se o Judiciário se limita a dizer qual o regulamento que vai garantir a proteção do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, é possível que o jurisdicionado tenha que iniciar novo processo judicial pedindo que o seu direito seja assegurado nos termos ditados na sentença do Mandado de Injunção.

Instalada a celeuma entre os pesquisadores do tema e diante da necessidade de se resolver o problema concreto, pois as ações de Mandado de Injunção começavam a aparecer nos Tribunais, o STF, guardião da Constituição Brasileira, terminou por resolver a questão, pelo menos no âmbito judiciário.

É precisamente a resposta que o Supremo deu a questão dos efeitos da sentença do Mandado de Injunção que será estudada no tópico seguinte. Como ficou demonstrado nas linhas acima, esta resposta deverá passar, necessariamente, pela consideração do princípio da separação dos Poderes. E é buscando descobrir como o Tribunal enxerga o tema que se pesquisou os acórdãos das ações de Mandado de Injunção julgados procedentes pelo STF.

## **6. O MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **6.1 Considerações iniciais**

No tópico acima ficou esclarecido que o Mandado de Injunção é uma inovação do constitucionalismo brasileiro, instituído em 1988 pela atual Carta Constitucional. Ao prever o Mandado de Injunção, o seu art. 5º, LXXI, limitou-se a apregoar que se vai 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.

Note-se que a Constituição não fez nada além de apontar a finalidade do instituto, o seu objetivo final, sem detalhar o rito, os efeitos, ou qualquer outra indicação senão a necessidade de proteger os direitos e liberdades constitucionais da inércia do Legislativo. O laconismo da Constituição fez surgir uma série de dúvidas, lançando os teóricos e os aplicadores do direito à árdua tarefa de extrair do preceito os contornos do instituto.

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 constitucionais. Como visto anteriormente, há autores que se filiam a uma ou outra corrente, inexistindo convergência quanto ao tema. A dissensão doutrinária, contudo, não impede que, na prática, o problema seja solucionado pelo Poder Judiciário.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para zelar pela Constituição, ou guardá-la<sup>105</sup>, não permitindo que se perpetrem violações ao texto constitucional. É deste Tribunal a última palavra sobre a interpretação da Constituição Federal.

O dispositivo que instituiu no Brasil a ação de Mandado de Injunção, qual seja, o art. 5º, LXXI da Constituição Federal, conforme ressaltado neste trabalho, não era claro quanto a alguns aspectos relacionados ao processamento da ação, como os efeitos da sentença e o rito processual. Diante disso, e visando possibilitar a plena utilização da garantia constitucional, fazia-se necessário resolver os pontos obscuros, buscando a interpretação constitucionalmente mais adequada do instituto.

Esta tarefa coube ao Supremo Tribunal Federal. Os efeitos do Mandado de Injunção, questão que interessa diretamente aos objetivos deste trabalho, foram definidos pelo Tribunal ainda no ano de 1989. Nesta oportunidade, o Supremo decidiu que, ao julgar procedente a ação de Mandado de Injunção, o Judiciário deveria se limitar a declarar a mora do Poder Legislativo em editar o regulamento faltante, não provendo diretamente a proteção dos direitos e liberdades constitucionais. Filiou-se a Corte Suprema à corrente não-concretista, cujos vetores foram detalhados em capítulo anterior.

Posteriormente, no ano de 2007, o Tribunal modificou seu entendimento, passando a se filiar à corrente concretista, por vezes a concretista geral e por outras a concretista individual. O STF decidiu que o Judiciário deveria decidir a questão posta, viabilizando diretamente o exercício dos direitos, liberdades e 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*.

---

<sup>105</sup> “O art. 102 da Constituição Federal diz que “*compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição*”.

Antes de mudar radicalmente a sua posição sobre a matéria, o STF já havia realizado breves e parciais incursões pela posição concretista, tendo possibilitado, em alguns casos levados a julgamento, a fruição do direito pelo interessado, apesar da ausência de norma regulamentadora, como nos MIs 283 e 232, os quais serão detalhados mais à frente.

É importante ter em vista que, ao tratar do tema, o Supremo terminou tendo que considerar como um fator importante para decidir pela adoção da posição concretista ou não concretista, a necessária preservação do princípio da separação dos poderes do Estado. É que a escolha da posição concretista leva a que o Judiciário substitua o regulamento faltante, cuja edição é usualmente tarefa do Poder Legislativo, quando no nível legal, ou do Poder Executivo, no nível infralegal, pelo seu próprio regulamento. Muitos advogam que isto implicaria a usurpação, pelo Judiciário, de função legislativa e, conseqüentemente, em violação ao princípio da separação dos poderes (FERREIRA FILHO, 315) (MEIRELLES, 2001, 246).

Em seguida, passa-se a descrever, com base nos acórdãos julgados procedentes pelo STF nas ações de Mandado de Injunção, a evolução do entendimento da Corte sobre os efeitos do Mandado de Injunção e o princípio da separação dos poderes. Procura-se determinar porque o Tribunal optou por adotar, inicialmente, a posição não-concretista e o que o levou, no ano de 2007, a adotar o entendimento diametralmente oposto, o concretista.

## **6.2 A evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção e o princípio da separação dos poderes**

A formação da posição não-concretista no Supremo Tribunal Federal foi definida ainda no ano de 1989, no julgamento da Questão de Ordem do MI 107. Antes disso, todos os Mandados de Injunção julgados no Tribunal não tinham sido conhecidos.

Em um determinado momento naquele ano de 1989, a incerteza quanto à auto-aplicabilidade do instituto, ou seja, quanto à possibilidade de se ingressar em juízo com ações de Mandado de Injunção antes da regulamentação do procedimento, levou o Relator do MI 107, Ministro Moreira Alves, a suscitar a discussão do tema em plenário por meio de uma Questão de Ordem.

A Questão de Ordem do MI 107 tinha o objetivo de definir se o instituto era ou não auto-aplicável. Se a resposta do Tribunal fosse negativa, enquanto não sobreviesse norma regulamentando o procedimento, não seria possível ingressar com ações de Mandado de Injunção. Por outro lado, se a resposta fosse positiva, estas ações poderiam continuar sendo utilizadas normalmente. Neste último caso, entretanto, outros aspectos relacionados ao tema precisariam ser esclarecidos no mesmo julgamento da Questão de Ordem como, por exemplo, qual o procedimento a ser adotado nestas ações, o que passa, necessariamente, pela definição dos efeitos das sentenças de procedência.

Como visto no resumo do julgamento do MI 107, 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 regulamento.

O Tribunal rechaçou a interpretação de que o Judiciário poderia, por si, criar a norma regulamentadora, seja com efeitos *erga omnes*, seja para o caso concreto. Uma das razões que influenciaram fortemente a decisão de afastar semelhante interpretação, foi o respeito ao princípio da separação dos Poderes, um obstáculo constitucional intransponível, conforme observou o Ministro Moreira Alves (voto do Ministro Moreira Alves,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>, pag. 41). Veja-se a seguir alguns excertos de votos proferidos neste julgamento que recomendam que a interpretação dos efeitos do instituto se dê em respeito ao princípio da separação dos poderes.

*“(...) verifica-se, claramente, que não se deu ao Supremo Tribunal Federal - e o mesmo motivo é bastante para não dá-lo a quaisquer juízes e Tribunais em mandado de injunção que visasse à regulamentação extensível aos casos análogos – o poder de legislar, ainda que provisoriamente, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão em respeito ao princípio da separação dos Poderes que, na Constituição atual, foi incluído entre os princípios imunes ao poder de revisão (art. 60, §4º, III).”*

(voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem do MI 107, op. cit. pag. 39)

*(...) 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 (art. 2º e 60, §4º, III)”*

(voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem do MI 107, op. cit. pag. 40)

*“O Supremo Tribunal Federal não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever da estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder”*

(voto do Ministro Celso de Mello na Questão de Ordem do MI 107,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>), pag. 58-59)

*“Na redação definitiva, o art. 102, I, letra ‘q’, em relação ao Supremo Tribunal Federal e a letra ‘h’, do item I do art. 105, no tocante ao Superior Tribunal de Justiça e aos outros órgãos do Poder Judiciário ali previstos, não estipulam nem que seja fixado prazo para a expedição da norma omitida, nem que o órgão judicial a expeça, ele mesmo, suprimindo a omissão, o que parece não poderia mesmo ser possível, sob pena de substituí-se o Judiciário ao Legislador ou ao Executivo – conforme a natureza da norma – pois tal competência, se atribuída, conflitaria com o princípio do art. 2º da Constituição Federal”*

(voto do Ministro Aldir Passarinho na Questão de Ordem do MI 107,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>, pag. 93)

Os excertos acima transcritos demonstram que o Supremo Tribunal Federal partiu da perspectiva de que o Poder Judiciário não poderia editar a norma regulamentadora do preceito constitucional porque ao fazê-lo estaria violando o princípio da separação dos Poderes, exercendo uma função que lhe é estranha: a função legislativa.

Não ignora o STF, todavia, que é possível o exercício de funções atípicas pelos Poderes do Estado. Aliás, nem mesmo a divisão rígida imaginada por **MONTESQUIEU**

ainda no século XVIII exclui tal possibilidade. O próprio pensador francês 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 o Poder Legislativo proceder a julgamentos (MONTESQUIEU, 1997, 204, 208).

Segundo se infere do julgamento da Questão de Ordem do MI 107, o Tribunal entende que o exercício de funções atípicas pelos Poderes do Estado se dá apenas excepcionalmente, nas hipóteses previstas no texto constitucional. O Poder Judiciário, por exemplo, a quem ficou reservada a função principal de julgar, somente poderia exercer a função de legislar ou de administrar quando a Constituição o autorizar expressamente. É o que explica o Ministro Moreira Alves em seu voto quando afirma que “*o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas*” (Voto do Ministro Moreira Alves no MI 107, op. cit. pag. 40-41).

Vê-se, pois, que o STF compreende o princípio da separação dos Poderes como uma rígida divisão de funções. O exercício de uma função estranha por um dos Poderes da República somente se faz quando a Constituição trazer autorização neste sentido.

Poder-se-ia argumentar, contudo, que o art. 5º, LXXI, autorizou o Poder Judiciário a exercer, excepcionalmente, no bojo das ações de Mandado de Injunção, a atividade legislativa. O próprio texto constitucional teria chancelado a criação de normas jurídicas pelo Poder Judiciário. Nessa linha interpretativa, é possível concluir que se a Constituição Federal previu esse instrumento de proteção aos direitos e liberdades constitucionais, não o fez para que o mesmo existisse apenas formalmente. A intenção do constituinte ao prever semelhante ação, seria a de lhe dar efetividade. O mero reconhecimento da mora dos Poderes Competentes para editar o regulamento necessário não resolve o problema do jurisdicionado

que pretende fruir os direitos, liberdades e prerrogativas assegurados pela Constituição Federal, o torna inócua a ação constitucional.

Embora pudesse enveradar por este caminho, compreendendo o art. 5º, LXXI da Constituição Federal como uma autorização expressa da Lei Maior para que o Poder Judiciário desempenhasse, excepcional e provisoriamente, função legislativa, esta não foi a interpretação da Corte Suprema. Do que se infere dos votos prolatados por ocasião do julgamento da Questão de Ordem do MI 107, a Constituição teria que prever expressamente a possibilidade excepcional, o que não foi feito, como ressalta o Ministro Moreira Alves em seu voto, 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*” (voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem do MI 107, op. cit. pag. 46).

Além disso, é importante recordar que, ao admitir o exercício da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, o Ministro Moreira Alves impôs outra condição além da previsão constitucional expressa. O Ministro-Relator afirmou que “*o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas*” (Voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem do MI 107, op. cit. Pag. 40-41). Na sua concepção, portanto, o desempenho de função legislativa pelos juízes e Tribunais somente seria possível em relação à matérias estritamente vinculadas ao Poder Judiciário, como, por exemplo, a elaboração do Regimento Interno dos Tribunais. A Constituição Federal traz previsão expressa no art. 96, I, a, de que os Tribunais poderão elaborar os seus Regimentos Internos. Tal previsão, constante da Carta Magna e dirigida a regular matéria vinculada à organização do Judiciário, autorizaria indubitavelmente, conforme o entendimento do Ministro Moreira Alves, o exercício de função legislativa.

Quaisquer outras matérias, entretanto, distantes da organização dos serviços judiciais, foram colocadas fora da esfera “*legiferante*” do Poder Judiciário. Ora, tal diferenciação, que admite a criação de normas pelo Poder Judiciário quando a matéria regulamentada for “*estritamente vinculada*” (Voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem do MI 107, op. cit. pag. 41) ao seu funcionamento, e a rejeita quando a matéria for geral, estranha à organização dos serviços judiciais, pode levar à conclusão de que, na realidade, o que o Ministro-Relator rechaça é a possibilidade do Judiciário exercer funções políticas. De fato, o que parece ser contestado por ele é a assunção por este Poder, da capacidade de decidir como será regida a vida social, aspecto que envolve, necessariamente, escolhas políticas, para as quais somente estariam habilitados em uma democracia os representantes do povo eleitos para tanto.

Realmente, este aspecto é ressaltado pelo Ministro Moreira Alves. Ele reconhece em seu voto que a criação de uma norma jurídica, seja uma lei ou um regulamento, mesmo no bojo de uma ação de Mandado de Injunção, traz em si um forte conteúdo político. Depreende-se da sua argumentação no julgamento sob análise que estas decisões políticas não podem ser resolvidas pelo Poder Judiciário, que só é autorizado a fazê-lo em temas estritamente vinculados a sua área de atuação, como a elaboração dos Regimentos Internos dos Tribunais. Para ele, “*as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios (sic) de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo Povo*” (voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem do MI 107, op cit pag. 41). Em outras palavras, o que o Ministro quis dizer é que o povo elege os seus representantes nos Poderes Legislativo e Executivo para que estes tomem as decisões políticas que vão resultar nos textos normativos. Esta tomada de decisão se faz dentro do sistema de freios e contrapesos previstos na Constituição brasileira,

que determina que um controle a atuação do outro, permitindo, por exemplo, que o Presidente da República vete uma lei votada no Congresso Nacional e que este último, derrube o veto daquele.<sup>106</sup>

A mesma idéia é sugerida pelo Ministro Celso de Mello, que atribui aos demais Poderes o exercício das funções políticas, no que se inclui a atividade de criar normas jurídicas. Estas seriam completamente estranhas ao Poder Judiciário, que não poderia exercê-las nem mesmo no bojo de uma ação de Mandado de Injunção. Assim se posiciona o Ministro em relação ao tema:

*“É preciso assinalar, no entanto, que o Mandado de Injunção não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. 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 à competência, não exercida, dos órgãos públicos.”* (voto do Ministro Celso de Mello na Questão de Ordem do MI 107, op. cit. pag. 58)

Também o Ministro Sepúlveda Pertence ressalta este aspecto, alertando que se a norma regulamentadora é indispensável para o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional é *“porque depende de opções políticas novas, não contidas nem explícita nem implicitamente na disciplina constitucional; e essa decisão entre opções políticas novas é função indeclinável dos órgãos de representação popular”* (voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Questão de Ordem do MI 107,

---

<sup>106</sup>Art. 66 § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Art. 66, §4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores em escrutínio secreto.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>, pag. 72-73). O Ministro Sepúlveda Pertence ainda vai mais longe, explicando que é um *ilusionismo político*” (voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Questão de Ordem do MI 107, op. cit. pag. 74) imaginar que uma decisão judicial pode dar “*efetividade concreta a todos os avanços de uma constituição de conteúdo prospectivo e transformador*” (voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Questão de Ordem do MI 107, op. cit. pag. 74), como é a Constituição Brasileira de 1988. No seu entendimento, tal efetividade surge por meio de “*conquistas, (...) avanços que dependem necessariamente do jogo político, em particular, da tensão entre as pressões contraditórias da sociedade civil sobre os órgãos de definição das prioridades da ação estatal; dependem, enfim, da ambiência de lutas e de pressões contrapostas, que é a ambiência de uma democracia.*” (voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Questão de Ordem do MI 107, op. cit. pag. 74)

É importante ressaltar que o Ministro Sepúlveda Pertence rejeitou a possibilidade do Poder Judiciário atuar politicamente mesmo tendo constatado que em um Estado Social, como é o Estado brasileiro, a implementação dos direitos não se faz apenas por meio de uma abstenção do Estado, como ocorria no Estado Liberal, demandando a atuação positiva dos Poderes Competentes:

*“Na medida em que, aos direitos individuais clássicos à abstenção do Estado, se somaram os direitos sociais, direitos à prestações positivas do Estado, é óbvio que, visando à transformação do status quo, não foi possível jamais dar efetividade plena ao texto constitucional por si só: ele será sempre um projeto ou, na melhor das hipóteses, uma ordem aos poderes constituídos para desenvolverem os princípios da Constituição, de modo a implementá-la no mundo da realidade.”* (voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Questão de Ordem do MI 107, op. cit., pag. 64)

Para ele, portanto, a Constituição Federal seria um projeto que só se tornaria efetivo, completo, mediante prestações positivas do Estado. Nessa linha, não agindo para implementar

estes direitos nem os Poderes caracteristicamente políticos, nem supletivamente o Poder Judiciário, a Constituição jamais abandonará a condição de projeto incompleto. Apesar disso, recusou-se o Ministro Sepúlveda Pertence a admitir o exercício de atividade normativa pelo Poder Judiciário.

Vê-se, pois, que o Tribunal tinha muita clara a impossibilidade, em um Estado caracterizado pela divisão dos Poderes e que prioriza o sistema democrático, do Poder Judiciário exercer função legislativa, o que implica a tomada de decisões políticas. A Corte Suprema rejeitou a possibilidade de exercer uma atividade essencialmente política como é a criação de uma norma jurídica.

É importante observar que o dispositivo que institui o Mandado de Injunção poderia ser interpretado de forma a alcançar conclusão diametralmente oposta. Afinal, a ação foi outorgada ao cidadão cujo exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional está ameaçado pela falta de norma regulamentadora. A ele interessa apenas fruir seu direito, liberdade ou prerrogativa, o que somente pode ser feito por meio da atuação política do Judiciário. Poder-se-ia extrair do texto do art. 5º, LXXI, a autorização constitucional para o exercício de uma função atípica por este Poder.

Não foi isso, entretanto, o que o Tribunal extraiu do dispositivo em foco. Caso estivesse escrito com todas as letras que os juízes e Tribunais, constatada a falta de norma regulamentadora, poderiam criar o regulamento para reger o caso concreto ou todo e qualquer caso independentemente da interposição de ação judicial, não haveria espaço para semelhante interpretação. Mas não tendo a Constituição sido clara neste sentido, tendo deixado margem a entendimento diverso, a Corte terminou por se convencer de que a característica essencialmente política da atividade de legislar não permitia conceder ao art. 5º, LXXI,

autorização para editar a norma faltante. Afinal, como se percebe dos excertos de voto reproduzidos nos parágrafos anteriores, o Judiciário não poderia exercer funções políticas.

O que se extrai dos votos proferidos e das discussões travadas no julgamento da Questão de Ordem do MI 107 é que, se a interpretação fosse no sentido de permitir ao Poder Judiciário criar a norma regulamentadora faltante, estar-se-ia (i) violando o princípio da separação dos poderes do Estado, pois o Judiciário não tem competência para legislar, (ii) ferindo o princípio democrático, já que representantes que não foram eleitos pelo povo estariam criando leis e regulamentos, e (iii) permitindo que tal se faça longe dos mecanismos de freios e contrapesos que a Constituição se preocupou em criar para chancelar tais decisões políticas.

Na realidade, a orientação adotada pelo Tribunal a partir do julgamento da Questão de Ordem do MI 107 terminou por tornar inefetiva a decisão judicial. Afinal, segundo o entendimento alcançado pelo Tribunal na ocasião, o Judiciário não poderia criar a norma regulamentadora do preceito constitucional no bojo destas ações. A sentença do Mandado de Injunção, como visto, limitar-se-ia a reconhecer o estado de mora dos Poderes Competentes para regulamentar a questão, além de notificá-los para que se desincumbam de seu mister. Ocorre que, como bem ressaltado pelo Ministro Moreira Alves na sessão de julgamento, o nosso sistema jurídico não permite que a decisão judicial imponha sanção aos demais Poderes, compelindo-os assim a cumprirem o seu dever constitucional de legislar. Como o Ministro Marco Aurélio ressaltou posteriormente, no julgamento do MI 283, *“um Poder não compele o outro a atuar no campo pertinente à atividade precípua”* (voto do Ministro Marco Aurélio no MI 283,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>, pag. 28). O Ministro Aldir Passarinho é outro que aborda o tema, citando no voto que proferiu na Questão

de ordem do MI 107 o alerta feito por Galeno Lacerda sobre tal impossibilidade, que a justifica aludindo as peculiaridades da natureza e da técnica que envolvem a atividade legislativa, as quais não se adequariam à força cogente própria das decisões judiciais:

*“Não se pode, porém, pensar em mandado de injunção para compelir o Legislativo a elaborar normas legais porque a natureza e a técnica das funções desse Poder não se compadecem com o tipo de constrição específica de uma ordem judicial. É preciso não esquecer que as normas constitucionais devem ser interpretadas segundo o princípio da independência entre os Poderes”*(LACERDA, 151/152, apud. voto do Ministro Aldir Passarinho na Questão de Ordem do MI 107, op. Cit. pag. 100)

Esta impossibilidade de compelir os outros Poderes, por meio da sentença do Mandado de Injunção, a expedirem a norma regulamentadora faltante, poderia, conforme aludido no parágrafo anterior, levar à completa inefetividade do provimento judicial. Este aspecto não foi ignorado pelo Tribunal, tendo o Ministro Moreira Alves, Relator do processo, considerado a possível inefetividade do provimento diante do entendimento externado pela Corte sobre os efeitos do Mandado de Injunção. Registrou o Ministro em seu voto que a única objeção à adoção da posição não-concretista seria uma possível ineficácia da decisão a ser prolatada, pois o STF não poderia exigir dos demais Poderes do Estado a edição do regulamento faltante. O Relator, contudo, em uma atitude otimista, previu que os Poderes Legislativo e Executivo, quando notificados da mora, tenderiam à pronta colmatação da omissão<sup>107</sup>, como se percebe do seguinte excerto do seu voto:

---

<sup>107</sup> É interessante observar que a crença na pronta atuação do Poder Legislativo, que agiria para purgar a mora sempre que notificado pelo STF para tanto, persiste em outros julgamentos nos anos seguintes. O Ministro Néri da Silveira, por exemplo, no julgamento do MI 219, em agosto de 1990, externou sua crença de que, diante da harmonia entre os Poderes da República no Brasil, o Congresso Nacional, quando declarado em mora pelo STF, agiria para afastá-la, conforme se observa do excerto a seguir reproduzido:

*“Estou certo de que, no concerto dos Poderes da República, o Congresso Nacional, recebendo a comunicação do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual há situação de mora na elaboração da lei complementar, não deixará de cumprir a sua missão constitucional de elaborá-la. (...) Todos sabemos que os Poderes da República coexistem de forma harmônica, e nunca uma decisão desta Corte foi descumprida por outro Poder da República.”* (voto do Ministro Neri da Silveira no MI 219,

*“A única objeção que se opõe à solução adotada pela primeira corrente relativa ao mandado de injunção, embora para ela se encaminhem todos os elementos de interpretação que se podem colher dos textos constitucionais pertinentes, é a de que, na prática, a decisão dele decorrente poderá não ser cumprida, pela impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar coercitivamente contra os Poderes do Estado omissos. (...) a Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do Mandado de Injunção, o Poder competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em sua atitude omissa.(...)Ao Supremo Tribunal Federal, a quem precipuamente incube a guarda dessa Constituição, não é dado, sem qualquer apoio em elementos interpretativos sólidos, desconsiderar essa eficácia para, com base nesta desconsideração, ter como inócuo o mandado de injunção e atribuir-lhe efeitos que, como se demonstrou, não se coadunam com o sistema dessa mesma Constituição.”*  
(voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem do MI 107, op. Cit. Pag. 45-46)

O Ministro Sepúlveda Pertence externou a mesma crença de que o Poder Legislativo, notificado pelo Supremo Tribunal Federal da sua mora em editar determinado regulamento de preceito constitucional, agiria para fazê-lo. O Ministro, contudo, ressaltou que mesmo se tal não viesse a ocorrer, a decisão judicial não perderia, de todo, a sua efetividade, pois serviria de suporte para a atuação das forças sociais junto aos Poderes Competentes buscando a regulamentação do preceito da Constituição:

*“Nessa linha, estou convencido de que (...) além de ser impresumível esta deslealdade do Legislativo às suas missões constitucionais, a própria declaração de inconstitucionalidade da omissão dos Poderes Políticos, obtida do Supremo Tribunal na ação direta ou no mandado de injunção, terá, quando menos, um papel de grande relevância como instrumento de legitimação das pressões sociais para a conquista efetiva da regulamentação necessária à implementação constitucional.”*

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81758>, pag. 39)

O Ministro Sepúlveda Pertence, igualmente, afirma no voto que proferiu por ocasião do julgamento do MI 283, que confia em que, *“atento ao seu dever constitucional, o Congresso Nacional, declarada a omissão, certamente se utilizará dos mecanismos de urgência que o processo legislativo lhe propicia para cumpri-lo no menor tempo adequado.”* (voto do Ministro Sepúlveda Pertence no MI 283,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>, pag. 13)

Com o passar do tempo, o otimismo inicial foi arrefecendo. O Ministro Paulo Brossard, por exemplo, lamenta no voto proferido no julgamento do MI 20, em maio de 1994, a persistência da mora do Congresso Nacional em implementar os direitos constitucionais, lamentando *“que cinco anos depois de promulgada a Constituição, estejamos a dizer que existe mora do legislador, mas ou dizemos isso ou nos colocamos no lugar do Poder Legislativo, o que, parece-me, nada nos autoriza a fazê-lo”* (voto do Ministro Paulo Brossard no MI 20, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>, pag. 51)

(voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Questão de Ordem do MI 107, op. cit. pag. 75)

Assim, pode-se resumir o que se disse até o momento afirmando que foi o respeito ao princípio da separação dos Poderes do Estado e o reconhecimento de que os juízes e Tribunais não podem exercer funções de natureza política, o que levou o STF a rejeitar a possibilidade do Judiciário criar norma jurídica nas ações de Mandado de Injunção, seja uma norma geral e abstrata, seja com efeitos restritos ao caso concreto. A Corte estava tão convicta da impossibilidade de atuar como legislador positivo frente ao princípio da separação dos Poderes do Estado que optou, conscientemente, por uma solução com alta probabilidade de se tornar ineficaz.

É importante observar que a decisão proferida na Questão de Ordem do MI 107 foi unânime. Todos os Ministros acompanharam o voto do Relator<sup>108</sup>, voto este 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 função essencialmente política. Voto que rejeitava esta interpretação em face da sua incompatibilidade com o princípio da separação dos Poderes. As observações feitas pelos demais Ministros em seus votos, como é possível inferir dos excertos aqui colacionados, somente reforçam tais conclusões, sendo possível afirmar que havia um alinhamento entre os julgadores sobre o tema.

Com o passar do tempo, entretanto, e o ingresso de novos Ministros na Corte Constitucional, vozes dissonantes começaram a se fazer ouvidas, vozes que defendiam

---

<sup>108</sup> Os Ministros que participaram do julgamento da Questão de Ordem do MI 107 foram os seguintes: Moreira Alves, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard, Célio Borja, Carlos Madeira, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Neri da Silveira. O Ministro Francisco Rezek, embora integrasse o Tribunal à época do julgamento, não participou da votação, justificadamente.

solução oposta, solução compatível com a edição de norma jurídica pelo Poder Judiciário nas ações de Mandado de Injunção.

Em junho de 1990 os Ministros Marco Aurélio Mello e Carlos Velloso tomaram posse no Supremo Tribunal Federal. Em junho de 1991 foi a vez do Ministro Ilmar Galvão. Os três novos Ministros passaram a adotar uma posição divergente daquela da maioria da Corte Constitucional, defendendo a competência do STF para editar a norma viabilizadora dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais nas ações de Mandado de Injunção. Veja-se a seguir excertos dos votos proferidos pelos novos Ministros nas ações de Mandado de Injunção.

*“Tenho o Mandado de Injunção como medida judicial que viabiliza o exercício de direito constitucional ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O caráter substantivo do Mandado de Injunção, expedido pelo Poder Judiciário – e assim quis a Assembléia Constituinte e assim quer a Constituição – viabiliza, justamente, exercício de direito e é isso que está expressamente inscrito no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal.”*

(voto do Ministro Carlos Velloso no MI 219,  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81758>, pag. 13)

*“Creio que mais cedo ou mais tarde, com devida vênua, teremos que caminhar para o empréstimo do verdadeiro alcance que, ao meu ver, tem o inciso LXXI do art. 5º da Lei Básica; teremos que atentar para o objetivo, a ‘mens lege’ da norma constitucional, que outro não é senão tornar eficaz um direito previsto na Carta.”*

(voto do Ministro Marco Aurélio no MI 232,  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>, pag. 33)

*“(…) o mandado de injunção tem um desfecho concreto, não implica simplesmente em uma vitória de Pirro para o impetrante. O mandado de injunção deve viabilizar o exercício de direito previsto na Carta.”*

(voto do Ministro Marco Aurélio no MI 232, op. cit. pag. 34)

*“Com a devida vênua do Ministro Moreira Alves, enquanto houver uma voz no Pleno do Supremo Tribunal Federal contrária à questão de ordem decidida no MI 107, que me parece algo suscetível de ser modificado, ficarei ao lado dessa minoria (...)”*

(voto do Ministro Ilmar Galvão no MI 284,  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>, pag. 17)

A cada julgamento de Mandado de Injunção a discussão quanto aos efeitos da sua sentença vinha à tona novamente por meio dos votos divergentes dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Ilmar Galvão. A maioria dos Ministros, contudo, mantinha a posição definida na Questão de Ordem do MI 107, limitando-se a declarar a mora dos Poderes competentes, notificando-os para que editem o regulamento faltante.

Os votos divergentes defendiam a possibilidade do Judiciário, nas ações de Mandado de Injunção, criar a norma para o caso concreto.<sup>109</sup> Filiavam-se os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Ilmar Galvão à posição concretista individual.

Os votos demonstravam grande preocupação com a inefetividade do provimento judicial, que se limitava a declarar a mora do poder omissivo e notificá-lo para purgá-la. A independência entre os Poderes da República não autoriza que o Judiciário compila o Legislativo a legislar. A impossibilidade de exarar uma ordem neste sentido faz da sentença no Mandado de Injunção, de acordo com a concepção formulada por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no MI 107, um simples conselho, ou uma censura, o que não se coaduna com a função tradicional da sentença judicial, que é a de exarar uma ordem, cujo descumprimento faz incidir sanções.

Além deste aspecto, os votos divergentes procuravam demonstrar que a jurisprudência da Corte Suprema levava a um quadro de desprestígio da Constituição e de desrespeito aos direitos por ela assegurados, direitos estes que corriam o risco de permanecerem sempre latentes, sem jamais se realizarem concretamente, frustrando as expectativas dos cidadãos.

*“(…) frente à jurisprudência da própria Corte, há, no caso concreto, o reconhecimento explícito da omissão, há o reconhecimento de que, a persistir o quadro atual, inexistirá a possibilidade do exercício das prerrogativas concernentes à nacionalidade, à soberania e, no*

---

<sup>109</sup> “(…) o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante.” (voto do Ministro Marco Aurélio no MI 232, op. cit. pag. 33)

*caso, concreto, à cidadania. Indaga-se: (...) é plausível que se estanque o provimento judicial na mera ciência da omissão ao órgão? A meu ver, não; não podemos frustrar a expectativa generalizada do povo brasileiro (...) em torno da matéria. Aguarda-se muito mais da Suprema Corte do que, data vênua, o que até aqui vem sendo proporcionado aos jurisdicionados quanto ao instituto do Mandado de Injunção.”*

(voto do Ministro Marco Aurélio no MI 219,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81758>, pag. 33-34)

*“A experiência brasileira, entretanto, demonstra que muitos (...) dos direitos consagrados na Constituição anterior resultaram inócuos por falta de norma infraconstitucional regulamentadora. (...) O constituinte (...) instituiu esta medida judicial justamente porque a experiência demonstrou – infelizmente temos que reconhecer a realidade – que muitos e muitos direitos constitucionais dos cidadãos, dos indivíduos, foram fraudados, frustrados em razão da inércia legislativa. É isso o que a Constituição não quer.”*

(voto do Ministro Carlos Velloso no MI 219,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81758>, pag. 48-49)

Esta corrente minoritária também abordou, em muitos dos seus votos, o problema da compatibilidade da posição por eles defendida com o princípio da separação dos poderes.

O Ministro Carlos Velloso, por exemplo, repetiu em inúmeros julgamentos a leitura de voto em que defende a adoção da posição concretista individual, por considerar que, ao criar norma restrita ao caso concreto, o juiz não está exercendo a função atípica de legislar, mas a função típica de julgar, de resolver o caso que lhe foi apresentado. O voto referido, presente, entre outros, no MI 232, assim explica este aspecto da questão:

*“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 poderes”.*

(voto do Ministro Carlos Velloso no MI 232,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>, pag. 35)

Para o Ministro Carlos Velloso, portanto, o exercício da atividade legislativa pelo Judiciário nas ações de Mandado de Injunção não agride o princípio da separação dos poderes do Estado, pois a norma é criada com a única finalidade de decidir a questão concreta, de

entregar ao jurisdicionado a prestação almejada que, ao fim e ao cabo, é função tradicional reservada a este Poder.

O Ministro Marco Aurélio segue o mesmo raciocínio do Ministro Carlos Velloso, sugerindo que a edição da norma apenas para resolver o caso concreto não é função do Poder Legislativo. A atividade legislativa envolve a criação de normas gerais e abstratas e não de normas voltadas tão somente a viabilizar o exercício de um direito em um caso concreto. Assim, não exerce o STF atividade legislativa, não detém o Tribunal poder normativo, o que o julgador deve fazer nas ações de Mandado de Injunção é criar as condições para viabilizar o direito obstado pela falta de norma regulamentadora, o que passa por um exercício criativo, mas não legislativo. Diz o Ministro no voto que proferiu no MI 20<sup>110</sup> que “(...)  *muito embora não se confira ao Supremo Tribunal Federal (...) o poder normativo, encontro no inciso LXXI do art. 5º base para, julgando o Mandado de Injunção, chegar à fixação das condições indispensáveis ao exercício do direito (...)*” (voto do Ministro Marco Aurélio no MI 20, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>, pag. 38)

A maioria da Corte, contudo, continuou se posicionando contrariamente ao entendimento de que a sentença nas ações de Mandado de Injunção pode ter efeitos concretos. Entre os argumentos utilizados para manter a jurisprudência inaugurada no julgamento da Questão de Ordem do MI 107 destaca-se o respeito ao princípio da separação dos Poderes do Estado, como se observa dos excertos de voto transcritos a seguir.

*“Estou certo de que, no concerto dos Poderes da República, o Congresso Nacional recebendo a comunicação do Supremo Tribunal Federal segundo a qual há situação de mora na elaboração da lei complementar, não deixará de cumprir a sua missão constitucional. (...) O que não cabe, efetivamente, é o Supremo Tribunal Federal se substituir, desde logo, ao Congresso Nacional numa decisão eminentemente de natureza política, considerando*

---

<sup>110</sup> O MI 20 foi impetrado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil buscando a viabilização do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal.

*elementos que são meta jurídicos para a definição da representação política de cada um dos Estados da Federação.”*

(voto do Ministro Neri da Silveira no MI 219,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81758>, pag. 39)

*“Lamento, apenas, (...) que cinco anos depois de promulgada a Constituição, estejamos a dizer que existe mora do legislador, mas ou dizemos isso ou nos colocamos no lugar do Poder Legislativo, o que, parece-me, nada nos autoriza a fazê-lo”*

(voto do Ministro Paulo Brossard no MI 20, op. cit. pag. 51)

*“Se nem na ação direta de inconstitucionalidade, que tem maior expressão e maior relevo, se pode chegar à fixação de um prazo para o Congresso, menos ainda isso há de ser possível, na solução de casos concretos, como nos mandados de injunção. Até porque, se o Congresso não elaborar no prazo que vier a ser fixado pelo Supremo, qual será a consequência? A Constituição não a prevê. E enfatiza a independência dos Poderes da União (art. 2º) de sorte que o Judiciário não pode invadir a área de atuação estrita do Legislativo”*

(voto do Ministro Sydney Sanches no MI 361,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794>, pag. 32)

Assim, apesar dos votos divergentes, a jurisprudência firmada no julgamento da Questão de Ordem do MI 107 ia se mantendo. Ao longo dos anos, contudo, o Tribunal se permitiu incursões parciais à posição concretista, embora em nenhum desses casos que se afastaram da orientação inicial, o STF tenha se permitido criar a norma que vai reger a situação trazida a juízo.

No MI 283<sup>111</sup>, julgado no ano de 1991, por exemplo, o STF decidiu, na esteira da jurisprudência da Corte, deferir o Mandado de Injunção, notificando o Congresso Nacional para que este edite a norma regulamentadora faltante. Além disso, e aqui reside a novidade, o

---

<sup>111</sup> O MI 283 foi impetrado por Alfredo Ribeiro Daut buscando o gozo do direito à reparação econômica outorgado pelo art. 8º, §3º do ADCT ou Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, texto que integra a Constituição Federal de 1988. O referido dispositivo garante uma indenização aos cidadão que foram impedidos de exercer suas profissões em virtude das portarias do Ministério da Aeronáutica explicitadas no dispositivo. Veja-se o teor do preceito instituidor do direito:

*“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.”*

Tribunal resolveu assinalar um prazo de 45 dias para que a lei seja votada pelo Legislativo, somado a um prazo de 15 dias para a sanção do Presidente da República. Após este prazo, não sobrevindo a disciplina legislativa, os impetrantes poderiam ingressar com uma ação ordinária buscando assegurar o seu direito. Assim, o Mandado de Injunção, embora continue não sendo utilizado pelo STF para criar a norma regulamentadora faltante, passa a ter certo efeito concreto, na medida em que permite ao impetrante ingressar em juízo, para que o juiz de primeira instância garanta o gozo do direito constitucional previsto no art. 8º, §3º do ADCT, que assegurava indenização aos cidadãos impedidos de exercer suas profissões em decorrência de Portarias do Ministério da Aeronáutica durante o Regime Militar.

A mesma orientação foi seguida nos demais processos que buscavam a fruição do direito contido no art. 8º, §3º do ADCT, com a única diferença de que a Corte passou a dispensar a notificação do Congresso Nacional, pois o mesmo já estava ciente da sua mora em regulamentar tal dispositivo. Os impetrantes, portanto, após o reconhecimento da mora pelo Congresso Nacional, poderiam ingressar diretamente com ação ordinária no juízo de primeira instância, apesar da falta de regulamentação. Veja-se, por exemplo, os MIs 284, 384 e 447.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> Com o passar dos anos a Corte ainda evoluiu em relação a este entendimento, passando a admitir que o impetrante ingressasse com ação de liquidação para garantir o seu direito à indenização. Assim, dispensa-se o interessado de discutir se possui ou não direito à referida indenização, conforme o rito da ação de conhecimento, remetendo-o diretamente à discussão restrita ao montante a ser recebido. Neste sentido, veja-se, por exemplo, o MI 543, cuja ementa vem reproduzida a seguir.

*“CONSTITUCIONAL ART. 8º, §3º DO ADCT ANÍSTIA. REPARAÇÃO ECONÔMICA ÀQUELES QUE FORAM IMPEDIDOS DE EXERCEREM, NA VIDA CIVIL, ATIVIDADE PROFISSIONAL. PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA DO CONGRESSO NACIONAL. PROJETOS DE LEI VETADOS PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. WRIT PRETENDE A MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DESTE TRIBUNAL, PARA QUE ESTE FIXE OS LIMITES DA REPARAÇÃO E ACOMPANHE A EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO. O TRIBUNAL DECIDIU ASSEGURAR, DE PLANO, O DIREITO À INDENIZAÇÃO, SEM CONSTITUIR EM MORA O CONGRESSO NACIONAL, PARA, **MEDIANTE AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DE SENTENÇA DE CONDENAÇÃO, A FIXAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO EM PARTE**”*

(Ementa do MI 543,

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+543%2E NUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+543%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>)

Já no MI 232<sup>113</sup>, também julgado no ano de 1991 e que buscava assegurar a isenção da contribuição para a seguridade social concedida às entidades beneficentes de assistência social, a ação foi deferida, notificando-se o Congresso Nacional para editar o regulamento faltante no prazo de seis meses. Caso o Legislativo não regulamentasse o direito no prazo estabelecido, o impetrante poderia gozar do direito automaticamente.

Embora não tenha sido objeto de discussão, percebe-se, no caso, uma evolução em relação aos julgamentos aludidos acima, quando primeiro se cogitou de prazo para o Congresso Nacional editar o regulamento faltante. Nos MIs 283 e seguintes, que versavam sobre a indenização prevista no art. 8º, §3º do ADCT, o transcurso do prazo sem a edição da lei, garantia ao impetrante o direito de ir a juízo pleitear a reparação econômica assegurada pela Constituição. Neste MI 232, contudo, o impetrante não precisa recorrer ao Judiciário para exercer o seu direito, podendo fazê-lo diretamente<sup>114</sup>.

Embora o STF tenha reconhecido efeitos concretos a alguns poucos Mandados de Injunção, a verdade é que, mesmo nestes casos, o Tribunal não chegou a criar um regramento para garantir o direito dos impetrados. O Ministro Sepúlveda Pertence deixa isso claro no julgamento do MI 283, quando explica que o STF está apenas concedendo aos impetrantes

---

<sup>113</sup> O MI 232 foi impetrado pelo Centro de Cultura Professor Luiz Freire buscando assegurar a isenção de contribuição para a seguridade social concedida às sociedades beneficentes prevista no art. 195, §7º, da Constituição Federal. Veja-se teor do referido dispositivo:

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

<sup>114</sup> As diferentes soluções dadas a um e outro caso possivelmente se justificam pelo tipo de direito pleiteado em cada ação. Como nos primeiros o direito obstado pela falta de norma regulamentadora era uma reparação econômica, uma indenização, o Judiciário teria que fixar o montante devido, daí a necessidade de remeter o impetrante ao juízo de primeira instância. Como o STF se recusou a criar a regra para o cálculo desta indenização específica, a solução encontrada foi enviar o impetrante ao juiz ordinário para que este fixe uma indenização de acordo com os critérios gerais de responsabilidade civil, para reparar o dano sofrido por aqueles que perderam seu emprego por força de Portarias do Ministério da Aeronáutica. Já no segundo caso buscava-se assegurar a isenção à contribuição social concedida às entidades beneficentes que atendessem às exigências fixadas em lei. Aqui, a intervenção direta do Judiciário em um momento posterior não se fazia necessária como na hipótese anterior, em que era preciso definir um montante indenizatório. O que o STF fez foi permitir o gozo da isenção independentemente de qualquer requisito, caso o Legislativo não editasse a lei no prazo de seis meses. Nesse caso, não era adequado e nem mesmo possível buscar a isenção no juízo de primeira instância.

uma forma de resguardar o direito, uma forma de protegê-los da inércia do Legislativo, e não atuando como legislador positivo, como se observa do trecho a seguir reproduzido do seu voto:

*“(...) ressalto que, efetivamente, a solução proposta não implica ruptura com o entendimento sobre a natureza do mandado de injunção, firmado na QO do MI 107<sup>115</sup> (...) e ainda mantido incólume pela maioria da Corte, não obstante a respeitável dissensão de seus integrantes mais modernos (...) Cuida-se, antes, de concretizar potencialidades do instituto com as quais já acenara, no referido ‘leading case’ a fundamentação do acórdão. (...) De minha parte, deixei aberta a virtualidade da construção de outras formas de acautelamento do direito reconhecido, enquanto durasse a mora inconstitucional. (...) Verificando-se iniludivelmente a superação do prazo constitucional assinado para a edição da lei, concede-se o mandado de injunção com os seus efeitos específicos de declarar a ‘mora legislatoris’ inconstitucional e comunicar a decisão ao Congresso para que supra a omissão. Como, entretanto, a persistência da omissão legislativa poderia acarretar frustração irreparável à expectativa de gozo pelo impetrante da prestação reparatória devida pela União, cabe acautelá-lo dos riscos da demora, na medida do possível.”*

(voto do Ministro Sepúlveda Pertence no MI 283,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>, pag. 15-16).

Assim, a Corte Constitucional seguiu aplicando o entendimento de que a sentença, nas ações de Mandado de Injunção, deve se limitar a declarar a mora do Poder omissor, notificando-o para que edite o regulamento faltante.

Como dito anteriormente, eram os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Ilmar Galvão que defendiam a adoção, pela Corte Suprema, da posição concretista individual. O Ministro Neri da Silveira também possuía entendimento distinto daquele defendido pela maioria. As peculiaridades da sua posição, contudo, impediam que o mesmo aderisse à corrente minoritária que se formou na Corte. Seu voto era computado em apartado, tratando-

---

<sup>115</sup> Ressalta-se que há quem discorde da posição de que o entendimento consagrado no julgamento da Questão de Ordem do MI 107 foi mantido nas referidas decisões. Anos depois, em 2007, no voto que proferiu no MI 670, o ‘leading case’ que modificou a concepção da Corte sobre os efeitos do Mandado de Injunção, o Ministro Gilmar Mendes assim abordou a questão:

*“Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção. As decisões proferidas nos Mandados de Injunção n° 283 (Relator: Ministro Sepúlveda Pertence), 232 (Relator: Ministro Moreira Alves) e 284 (Relator: Ministro Celso de Mello) sinalizam uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.”* (voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>, pag. 26-27)

se de um posicionamento isolado. Segundo o Ministro, o Supremo deveria fixar um prazo para que o Congresso Nacional, ou quem de direito, elabore o regulamento faltante. Caso este não o faça dentro do prazo, o impetrante pode retornar ao STF, por meio de uma Reclamação<sup>116</sup>, pedindo que o Judiciário garanta a fruição do direito constitucional<sup>117</sup>.

De qualquer sorte, a adoção da posição não-concretista persistiu até o ano de 2007, quando o STF modificou o entendimento que vinha adotando desde 1989, no julgamento da Questão de Ordem do MI 107. A mudança de entendimento ocorreu em três Mandados de Injunção que requeriam o reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos, os MIs 670, 708 e 712<sup>118</sup>, cujos julgamentos foram concluídos na mesma data, em 25/10/2007, e em um Mandado de Injunção que buscava o direito à aposentadoria especial, o MI 721<sup>119</sup>, cujo julgamento foi concluído em 30/08/2007.

---

<sup>116</sup> Reclamação, segundo o art. 102, I, 1, é a ação adequada para a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e para garantir a autoridade de suas decisões.

<sup>117</sup> O excerto do voto proferido no MI 20, resume a posição do Ministro Neri da Silveira sobre o tema. Ressalta-se apenas que no julgamento específico do MI 20, o Ministro terminou compreendendo que as características do caso concreto não se compatibilizavam com a solução por ele defendida nos demais casos, tendo o mesmo acompanhado a maioria do Tribunal. Segue trecho do voto: “(...) o instituto, consagrado entre os direitos e garantias individuais e coletivos, à semelhança do mandado de segurança, há de ter eficácia. Se sua natureza é a de uma ação de tipo declaratório, como assentou a Corte no Mandado de Injunção (Questão de Ordem) nº 107, não se pode entender que a Suprema Corte do país decida sem que seu julgado tenha eficácia. Por isso, hei-me posicionado quanto a essa matéria no sentido de reconhecer a mora do Congresso Nacional, ou daquela autoridade a quem incumbe ditar a norma regulamentadora para tornar viável o exercício do direito. Fixo-lhe, porém, um prazo, eis que, em mora, é preciso que a autoridade ou o órgão legislativo cumpram seu dever previsto na Constituição e editem a norma. Compreendo, dessa maneira, que, vencido o prazo sem a edição da norma regulamentadora, podem aqueles cujo direito não é exercitado por falta da norma e que vêm ao Poder Judiciário pedir que lhes assegure o exercício do direito, por via do Mandado de Injunção, ter a garantia do exercício do direito previsto na Constituição, caso em que o Tribunal, em conhecendo de reclamação, decide a hipótese concreta”

(voto do Ministro Neri da Silveira no MI 20,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>, pag. 55)

<sup>118</sup> O MI 670 foi impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL e buscava garantir o direito de greve dos servidores públicos previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal. O MI 708, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM e o MI 712, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, versam sobre o mesmo objeto.

<sup>119</sup> O MI 721 foi impetrado por Maria Aparecida Moreira, buscando o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos previsto no art. 40, §4º, da Constituição Federal.

É preciso ter em vista que os julgamentos não se completavam em um único dia. O Tribunal estava modificando um entendimento vigente havia 18 anos, em uma matéria complexa e polêmica, o que demandou longas discussões. Além disso, os Ministros pediam vista para elaborar seus votos, o que levava ao adiamento do julgamento. Assim, não é correto falar que a mudança de entendimento se deu no bojo de um único Mandado de Injunção. Na verdade, estava em curso no Tribunal, naquele ano de 2007, um processo de mudança de entendimento que atingiu todas as ações dessa natureza colocadas em pauta. Apesar disso, costuma-se aludir ao MI 670 como o ‘*leading case*’ que inaugurou uma nova concepção na Corte Suprema sobre os efeitos da sentença de Mandado de Injunção.

A partir dos julgamentos aludidos, ocorridos no ano de 2007, o STF passou a entender que o Mandado de Injunção foi gestado pela Constituição de 1988 com o objetivo de viabilizar a fruição do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional obstada pela falta de norma regulamentadora<sup>120</sup>.

Um dos móveis dos Ministros para proceder a esta guinada na jurisprudência da Corte, talvez o principal, foi a preocupação em garantir a vontade da Constituição e em preservar os direitos fundamentais, assegurando o gozo dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais que não se puderam realizar por inércia do legislador.

---

<sup>120</sup> Os Ministros participantes dos julgamentos foram os seguintes: **MI 670** - Ministros Maurício Corrêa, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandoski, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Brito, Carmem Lúcia, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ellen Gracie (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>, pag. 205); **MI 708** – Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandoski, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Direito Menezes, Carmem Lúcia, Carlos Brito, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Marco Aurélio e Ellen Gracie (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>, pag. 176); **MI 712** – Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandoski, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Brito, Carmem Lúcia, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>, pag. 244); **MI 721** – Ministros Marco Aurélio, Eros Grau, Ricardo Lewandoski, Carlos Brito, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ellen Gracie (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>, pag. 34).

Nessa linha, o Ministro Ricardo Lewandowski aduz no julgamento do MI 670 que é preciso dar maior efetividade ao Mandado de Injunção para tornar útil este instrumento voltado justamente “à defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário”. (voto do Ministro Ricardo Lewandowski no MI 670, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>, pag. 74). O Ministro Carlos Brito, no voto proferido no mesmo julgamento, recorda que ao prever o Mandado de Injunção, a Constituição pretendeu dotar o Poder Judiciário de um instrumento passível de atuar frente à omissão legislativa, omissão esta que tem o condão de paralisar a Lei Maior naquilo que ela tem de mais caro, que é o campo dos direitos e liberdades fundamentais:

*“Ao prestigiar, sobretudo, o Poder Judiciário, a Constituição também dá uma resposta dura – como deve ser – à inércia, 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 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 fundamentais.”*

(voto do Ministro Carlos Brito no MI 670,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>, pag. 132)

Também o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Celso de Mello abordam o tema nos votos que prolataram no MI 670, transcritos, respectivamente, a seguir:

*“Ao desenvolver mecanismos para a apreciação dessa proposta constitucional para a omissão legislativa, creio não ser possível argumentar pela impossibilidade de se proceder a uma interpretação ampliativa do texto constitucional nesta seara, pois é certo que, antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa da Constituição, é dever do intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas, muito pelo contrário, se está a engedrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo.”*

(voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670, op. cit. pag. 46-47)

*“(…) o mandado de injunção deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do*

*Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.”*  
(voto do Ministro Celso de Mello no MI 670,  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>, pag. 109)

*O desprestígio da Constituição – por inércia de órgão meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.”*  
(voto do Ministro Celso de Mello no MI 670, op. cit. pag. 121)

Assim, a necessidade de preservar a Constituição e garantir a efetividade do seu texto, mormente na seara dos direitos e liberdades fundamentais, terminou por convencer a Corte de que o Mandado de Injunção precisava se converter em um instrumento útil. Para lhe conceder utilidade, todavia, ficou claro que o Judiciário, ao decidir esta espécie de ação, teria que criar a norma jurídica, estabelecendo as condições que tornariam efetiva a vontade do Constituinte. Fixada esta premissa, o próximo passo seria decidir se a criação normativa se daria no bojo do processo, restrita apenas aos impetrantes, ou se teria o condão de atingir todos aqueles que estivessem na mesma situação dos autores da ação de Mandado de Injunção.

A decisão deste ponto específico era muito importante para que se estabelecesse os exatos contornos do instituto nesta nova linha interpretativa que a Corte Maior inaugurava em relação ao tema. Apesar disso, o entendimento do STF sobre a matéria não ficou muito claro. É que a opção por um ou outro caminho terminou sendo feita no caso concreto, aplicando-se, por exemplo, efeito *erga omnes* à sentença proferida nos MIs 670, 708, e 712 e efeitos específicos para os impetrantes no MI 721.

Conforme comentado, nos casos que envolviam o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, como é o caso dos MIs 670, 708 e 712, o Supremo criou regra extensível a todos os servidores e não apenas aos que ingressaram com as ações de Mandado de Injunção. A decisão, portanto, foi dotada de efeitos *erga omnes*. Nos demais casos, a regra foi criada para ser aplicada apenas ao caso concreto, atingindo somente os impetrantes. Assim,

por exemplo, aqueles que buscam o direito à aposentadoria especial previsto na Constituição precisam ingressar com Mandados de Injunção específicos, conforme o decidido nos MIs 721, 758, 788 e 795, por exemplo.

Do que se extrai dos votos proferidos por ocasião destes julgamentos, um grupo de Ministros rejeitava em todo e qualquer caso a concessão de efeitos *erga omnes* à sentença de Mandado de Injunção, enquanto outros Ministros pareciam remeter à discussão ao caso concreto, às peculiaridades do direito reclamado, pois enquanto nas ações que discutiam o direito de greve dos servidores públicos decidiram pela concessão de efeitos gerais à sentença<sup>121</sup>, na ação que julgava o direito à aposentadoria especial resolveram que somente os impetrantes seriam beneficiados pela procedência do pedido<sup>122</sup>.

No MI 721, que discutia o direito à aposentadoria especial, a decisão se restringiu aos impetrantes do Mandado de Injunção e o julgamento foi unânime. Todos os Ministros concordaram com a solução proposta pelo Relator, Ministro Marco Aurélio, e criaram a norma apenas para o caso concreto. Não foi suscitada qualquer discussão em relação à extensão dos efeitos da ação a todo e qualquer cidadão interessado em receber a aposentadoria especial. Do que se depreende das transcrições dos votos, o Ministro Marco Aurélio decidiu estabelecer as balizas para o exercício do direito “*para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista*” (voto do Ministro Marco Aurélio no MI 721, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>, pag. 08), e todos concordaram com esta premissa.

---

<sup>121</sup> O Mandado de Injunção nº 670 foi julgado procedente, suprindo-se a omissão legislativa por meio da aplicação da lei geral de greve, Lei nº 7.783/1989, a todos os servidores públicos do país, independentemente de estarem ou não representados no pólo ativo das ações de Mandado de Injunção julgadas pela Corte.

<sup>122</sup> O Mandado de Injunção nº 721 foi julgado procedente, suprindo-se a omissão legislativa por meio da aplicação da lei geral da Previdência Social, Lei nº 8.213/1991, aos impetrantes da ação.

Não ocorreu o mesmo nos três Mandados de Injunção aludidos anteriormente, nos quais se discutia o direito de greve. Aqui a decisão não foi unânime em relação à extensão dos efeitos da sentença. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, conclui seu voto no sentido de “*determinar a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989 “aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis”*” (voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670, op. cit. pag. 51). Ao definir as balizas para o exercício do direito de greve o Ministro as estendeu a todos os servidores públicos civis, o que revestiu sua decisão de efeitos *erga omnes*<sup>123</sup>.

A solução proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, embora se tenha sagrado vencedora ao final, foi objeto de diversos questionamentos, tendo alguns Ministros votado em sentido diverso, por considerar que uma decisão nestes termos configuraria uma invasão da esfera de competência reservada ao Legislativo, a quem cabe reger os fatos da vida social em tese, em abstrato, o que não se coaduna com a função judicial, que é resolver os problemas concretos postos à apreciação dos juízes e Tribunais. Reproduz-se a seguir trechos de votos proferidos no MI 670 dos Ministros que discordaram da posição defendida pelo Relator<sup>124</sup>:

*“(...) ao emprestar-se eficácia erga omnes a tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se de forma indevida, na esfera de competência que a*

---

<sup>123</sup> Sua opção por esta via ficou ainda mais clara nas discussões que se seguiram em Plenário, quando o Ministro Gilmar Mendes esclareceu que seu voto realmente conferia eficácia *erga omnes* à decisão:

*“Estamos aqui a dizer, neste Mandado de Injunção, que isso vai se aplicar aos demais casos. Tanto que não vamos, espero, nos pronunciar sobre outros casos idênticos; não ficaremos a fazer regulação específicas, porque esta decisão valerá, a meu ver, como eficácia erga omnes.”* (Comentário do Ministro Gilmar Mendes na discussão em Plenário realizada por ocasião do julgamento do MI 670, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>, pag. 140)

<sup>124</sup> Ressalta-se que o Ministro Carlos Brito também defendeu que a decisão proferida no Mandado de Injunção deve se restringir às partes que figuram no processo, rejeitando a possibilidade de um resultado que se aplique indistintamente a todos os que se encontrarem na mesma situação dos impetrantes. Apesar de discordar da concessão de efeitos *erga omnes* às sentenças de Mandado de Injunção, o Ministro Carlos Brito entendeu que não havia divergência entre a sua posição e aquela do Ministro Gilmar Mendes. Assim, terminou por acompanhar o voto deste último. O Ministro Cezar Peluso, igualmente, proferiu voto no qual defendia que a decisão se dirigisse apenas ao caso concreto, mas, após as discussões, terminou admitindo que acompanhava integralmente o voto do Relator.

*Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto. (...)*  
(voto do Ministro Ricardo Lewandoski no MI 670,  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>, pag. 80)

*“Embora comungue da preocupação de que é preciso dar efetividade às normas constitucionais, sobretudo àquelas que consubstanciam direitos fundamentais, estou convencido de que o Judiciário não pode ocupar o lugar do Poder ao qual o constituinte, intérprete primeiro da vontade soberana do povo, outorgou a sublime função de legislar. (...) penso que a solução ideal para o caso sob análise deve passar pela autolimitação do Judiciário no que concerne às esferas de atuação dos demais Poderes, sem que este abdique da transcendental competência que a Constituição lhe confere de dar concreção aos direitos e garantias fundamentais, qualquer que seja a natureza da norma que os abrigue quanto à respectiva eficácia. (...) conheço do Mandado de Injunção, concedendo a ordem em parte para garantir o exercício do direito de greve aos Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo, assegurada por estes a prestação dos serviços inadiáveis, devendo o Governo do Estado abster-se de adotar medidas que inviabilizem ou limitem esse direito, tais como o corte de ponto dos servidores ou a imposição de multa pecuniária.”*  
(voto do Ministro Ricardo Lewandowski no MI 670, op. cit. pag. 83)

*“Concluo para conhecer do mandado de injunção e conceder a ordem (...). Apenas chamo a atenção para a circunstância de que eu não caracterizaria no sentido de dar efeitos erga omnes nem de tangenciar essa matéria. Creio que o mandado de injunção tem natureza integrativa, ou seja, de integrar o ordenamento para o caso concreto, diante dos impetrantes.”*  
(voto da Ministra Carmem Lúcia no MI 670,  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>, pag. 144)

*“Quanto aos efeitos da decisão que será tomada nesta assentada, comungo das preocupações externadas pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski sobre a impossibilidade de se conferir efeitos erga omnes.*  
(voto do Ministro Joaquim Barbosa no MI 670,  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>, pag. 177)

*(...) Mas não se pode negar que os feitos se repetirão. (...) O resultado prático de se negar o efeito erga omnes é que a Corte repetirá o julgamento, apenas para afirmar em diversas oportunidades, o mesmo que afirmou nessas últimas sessões. Mas, por outro lado, essa constatação prática não me parece suficiente para alterar a natureza do mandado de injunção, que é via vinculada ao interesse.”*  
(voto do Ministro Joaquim Barbosa no MI 670, op. cit. pag. 183)

*“(...) eu conheço e defiro em parte, e em termos específicos, o presente mandado de injunção para: (iii) restringir os efeitos dessa decisão ao caso concreto.”*  
(voto do Ministro Joaquim Barbosa no MI 670, op. cit. pag. 186)

*“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 constitucionalmente.”*  
(voto do Ministro Marco Aurélio no MI 721, que foi repetido no MI 670, op. cit. pag. 184-185)

Diante disso, apesar das divergências apontadas, a maioria dos Ministros terminou aderindo à posição do Relator, pelo que os Mandados de Injunção que versavam sobre o direito de greve dos servidores públicos terminaram sendo julgados procedentes para reconhecer que toda e qualquer paralisação no setor público deveria se submeter aos ditames da lei de greve dos trabalhadores em geral. A decisão, portanto, foi revestida de eficácia *erga omnes*, atingindo todos os servidores públicos civis.

O entendimento alcançado nestes MIs 670, 708 e 712, entretanto, parece constituir uma exceção, visto que nas decisões seguintes, relativas a outras matérias, não se observou a prolação de acórdãos dotados de eficácia *erga omnes*. Veja-se, por exemplo, os MIs 758, 788, 795, 1.083, todos versando sobre o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos.

É importante ressaltar ainda outros aspectos relacionados a estes julgamentos, que representam a mudança de perspectiva do STF sobre o instituto do mandado de injunção, especialmente aqueles pontos que se relacionam à compreensão da Corte sobre o princípio da separação dos poderes.

Cumprе recordar que a viabilização do exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, conforme explicado no decorrer deste trabalho, somente poderia vir por meio da criação, pelo Judiciário, da norma regulamentadora do preceito constitucional de eficácia limitada que os Poderes Competentes deixaram de editar. Como ficou registrado neste tópico, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a possibilidade de criar, por si, norma jurídica viabilizadora do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional desde o julgamento da Questão de Ordem do MI 107, principalmente por considerar que tal violaria o princípio da separação dos poderes. Assim, é preciso buscar nos votos proferidos neste grupo de Mandados de Injunção julgados em meados de 2007, como o STF compatibilizou o respeito ao princípio referido com a possibilidade do Judiciário atuar como legislador positivo.

Um dos argumentos levantados em alguns dos votos que compuseram estes julgamentos é o de que as funções estatais de administrar, legislar e julgar são atribuídas a cada um dos Poderes da República pela Constituição Federal, podendo ser exercidas de forma compartilhada. O Poder Legislativo não tem o monopólio da atividade legislativa, da mesma forma que o Poder Judiciário não tem o da atividade de julgar e o Poder Executivo não tem o da função de administrar. Cada um destes Poderes exerceria prioritariamente uma dessas funções e secundariamente as demais, nas hipóteses autorizadas pela Carta Magna.

Neste sentido é o voto do Ministro Eros Grau, que repudia a tradicional divisão das funções estatais segundo o critério “*orgânico ou institucional*” (voto do Ministro Eros Grau no MI 712, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>, pag. 20) que associa a função legislativa ao Poder Legislativo, a função executiva ao Poder Executivo e a função jurisdicional ao Poder Judiciário. Para ele, 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, função normativa ao Poder Judiciário, seja ao permitir que este elabore seus regimentos internos, seja quando possibilita a criação da norma regulamentadora nas ações de mandado de injunção. Veja-se um resumo da opinião do Ministro extraída do voto por ele proferido no MI 712, do qual era o Relator, e repetida no MI 708 e 721:

*“(...) 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 jurisdicional. 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.*

*(voto do Ministro Eros Grau no MI 712, op. cit., pag 20-21)*

*(...) a função normativa compreende a função legislativa (enquanto produção de textos normativos), a função regimental e a função regulamentar. Quanto à regimental, visto incumbir-lhe também, e por imposição da Constituição, a de formular, supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada. não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário. (voto do Ministro Eros Grau no MI 712, op. cit. pag. 22)*

Assim, no seu entendimento, a classificação material das funções estatais permite que o Judiciário atue também normativamente, mas apenas quando a Constituição assim o autorizar. O princípio da separação dos Poderes não seria uma fórmula fechada, de modo que a sua configuração em cada Estado dependeria do que estivesse previsto nas Constituições. Caberia à Lei Maior de cada país definir como serão divididas as funções estatais. É o que se depreende do mesmo voto referido acima, conforme demonstra o excerto seguinte:

*“(...) não se há de falar em agressão à ‘separação de poderes’, mesmo porque é a Constituição que institui o Mandado de Injunção e não existe uma assim chamada ‘separação dos poderes’ provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os Poderes e de ‘separação dos poderes’ o que está escrito na Constituição(...).”*  
(voto do Ministro Eros Grau no MI 712, op. cit. pag. 23)

Também o Ministro Ricardo Lewandowski aborda esse aspecto da questão, no voto proferido no MI 670, transcrito logo a seguir:

*“(...) o mandado de injunção pode e deve consubstanciar instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, abrigado no art. 5º, §1º, da Carta Magna. Para que isso ocorra, não há dúvida, é preciso superar a visão estática, tradicional, do princípio da separação dos poderes, reconhecendo-se que as funções que a Constituição atribui a cada um deles, na complexa dinâmica governamental do Estado contemporâneo, podem ser desempenhadas de forma compartilhada, sem que isso implique superação da tese original de Montesquieu”*  
(voto do Ministro Ricardo Lewandowski, op. cit. pag. 79)

A idéia do compartilhamento das funções estatais e de uma separação de Poderes traçada a partir de opções feitas pela própria Constituição, terminam por justificar, nas ações

de Mandado de Injunção, o exercício da atividade legislativa, ou normativa, como acentuou o Ministro Eros Grau no voto do MI 712.

O Ministro Carlos Brito, que aceita a tese de que a formulação da norma nas ações de Mandado de Injunção é uma imposição constitucional, defende no voto que proferiu no MI 670 que esta autorização concedida pela Constituição ao Poder Judiciário consiste em um mecanismo de freios e contrapesos, que visa controlar a omissão do Poder Legislativo. Diz o Ministro que “(...) o Mandado de Injunção, seja o individual, seja o coletivo, é uma ação constitucional, mas uma ação que se inscreve no sistema de freios e contrapesos para favorecer, justamente, o Poder Judiciário.” (voto do Ministro Carlos Brito no MI 670, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>, pag. 131)

A percepção deste instrumento como um controle dirigido aos demais Poderes, um dos mecanismos de freios e contrapesos, também é ressaltada no voto do Ministro Gilmar Mendes, quando relatou o MI 670 e defendeu que o controle judicial, por meio do Mandado de Injunção, atinge também as condutas omissivas dos demais Poderes. No caso do direito de greve, matéria discutida no Mandado de Injunção em que o voto foi proferido, a conduta omissiva do Poder Legislativo. É o que se observa do excerto abaixo colacionado:

*“(...) 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 Legislativo.*  
(voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670, op. cit. pag. 36)

*(...) Uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada), de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vigência democrática de um Estado de Direito.*  
(voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670, op. cit. pag.42)

*(...) O que se propõe, portanto, é uma mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas.*

(voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670, op. cit. pag. 44)

Outro argumento bastante comum nestes votos é o que considera que o Judiciário não está exercendo atividade legislativa quando cria a norma para o caso concreto. É que, segundo esta linha de raciocínio, o Mandado de Injunção presta-se a criar a norma faltante, mas apenas para viabilizar a fruição do direito no caso concreto. O Judiciário, nestas ações, está apenas viabilizando o exercício do direito, o que somente é possível mediante a criação normativa. O Tribunal não estaria criando norma geral e abstrata, atividade própria do Poder Legislativo, mas resolvendo o problema concreto, atividade essencialmente judicial. Assim, não se poderia falar em violação ao princípio da separação de Poderes, pois não haveria usurpação de função característica do Poder Legislativo. Nesse sentido se pronunciou, por exemplo, o Ministro Marco Aurélio no voto que proferiu no MI 721, ou o Ministro Carlos Brito, no MI 670, como se observa dos excertos abaixo reproduzidos.

*“Não se há de confundir a atuação no julgamento do Mandado de Injunção com a atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em direito subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.”*

(voto do Ministro Marco Aurélio no MI 721, op. cit. pag. 09)

*“o Poder Judiciário não estará legislando, absolutamente, não estará decidindo erga omnes; estará se debruçando sobre direitos que lhe são postulados em concreto e decidindo para o caso concreto, atento às especificidades dele e renunciando a qualquer tentativa de incursão pelos domínios de transcendência dos fundamentos ou dos motivos determinantes da decisão”*

(voto do Ministro Carlos Brito no MI 670, op. cit. pag. 132)

Por fim, cumpre fazer referência ao argumento de que a formulação de normas pelo Poder Judiciário é um resultado natural da evolução do Estado Liberal<sup>125</sup> para o Estado Social<sup>126</sup>. Segundo esta perspectiva, o Estado Social exigiria uma atuação positiva dos Poderes Políticos, os quais nem sempre conseguiriam se desincumbir desse dever. Assim, caberia ao Judiciário substituir-lhes, de modo a assegurar os direitos que não puderam ser entregues pelos Poderes competentes para tanto. Foi o Ministro Gilmar Mendes quem trouxe a lume estas considerações, o que fez no MI 670, citando o magistério de Rui Medeiros nos seguintes termos:

*“(...) O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional, constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas. Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessária a intervenção activa do Tribunal Constitucional. (...)”*  
(MEDEIROS, 493-494, apud. Voto do Ministro Gilmar Mendes, op. cit. pag. 37-38)

Destas ações que preconizaram a mudança de entendimento da Corte sobre a matéria, percebe-se que havia uma unanimidade a respeito da necessidade de passar a compreender o Mandado de Injunção como um instrumento concreto, viabilizador dos direitos ameaçados pela falta de norma regulamentadora. Não houve discordância em relação à necessidade de preservar a vontade constitucional, que instituiu os direitos, liberdades e prerrogativas para vê-los efetivados. Todos consideraram possível a criação da norma nas ações de Mandado de Injunção e a compreensão de que assim quis a Constituição Federal. Da mesma forma, todos acordaram que ao decidir desta forma o STF não estava agredindo o princípio da separação de

---

<sup>125</sup> *Estado Liberal* pode ser identificado “com a postura individualista abstrata, com o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementados pela resistência à opressão” (PIOVESAN, 2003, 30)

<sup>126</sup> **CAPPELLETTI** (1999, 41) define ‘Estado Social’ ou ‘Welfare State’ como aquele em que se “*prescreve programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre certo e errado (...)*”

poderes, mesmo porque este é um princípio constitucional e a função primordial do Supremo é precisamente a guarda da Constituição.

As divergências sobre o tema somente surgiram em relação à extensão do provimento, se restrito ao caso concreto ou *erga omnes*. Trata-se de uma divergência importante, pois os Ministros que rejeitam a possibilidade do Supremo criar norma com efeitos gerais entendem que não há autorização constitucional para tanto e que tal desborda das funções reservadas ao Poder Judiciário. De qualquer forma, a possibilidade do STF editar a norma com efeitos *erga omnes* parece ter se restringido aos mandados de injunção que decidiram o direito de greve (MI 670, 708 e 712), o que reduz a polêmica em torno da questão.

O presente tópico descreveu como o Supremo Tribunal Federal interpretou os efeitos do Mandado de Injunção ao longo dos anos, além de demonstrar como a Corte enxergou o princípio da separação dos Poderes do Estado nos julgamentos destas ações. O tópico seguinte será utilizado para tornar mais clara a visão do STF sobre o tema, elucidando como o Tribunal compatibilizou sua decisão de atuar/não atuar como legislador positivo com o referido princípio constitucional.

## **7. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO NAS AÇÕES DE MANDADO DE INJUNÇÃO**

### **7.1 Análise da evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal e a atual posição da Corte.**

Como ficou esclarecido na descrição dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal realizada no tópico anterior, a posição da Corte sobre os efeitos do Mandado de Injunção e sobre a compreensão do princípio da separação dos Poderes foi modificada no ano de 2007. Antes, o Tribunal tinha muito clara a impossibilidade de atuar como legislador positivo nas ações de Mandado de Injunção. A função de regular os preceitos constitucionais foi entendida como da alçada exclusiva dos Poderes políticos: o Executivo e, principalmente, o Legislativo. Assim, o Tribunal rejeitou a possibilidade de, ante a omissão destes, criar a norma regulamentadora dos preceitos constitucionais. Inexistia, na visão do STF, a possibilidade de juízes e Tribunais, em um Estado caracterizado pela divisão de Poderes, exercerem atividade política, criarem normas jurídicas, sejam regramentos gerais e abstratos, sejam dirigidos ao caso concreto.

A compreensão do Supremo Tribunal Federal 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 alguns limites tinham que ser observados. No caso do Poder Judiciário, por exemplo, o STF rechaçou a possibilidade deste Poder exercer a função atípica de legislar, de criar normas jurídicas, mesmo que no bojo das ações de Mandado de Injunção. Isto porque a criação normativa envolve a tomada de decisões políticas, e o exercício de funções políticas foi considerado absolutamente estranho ao Poder Judiciário.

O Judiciário deveria ser neutro, apolítico, o que o coloca, de certa forma, nos moldes imaginados por **MONTESQUIEU** (1997, 203) ainda no século XVIII. O comportamento do

Judiciário brasileiro nos primeiros anos após a redemocratização e, especialmente, após a promulgação da Constituição Federal, foi de cautela em relação à expansão de suas funções. É o que **VIANNA** et al (1999, 42) relata, referindo-se não apenas ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que toca ao Mandado de Injunção, mas ao comportamento geral das cortes de justiça no país. Os autores explicam que nos primeiros anos após a promulgação da Carta Constitucional, dois fatores impediram a assunção de funções políticas pelo Poder Judiciário. Em primeiro lugar, a sociedade civil e os órgãos de representação, como o Ministério Público e as Defensorias Públicas, não demandavam com tanta frequência e em tão alto número o Poder Judiciário. Em segundo lugar, os próprios Tribunais, nas poucas demandas de índole política que lhes eram dirigidas, optavam por não intervir politicamente, preservando o que os autores denominam de “*uma posição ortodoxa do princípio da separação dos poderes*” (VIANNA et al, 1999, 42). Ainda segundo os autores, foi somente no curso dos anos 90 que esta tendência foi revertida.

Na visão de **CAPPELLETTI** (1999, 46-47), os Tribunais, em um Estado Social, caracterizado pelo gigantismo do Legislativo e do Executivo, devem escolher entre duas possibilidades: permanecer fiéis à concepção tradicional dos limites da função jurisdicional, ou crescer na mesma medida dos demais Poderes, tornando-se “*o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador*” (CAPPELLETTI, 1999, 47).

O Judiciário brasileiro, parece ter escolhido a primeira via no julgamento da Questão de Ordem do MI 107. Mesmo atuando em um Estado Social<sup>127</sup>, o Supremo Tribunal Federal

---

<sup>127</sup> A Constituição Federal de 1988 é uma Constituição própria de um Estado de Bem-Estar Social, uma Constituição analítica. Nela são tratados todos os assuntos pertinentes à formação, destinação e funcionamento do Estado (MORAES, 2006, 6). EISENBERG (2003, 60), na mesma linha, explica que o Brasil possui todas as estruturas normativo-institucionais de um Estado de Bem-Estar Social, querendo dizer que o país positivou esta opção política.

se recusou a expandir seu âmbito de atuação, a assumir funções de natureza política, permanecendo confinado “*ao tranquilo, embora apertado, campo das funções ‘protetoras’ e ‘repressivas’*” (CAPPELLETTI, 1999, 47).

Ao agir assim, o Judiciário brasileiro deixou as tarefas políticas às instâncias tradicionalmente políticas, quais sejam, o Executivo e o Legislativo. Nelas, teoricamente, os diversos grupos sociais e econômicos, as mais diversas facetas da sociedade, deveriam buscar o consenso, construindo os caminhos políticos do Estado brasileiro. Autores como **GARAPON** (1999, 49) reconhecem que o Poder Judiciário é um espaço completamente inadequado para a tomada de decisões políticas. Na mesma linha, **MAUS** (2000, 186) alerta que as discussões e os procedimentos próprios ao processo de construção da política de consenso não encontram guarida no Judiciário. Os juízes e Tribunais estão vinculados à perspectiva individual do jurisdicionado e são incapazes de enxergar a dimensão coletiva que caracteriza a política (GARAPON, 1999, 49). Além disso, o juiz desconhece restrições econômicas e de política internacional (GARAPON, 1999, 73). Assim, na perspectiva destes autores, o Judiciário brasileiro parece ter tomado a decisão adequada quando, mantendo uma concepção tradicional do princípio da separação dos poderes, rechaçou nas ações de Mandado de Injunção a assunção de funções políticas nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988.

Com o passar dos anos, todavia, a Corte Suprema parece ter afrouxado um pouco a rigidez do seu posicionamento inicial sobre os efeitos do Mandado de Injunção<sup>128</sup>, embora somente em alguns casos específicos, como, por exemplo, no MI 283, que versava sobre a concessão do direito à indenização aos cidadãos impedidos de exercer suas profissões em

---

<sup>128</sup> Como visto, na concepção de VIANNA et all (1999, 42), tal não se deu em ações isoladas. O processo de Judicialização da política no Brasil se firmou ao longo dos anos 90 em uma perspectiva geral.

virtude de Portarias do Ministério da Aeronáutica durante o Regime Militar, previsto no art. 8º, §3º do ADCT, ou do MI 232, que tratava a isenção da contribuição para a seguridade social concedida às entidades beneficentes de assistência social, previsto no art. 195, §7º da Constituição Federal.

Em nenhum destes casos, contudo, o STF admite a possibilidade do Poder Judiciário criar a norma jurídica, tomando decisões políticas<sup>129</sup>. Os Ministros buscam apenas uma forma de assegurar os direitos previstos na Carta Constitucional, e adotam soluções capazes de assegurá-los<sup>130</sup>, mas procuram preservar neste processo a convicção de que não é dado ao Poder Judiciário exercer atividades políticas. Deve-se ter em vista, contudo, que embora o Judiciário, nestes casos específicos, não tenha criado a regra jurídica a ser aplicada ao caso concreto, houve, de certa forma, uma intervenção judicial na arena política. Afinal, o STF terminou por garantir, embora indiretamente, os direitos dos cidadãos, dos impetrantes das ações de Mandado de Injunção.

Percebe-se que a necessidade de proteger os direitos dos indivíduos e das coletividades, começa sensibilizar o Supremo Tribunal Federal, a impulsioná-lo a assumir um papel mais ativo na defesa destes direitos, a tomar para si uma postura mais criativa, mais política. Neste ponto, é importante recordar que a proteção dos direitos fundamentais é um dos fatores propiciadores da judicialização, conforme ressaltado por algumas pesquisas (TATE, 1995) (SHAPIRO, 1995).

---

<sup>129</sup> Veja-se, por exemplo, excerto do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no MI 283: “a solução proposta não implica ruptura com o entendimento sobre a natureza do mandado de injunção, firmado na QO do MI 107” (voto do Ministro Sepúlveda Pertence no MI 283, op. cit. pag. 15).

<sup>130</sup> O Ministro Sepúlveda Pertence ressalta no voto que proferiu no MI 283 que está apenas acautelando o direito em discussão, buscando uma forma de preservá-lo: “Como, entretanto, a persistência da omissão legislativa poderia acarretar frustração irreparável à expectativa de gozo pelo impetrante da prestação reparatória devida pela União, cabe acautelá-lo dos riscos da demora, na medida do possível.” (voto do Ministro Sepúlveda Pertence no MI 283, op. cit. pag. 16)

O caso do MI 283, por exemplo, bem exemplifica a preocupação do Judiciário brasileiro com a proteção dos direitos dos cidadãos. Um certo número de indivíduos foi impedido de exercer suas profissões por ocasião do Regime Militar. A Constituição de 1988, atenta a injustiça perpetrada, determinou no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o Estado Brasileiro indenizasse estas pessoas, de acordo com critérios que seriam estabelecidos em lei. A lei, contudo, não foi editada, e os cidadãos prejudicados se viram impedidos de receber a reparação econômica que lhes foi garantida pela Constituição Federal. Inicialmente, o Judiciário não se imiscuiu na questão. Com o passar do tempo, contudo, embora não tenha criado os critérios para o cálculo da indenização, remeteu os interessados ao juízo de primeira instância para que este, tendo por lume as regras gerais de fixação da indenização, calculasse a reparação a que os impetrantes das ações de Mandado de Injunção faziam jus.

Percebe-se na evolução do entendimento da Corte a preocupação com a preservação dos direitos dos cidadãos, na linha pontuada por **TATE** (1995) e **SHAPIRO** (1995). Talvez possa se perceber até mais, talvez seja possível enxergar no caso os efeitos de um “*ideal democrático desencantado*” de que nos fala **GARAPON** (1999, 26). Os cidadãos, detentores de direitos, no caso em pauta direito a uma reparação econômica, que não encontraram meios de ver suas pretensões atendidas nas instâncias políticas tradicionais, voltam-se ao Judiciário, demandando as promessas não cumpridas pelo Estado provedor (GARAPON, 1999, 48). A transferência do espaço de discussão política do Estado para a Justiça, ressaltado por **GARAPON** (1999, 47), tem como pano de fundo precisamente a incapacidade do Executivo e do Legislativo se desincumbirem de suas funções. Nesse quadro, o juiz é convertido no “*último guardião de promessas*” (GARAPON, 1999, 27), podendo realizá-las, judicializando a política, ou não, mantendo-se fiel aos limites tradicionais da função judicial

(CAPPELLETTI, 1999, 47). No caso em pauta, o Judiciário brasileiro passa, nos MIs mencionados, a dar sinais de que tomará o primeiro caminho, embora formalmente ainda não admita expressamente tal resolução.

Realmente, antes de 2007 o Supremo Tribunal Federal não admitia expressamente a possibilidade de criar normas jurídicas nas ações de Mandado de Injunção. Foi somente naquele ano, mais precisamente no julgamento de três mandados de injunção que tratavam do direito de greve e um que versava sobre a aposentadoria especial dos servidores públicos, que este quadro foi modificado. Nestas ações, o Tribunal superou a visão de que o Poder Judiciário não pode exercer função política.

Estes julgamentos terminaram por assentar a posição de que o princípio da separação de Poderes não se caracteriza por uma distribuição rígida e estanque das funções estatais. Esta idéia é sugerida por alguns autores, como **DALLARI** (1995, 186-187) e **BONAVIDES** (2010-2, 157-158). Este último explica que as instituições estatais se renovam e passam a adquirir novas funções, ficando paralisadas pelo espaço restrito de ação que lhes é concedido pelo princípio da separação dos poderes. Assim, o autor explica que apesar da sua previsão constitucional o princípio decaiu de vigor e prestígio, tendo se tornado incompatível “*com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo (...)*” (BONAVIDES, 2010-2, 157-158).

A própria Constituição de 1988 relativiza o princípio ao longo do seu texto, trazendo diversas possibilidades de invasão das atribuições de um Poder pelo outro. **BONAVIDES** (2010/2, 151-152) trata deste exercício de funções atípicas, aludindo à possibilidade do Poder Executivo vetar as leis produzidas pelo Parlamento, nomear os membros do Poder Judiciário e conceder indulto a cidadãos presos, do Legislativo rejeitar o veto do Executivo, rejeitar os tratados assinados pelo País, julgar a autoridade do Executivo no processo de impeachment e

outras autoridades em determinados julgamentos políticos, além de organizar o Poder Judiciário e fixar o limite máximo de suas despesas e, por fim, do Judiciário estatuir as regras para o seu próprio funcionamento e organizar o seu quadro de servidores.

Seguindo esta linha, o Supremo Tribunal Federal passou a defender, a partir de 2007, pelo menos no espaço das ações de Mandado de Injunção, que o princípio da separação de Poderes não detém a rigidez imaginada e que é possível um Poder exercer as funções que classicamente é associada aos demais. A Corte Constitucional aduz que a evolução de um Estado Liberal para um Estado Social levou às Constituições a distribuir as funções estatais entre os Poderes de modo a permitir uma atuação efetiva do Estado na concretização dos novos direitos.

Foi o voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670 que sugeriu semelhante idéia. O Relator do MI, Ministro Maurício Corrêa, proferiu o seu voto no ano de 2003, defendendo à aplicação ao caso do entendimento da Corte vigente à época. O Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo e, no ano de 2007, quando o Relator já tinha se aposentado, proferiu voto pugnando pela mudança de entendimento do Tribunal, voto este que trazia as idéias referidas no parágrafo anterior. Como o seu voto-vista foi acompanhado pela maioria dos Ministros no referido julgamento<sup>131</sup>, pode-se afirmar que pelo menos a maior parte da Corte aderiu à motivação dele constante, inclusive no que concerne à possibilidade do Judiciário atuar politicamente em um Estado Social, criando normas jurídicas no bojo das ações de Mandado de Injunção.

Na verdade, a análise dos votos proferidos por ocasião deste julgamento, parece apontar para uma unanimidade da Corte em relação a este argumento. É que a divergência

---

<sup>131</sup> Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio apresentaram votos divergentes no julgamento do MI 670, limitando a decisão ao impetrante da ação. O Ministro Maurício Corrêa, Relator do processo e que proferiu o voto em 2003, também votou em sentido diverso, decidindo conforme o entendimento firmado no julgamento da Questão de Ordem do MI 107.

surgida no julgamento do MI 670 não se concentrava na parte do voto do Ministro Gilmar Mendes que sugeria semelhante idéia. O que os votos divergentes rechaçavam não era a possibilidade do Judiciário, em um Estado Social, criar normas jurídicas nas ações de Mandado de Injunção, mas a possibilidade de fazê-lo com efeitos *erga omnes*, conforme os argumentos desenvolvidos pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio nos votos proferidos por ocasião do julgamento do MI 670<sup>132</sup>.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, seja unanimemente ou por uma maioria, terminou assentando a idéia de que o Judiciário não só pode como deve exercer atividades políticas, pois com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, este Poder teve que assumir uma postura ativa para garantir a concretização dos direitos que os Poderes competentes, o Executivo e o Legislativo, não implementam. Essa idéia, que como se viu foi trazida a lume no julgamento do MI 670 por meio do voto do Ministro Gilmar Mendes, é sugerida por diversos pesquisadores<sup>133</sup> e demonstra uma tendência à judicialização das questões políticas.

Um destes autores é Rui Medeiros<sup>134</sup>, o qual foi expressamente citado no voto, tendo excertos de sua obra nele transcritos. Reproduz-se a seguir um destes trechos utilizados pelo

---

<sup>132</sup> Os votos referidos podem ser encontrados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>.

<sup>133</sup> Cite-se, por exemplo, CAPPELLETTI (1999) e WERNECK VIANNA (1999).

<sup>134</sup> Rui Medeiros não é o único que defende uma posição mais ativa do Judiciário no Estado Social. CAPPELLETTI (1999, 41-42), por exemplo, explica que “*os direitos sociais pedem para a 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 eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas*”. Diante desse quadro, o autor defende que os juízes e Tribunais devem ampliar sua área de atuação, “*dar a própria contribuição à tentativa do Estado de tornar efetivos tais programas, de (...) contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo aquelas “finalidades e princípios: o que eles podem fazer controlando e exigindo 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.*”

Ministro Gilmar Mendes em seu voto, para melhor esclarecer a visão do Tribunal sobre o tema:

*“se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessária a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo (v.g. uma proibição ou um ônus) e restabelecer plenamente uma liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de eliminar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um ‘indirizzo’ político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional”.* (MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, 493-494, apud voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670, op. cit. pag. 38)

Conforme pincelado acima, a Corte Constitucional adotou a idéia de que a expansão dos ramos políticos, que precisam atuar permanentemente com vistas a implementar os direitos sociais, caminha junto ao aumento da responsabilidade e da área de atuação do Poder Judiciário. O caso sob estudo, que envolve uma inação dos Poderes políticos, que deixam de criar as normas que viabilizariam o exercício dos direitos constitucionais, foi tido pelo Supremo como uma hipótese passível de levar à atuação política do Poder Judiciário.

Ao justificar nestes termos a sua atuação política, o STF considerou que a criação de normas jurídicas no bojo das ações de Mandado de Injunção não violava o princípio da separação de Poderes, mas apenas refletia o necessário aumento de suas atribuições, decorrente do crescimento das obrigações que o Estado e a Constituição impõem aos Poderes Executivo e Legislativo. O respeito à divisão de funções fica ainda mais claro no caso em pauta, em que a própria Constituição, atenta ao risco de que uma eventual omissão dos poderes políticos poderia inviabilizar a fruição dos direitos constitucionais, previu o remédio do Mandado de Injunção, atribuindo-o justamente ao Poder Judiciário.

**DALLARI** (1995, 186-187) é um dos autores que sustentam a tese defendida nos Mandados de Injunção referidos, julgados a partir de 2007. O autor acredita que o princípio da separação de Poderes precisa ser superado no Estado Social, pois somente assim é possível garantir a eficiência no funcionamento do Estado. Como visto ao longo deste trabalho, outros estudiosos seguem a mesma linha. Veja-se, por exemplo, **VIANNA** et all (1999) e **CAPPELLETTI** (1999). **CAMPILONGO** (1994), também partidário desta teoria, argumenta 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*” (CAMPILONGO, 1994, 7). Nesse rearranjo das instituições, e porque não dizer dos Poderes do Estado, o Judiciário aparece como um espaço capaz de abrigar estes novos canais de consenso social.

O Legislativo e o Executivo se propõem, no modelo de Estado provedor, a árdua tarefa de garantir uma gama extensa de direitos, direitos estes que somente aumentam e se diversificam à medida que a sociedade se torna mais complexa. O Estado pretende conceder aos cidadãos educação, saúde, moradia, emprego e, mais recentemente, um meio ambiente saudável, acesso à tecnologia, entre outros direitos. A implementação desta agenda, conforme pontuado por **CAPPELLETTI** (1999, 44-45), não tem sido realizada com a presteza e eficiência prometidas. E é precisamente no momento de transpor o Estado Social da teoria para a prática, das previsões Constitucionais gerais, das regras programática positivadas, para o mundo real, que se evidenciam as falhas do modelo. Segundo **CASTRO** (1994), no espaço deixado por estas falhas, é que o Judiciário vai atuar politicamente.

Os juízes e tribunais, antes submetidos a uma legislação restrita, preocupada em assegurar a liberdade do indivíduo, passam a se submeter a uma legislação vastíssima e caracterizada por uma estrutura normativa teleológica, que deságua em uma “*hermenêutica de*

*legitimação de aspirações sociais*” (CAMPILONGO, 1994, 124). O juiz se converte no garantidor dos direitos sociais, ou, nas palavras de **GARAPON**, no “*último guardião de promessas*” (GARAPON, 1999, 27).

Ressalta-se que autores como VALLINDER (1995) e SHAPIRO (1995), não mencionam expressamente a influência da implementação do Estado Social no processo de judicialização. Os autores, contudo, enxergam como causa do fenômeno a necessidade proteção dos direitos fundamentais. Nesse passo, seja pela tese do Estado Social ou pela hipótese dos autores, o Judiciário termina sendo erigido à posição de guardião de promessas referida por **GARAPON** (1999, 27).

O Supremo Tribunal Federal, como visto, encampou, no caso sob estudo, a tese descrita nos parágrafos acima de que o Judiciário deve atuar politicamente com vistas a implementar os direitos sociais. Ao fazê-lo, o STF se coloca como a instância adequada para realizar as pretensões políticas da sociedade, as pretensões que não encontraram amparo nas instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Executivo e o Legislativo<sup>135</sup>. A implementação dos direitos dos cidadãos teria por lume a Constituição, e a sua implementação, porque determinada pelo legislador constituinte e, em última análise pelo próprio povo, justificaria a intervenção judicial.

Esta lógica, todavia, levanta alguns problemas. Muitos autores têm ressaltado a vagueza que caracteriza a legislação produzida nas últimas décadas (GARAPON, 1999, 40/41) (CAPPELLETTI, 1999, 42), legislação que muitas vezes traz expressões de conteúdo moral (MAUS, 2000, 190), em um texto aberto, que concede um campo amplo para a atuação

---

<sup>135</sup> Na realidade, o Supremo Tribunal Federal admite que o Judiciário, em um Estado de Bem-Estar Social, possa atuar politicamente, o que abre a qualquer juiz ou tribunal, e não apenas a cúpula do Judiciário, a capacidade de se pronunciar sobre matérias políticas, exercendo uma função atípica. Autores como ARANTES e KERCHÉ (1999, 36-37) criticam esta amplitude do controle político do Judiciário brasileiro e defendem que apenas o Supremo Tribunal Federal possa realizar o controle de constitucionalidade das normas.

dos intérpretes. Quando o Judiciário toma para si a tarefa de traduzir a vontade do constituinte, ele o faz complementando a vagueza do texto normativo e os conteúdos morais dele constante com os seus próprios valores. Assim, o Judiciário termina impondo aos demais Poderes a obediência a uma Constituição por ele interpretada.

Para **MAUS** (2000, 192) esta prática converte o Judiciário em um tutor do Estado e da sociedade e deixa transparecer uma vontade de domínio que termina por erodir a soberania popular. A Constituição deixa de ser um texto escrito para se tornar um texto corretamente interpretado pela única instância autorizada a tanto: os juízes e tribunais. **MAUS** (2000) coloca a questão nos termos seguintes, comparando as cortes de justiça a um monarca absoluto contemporâneo.

“(…) assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição ‘corretamente interpretada’, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição” (MAUS, 2000, 192)

Este domínio da política estatal pelo Judiciário, na opinião de **MAUS** (2000) é, em sua essência, antidemocrático. A autora recorda que *“a vinculação estrita do aparelho judicial do Estado (e do Executivo) à legislação, ressaltada por meio do inquestionável primado do Legislativo sobre os demais Poderes do Estado (...) tinha o sentido exclusivo de submeter esse aparato à vontade legislativa do povo”* (MAUS, 2000, 189). Os membros do Judiciário, como se sabe, não se submetem a eleições e, no entanto, terminam controlando, limitando, a vontade do legislador democraticamente eleito. **HABERMAS** (1997, 325), assim como **MAUS** (2000) acredita que o Judiciário não possui legitimidade democrática para substituir o legislador.

Em que pesem tais considerações, o Supremo Tribunal Federal terminou assumindo a tarefa de concretizar os direitos que o Legislativo e o Executivo deixaram de implementar. A Corte Suprema baseou sua decisão no texto constitucional, ou na sua leitura do texto constitucional, conforme a crítica de **MAUS** (2000, 192). Na visão do STF, a Constituição garantia direitos, e estes direitos não foram transportados para o mundo real pelos Poderes competentes para tanto. Assim, desamparado o cidadão pelas instâncias políticas, o Judiciário, por meio do Mandado de Injunção, vem ampará-lo, garantindo direitos e concretizando a democracia, na perspectiva de alguns autores, como **CAMPILONGO** (1994, 125) ou impondo decisões arbitrárias, erodindo a soberania popular, conforme outros teóricos, como é o caso de **MAUS** (2000, 183).

De uma forma ou de outra, na prática o Supremo Tribunal Federal utilizou a sua posição de última instância interpretativa da Constituição para interferir na seara política e neste processo, embora formalmente não tenha chegado a admitir, acabou por tocar na configuração da separação dos Poderes no Estado brasileiro. No tópico anterior ficou registrado que no conjunto de Mandados de Injunção julgados em 2007 (MIs 670, 708, 712 e 721), a partir dos quais a posição do STF sobre o tema foi modificada, muitos votos insistiram na idéia de que era possível o exercício de funções atípicas pelo Poder Judiciário quando a Constituição assim o autoriza e, diferentemente do que ocorreu no julgamento da Questão de Ordem do MI 107, considerou-se que o art. 5º LXXI da Carta Magna traz autorização neste sentido.

Por este raciocínio, as funções estatais são atribuídas a um ou outro Poder conforme a vontade do constituinte. O princípio da separação dos Poderes do Estado, portanto, seria aquele disposto na Constituição, e que não necessariamente possui os mesmos contornos aludidos por **MONTESQUIEU** (1997) no “Espírito das Leis”. Chegou-se a identificar,

inclusive, o comando do art. 5º, LXXI da Constituição Federal, que institui a ação de Mandado de Injunção, com a previsão de um controle, no sistema de freios e contrapesos, concedido ao Poder Judiciário para que este fiscalize as atividades reservadas ao Poder Legislativo<sup>136</sup>.

Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal passou a compreender o princípio da separação dos Poderes de forma fluida. A idéia de divisão das funções estatais entre três órgãos distintos foi mantida, assim como a previsão de um sistema de freios e contrapesos. A Corte Constitucional, todavia, passa a admitir uma maior liberdade na atribuição destas funções. Uma liberdade que de certa forma se impõe por força das novas tarefas que os Poderes políticos passam a ter no Estado Social. Assim, 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 Mandado de Injunção é porque o constituinte quis estabelecer o princípio da separação dos poderes no Brasil dotado desta característica.

Em resumo, pode-se afirmar, com alicerce nos argumentos extraídos dos votos proferidos nestes julgamentos, que a Corte Constitucional compreendia o referido princípio no ano de 1989 de forma mais rígida e obtusa, e que 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. Nesse sentido, a Corte entendeu que a criação de normas jurídicas nas ações de Mandado de Injunção não feria o princípio da separação dos Poderes, ao contrário, este tipo de atuação política do Poder

---

<sup>136</sup> Veja-se o voto do Ministro Carlos Britto no julgamento do MI 670, op. cit.pag. 131.

Judiciário compatibilizar-se-ia com o referido princípio, integrando o desenho que a Constituição Federal quis lhe dar.

A rígida separação entre os Poderes do Estado, quando não a própria manutenção do princípio nos Estados Modernos, é criticada por diversos autores. Conforme pontuado no início do capítulo, autores como **DALLARI** (1995, 186-187) e **BONAVIDES** (2010-2, 157-158) acreditam que a separação entre os Poderes do Estado é uma técnica ultrapassada e que compromete a ação do poder estatal. **HABERMAS** (1997, 236-237), na mesma linha, defende que *“O esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade, à medida que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos.”*<sup>137</sup> Também **GARAPON** (1999, 178) compartilha esta idéia, ressaltando que *“os poderes só podem manter o equilíbrio se partilharem as mesmas áreas”*.

A concepção acima referida, todavia, não autoriza, por si, o Poder Judiciário a exercer uma função legislativa típica, criando normas gerais e abstratas. Afinal, como pontuado anteriormente, restrições concernendo, por exemplo, à legitimidade democrática deste Poder para exercer semelhante função, poderia impedir a interpretação alcançada pela Corte Suprema. O que se quer pontuar é que mesmo diante da necessária fluidez do princípio da separação dos Poderes no Estado contemporâneo, salientada por diversos autores e encampada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos sob análise, a Corte poderia ter continuado a compreender o Mandado de Injunção como um instrumento voltado a declarar a mora dos Poderes competentes para editar a norma jurídica necessária a implementar os direitos constitucionais. Ao decidir que o Judiciário pode, no bojo destas ações, criar norma jurídica, o STF, mesmo diante da fluidez do princípio da separação dos Poderes nos Estados

---

<sup>137</sup> Ao defender este ponto de vista, o autor parece defender a possibilidade do Executivo desenvolver atividade normativa (HABERMAS, 1997, 236-237). No que concerne ao Judiciário o autor questiona a sua legitimidade democrática para substituir o legislador (HABERMAS, 1997, 325).

contemporâneos, operou uma escolha política. A Corte Suprema, frente ao espaço deixado vago pelos Poderes Legislativo e Executivo, escolheu atuar politicamente.

Assim, o Supremo Tribunal Federal criou a norma jurídica para viabilizar os direitos constitucionais pleiteados nos quatro mandados de injunção julgados em 2007 e que preconizaram a mudança de entendimento em discussão neste trabalho. Nos MIs 670, 708 e 712 a lei de greve dos trabalhadores em geral foi aplicada aos servidores públicos com eficácia *erga omnes*, o que aponta para a adoção da posição que os pesquisadores costumam denominar de ‘concretista geral’. Já no MI 721, a lei geral da previdência social foi aplicada aos servidores públicos civis, mas apenas aos impetrantes da ação, o que traduz a adoção da posição ‘concretista individual’.

Até este ponto, analisou-se a posição do Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos do Mandado de Injunção desde a criação do instituto, em 1988 até o ano de 2007, quando se operou uma mudança no entendimento vigente até então. É importante, contudo, esclarecer como o Tribunal Constitucional vem entendendo a questão a partir destes Mandados de Injunção. Afinal, o STF continua compatibilizando um princípio da separação dos poderes aberto e fluido com a sua atuação como legislador positivo nas ações de Mandado de Injunção? A Corte tem se inclinado para a posição ‘concretista geral’ ou para a posição ‘concretista individual’?

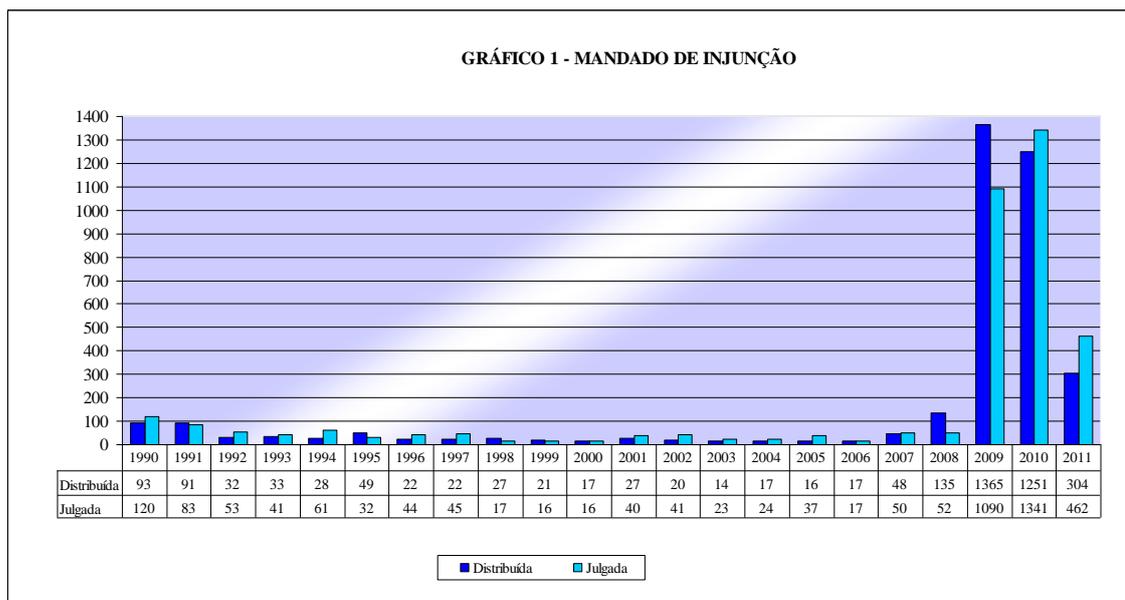
Para responder estes questionamentos é preciso observar os julgamentos das ações de Mandado de Injunção ocorridos após outubro de 2007, data em que foi concretizada a mudança de entendimento sobre os efeitos desta ação, quando foi concluído o julgamento dos MIs 670, 708 e 712.

Seguindo o mesmo procedimento utilizado na pesquisa para desvendar como se deu a mudança de entendimento da Corte, buscou-se os Mandados de Injunção julgados

procedentes pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a partir de novembro de 2007. Ocorre que, utilizando-se a expressão ‘Mandado de Injunção’ na pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do STF, chegou-se a um número irrisório de ações julgadas procedentes: apenas quatro mandados de injunção, todos versando sobre o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos e decididos no sentido de aplicar a lei geral de Previdência Social aos impetrantes, conforme o precedente do MI 721.

Um número tão pequeno de ações julgadas procedentes no Plenário não parecia adequado ao cenário inaugurado com os MIs 670, 708, 712 e 721. Afinal, o Supremo havia acabado de conceder efeitos concretos a uma ação constitucional pela qual seria possível tornar efetivos direitos, liberdades e prerrogativas deixados dormentes pela inação do Executivo e do Legislativo há mais de 18 anos. Era de se esperar que após esta mudança radical de posicionamento uma enxurrada de mandados de injunção fosse protocolizada no Tribunal.

Realmente, as estatísticas disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, apontam para um aumento significativo das distribuições e dos julgamentos das ações de Mandado de Injunção a partir de 2007, o ano em que o STF deu efetividade a este instrumento. O gráfico 01 com a tabela abaixo bem demonstram o fenômeno:



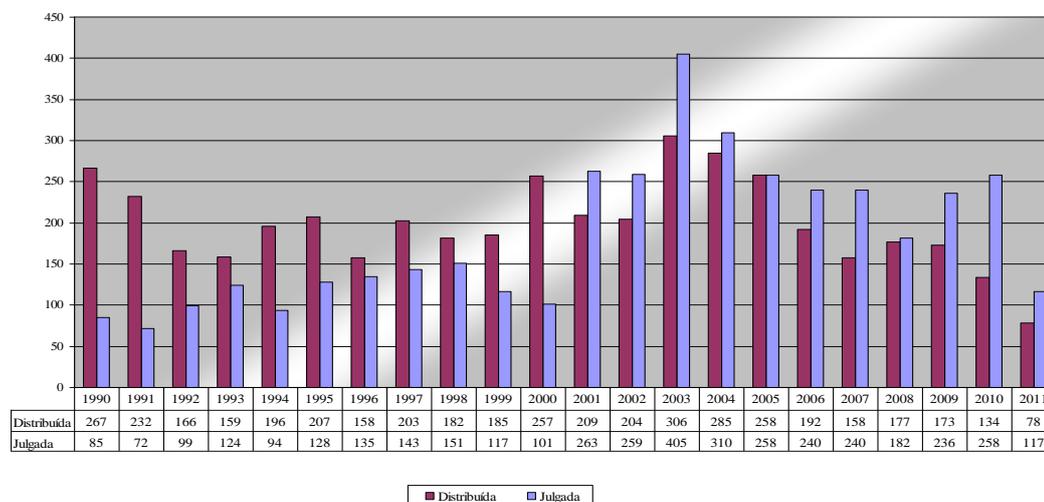
Fonte da Tabela: Portal de Informações Gerenciais do STF.

Dados de 2011 atualizados até 30 de abril

Percebe-se que o número de distribuições das ações de Mandado de Injunção subiu de forma significativa após o ano de 2007. O fenômeno, como dito, deve estar relacionado à referida mudança de entendimento do Tribunal, que concedeu efeitos concretos ao instituto, passando a atuar como legislador positivo nestas ações. Tanto é assim que não se observou o mesmo movimento em outras classes de ações. Veja-se, por exemplo, os gráficos 2 e 3 com as tabelas seguintes que demonstram o histórico de distribuições e julgamentos de duas outras classes de ações, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e os Mandados de Segurança<sup>138</sup>:

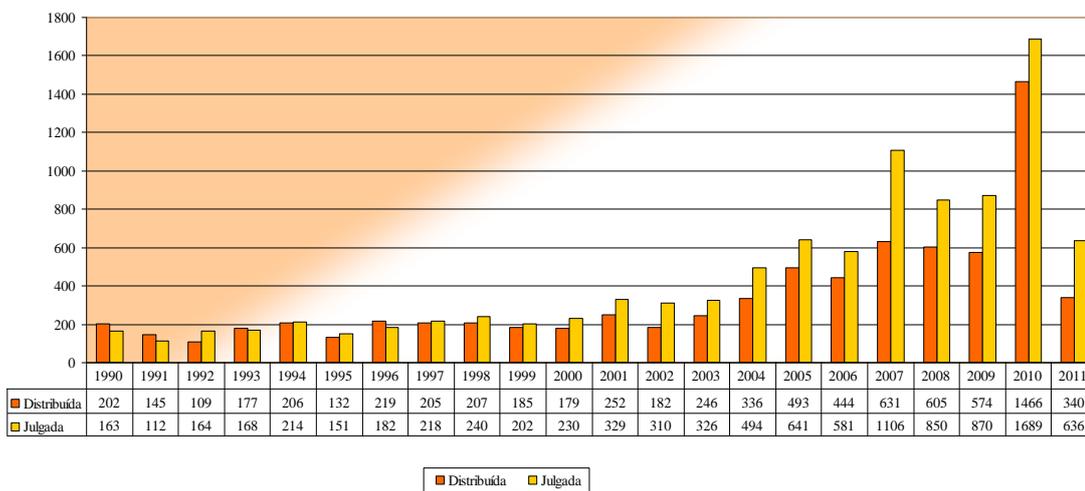
<sup>138</sup> A Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, referida em diversas oportunidades ao longo deste trabalho não foi incluída no estudo comparativo porque os dados a ela relacionados disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal somente cobrem os anos mais recentes (a partir de 2008).

**GRÁFICO 2 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**



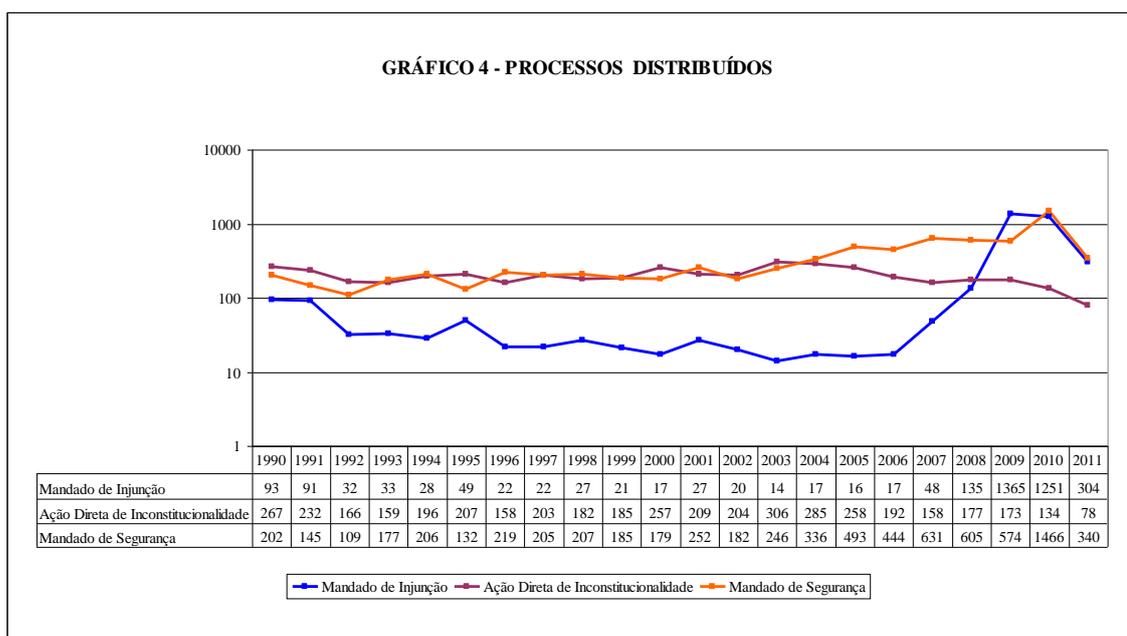
Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.  
 Dados de 2011 atualizados até 30 de abril

**GRÁFICO 3 - MANDADO DE SEGURANÇA**



Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.  
 Dados de 2011 atualizados até 30 de abril

Como é possível perceber nos gráficos 1, 2 e 3 acima, o número de ações de Mandado de Injunção teve um grande aumento a partir do ano de 2007, o que não ocorreu nas outras classes de ações. Embora seja possível observar um aumento no número de distribuições nas ações de Mandado de Segurança, por exemplo, este aumento não foi tão significativo. O gráfico 4 com a tabela abaixo ilustra a comparação entre as distribuições dos Mandados de Injunção, Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Mandados de Segurança no âmbito do Supremo Tribunal Federal e demonstra mais claramente como o aumento observado nas distribuições das ações de Mandado de Injunção é superior aquele observado nas outras classes de ações:



Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.  
 Dados de 2011 atualizados até 30 de abril

O grande aumento das ações de Mandado de Injunção precisamente a partir do ano em que o Tribunal modificou seu entendimento sobre os efeitos desta ação, qual seja, 2007,

somado ao fato de que tal aumento não se repete em outras classes de ações<sup>139</sup>, parece indicar que os fenômenos estão relacionados como causa e efeito. Mais do que isto, pode-se imaginar que a tendência apontada nos MIs 670, 708, 712 e 721, de tornar o Mandado de Injunção uma ação de efeitos concretos, por meio da qual o Judiciário, diante da omissão dos Poderes políticos, estaria autorizado a criar a norma jurídica para viabilizar a fruição dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, repetiu-se nos julgamentos seguintes. Afinal, se o STF tivesse retrocedido e voltado a compreender o princípio da separação dos Poderes do Estado da mesma forma conservadora que fazia nas ações de Mandado de Injunção julgadas antes de 2007, recusando-se a exercer função normativa, era de se esperar que o número de ações distribuídas reduzisse gradativamente, retornando a patamares similares àqueles observados de 1989 até 2007.

Não foi isso, contudo, o que aconteceu. Em 2008, 135 mandados de injunção foram distribuídos, em 2009 foram 1.365, em 2010 1.251 e até abril de 2011 foram 222. O número de julgamentos também cresceu na mesma proporção. Em 2008 foram 52 julgamentos, em 2009 1.090, em 2010 1.341 e até abril de 2011 foram 328. O número de ações distribuídas e julgadas cresceu de forma vertiginosa, o que deveria apontar para uma manutenção do posicionamento inaugurado nos MIs 670, 708, 712 e 721.

Onde, então, estariam os julgamentos que comprovariam tal ilação? O número irrisório de quatro mandados de injunção julgados procedentes pelo Plenário da Corte a partir de novembro de 2007 até abril de 2011, ou seja, um mês após o julgamento dos MIs 670, 708 e 712 até o presente ano, não parece suficiente para indicar a continuidade da aplicação da posição ‘concretista’.

---

<sup>139</sup> Refere-se à classes de ações significando tipos de ações, como, por exemplo, Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, entre outras.

Foi a leitura dos acórdãos e dos votos destes quatro mandados de injunção julgados procedentes conforme a pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do STF que esclareceu a questão. No MI 795, que discutia o direito à aposentadoria especial e foi julgado procedente na mesma linha do MI 721, aplicando-se os dispositivos da lei específica da Previdência Social que tratam do tema aos servidores públicos impetrantes, foi suscitada uma questão de ordem para que se autorizasse os relatores a decidir monocraticamente os casos similares, dispensando-se o Plenário de julgar ações de Mandado de Injunção em que se busca garantir o direito à aposentadoria especial previsto no art. 40, § 4º, da Constituição Federal. A referida autorização foi concedida e, em virtude disso, a imensa maioria dos mandados de injunção foram julgados monocraticamente.

Diante disso, buscou-se na mesma pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do STF, utilizando-se a mesma expressão ‘Mandado de Injunção’, as ações julgadas monocraticamente, entre novembro de 2007 e abril de 2011, procurando desvendar se o entendimento inaugurado nos MIs 670, 708, 712 e 721 persiste. Foram encontrados 1.064 resultados<sup>140</sup>, divididos conforme a tabela 1 abaixo:

<b>DECISÕES MONOCRÁTICAS DE AÇÕES DE MANDADO DE INJUNÇÃO</b> (julgadas entre novembro de 2007 e abril de 2011)		
<b>Direitos Requeridos</b>	<b>Procedência</b>	<b>Nega seguimento, julga extinto ou não conhece</b>
APOSENTADORIA ESPECIAL	403	185
OUTROS DIREITOS CONSTITUCIONAIS	-	41

**TABELA 1:** Decisões Monocráticas de Ações de Mandado de Injunção

---

<sup>140</sup> Estes 1.064 resultados incluem, além das decisões constantes da Tabela, despachos determinando diligências como, por exemplo, intimações, determinações para que as partes juntem documentos, entre outras providências saneadoras. Estes despachos foram afastados da pesquisa porque não traziam conteúdo decisório. Foram somente as decisões monocráticas que decidiam a ação de Mandado de Injunção, seja negando seguimento, julgando extinto ou não conhecendo, seja julgando procedente na hipótese excepcional da aposentadoria especial dos servidores públicos, que terminaram incluídas na pesquisa.

Como é possível perceber, dos 1.064 resultados, foram encontradas 629 decisões monocráticas decidindo ações de Mandado de Injunção. Destas, foram detectadas 403 decisões de procedência em ações de Mandado de Injunção, todas versando sobre aposentadoria especial do servidor público. Ao analisar cada uma destas decisões monocráticas de procedência, observou-se que todas elas determinavam a aplicação da Lei Geral de Previdência Social aos impetrantes. Não foi encontrada nenhuma decisão de procedência na qual o Ministro-Relator tivesse se recusado a criar a norma jurídica no bojo dessas ações.

As 04 decisões de procedência proferidas pelo Plenário da Corte somadas às 403 decisões de procedência proferidas monocraticamente, todas no sentido de criar a norma para o caso concreto, demonstram que o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a compatibilização do princípio da separação dos poderes com a atuação do Judiciário como legislador positivo nas ações de Mandado de Injunção permanece o mesmo desde o julgamento dos MIs 670, 708, 712 e 721.

O próprio fato de que o Plenário do STF, a partir do MI 795, autorizou os Ministros-Relatores a julgar monocraticamente as ações de Mandado de Injunção relacionadas à aposentadoria especial dos servidores públicos, demonstra a unanimidade do novo entendimento da Corte sobre os efeitos desta ação. Afinal, as decisões monocráticas, conforme o art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, são reservadas para os casos negativa de seguimento ao pedido ou ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou súmula do Tribunal. As decisões de procedência ou improcedência são de competência das turmas ou do Plenário da Casa. Assim, quando o Tribunal permitiu o afastamento da competência do Pleno para o julgamento das ações de Mandado de Injunção que versavam sobre a aposentadoria especial dos servidores

públicos, é porque a Corte tinha atingido tal grau de unanimidade em relação à matéria, que não mais se fazia necessário discutir o tema em Plenário.

Esta unanimidade pode ser evidenciada inclusive pela posição aderente que demonstraram os Ministros que tomaram posse após o julgamento dos MIs 670, 708, 712 e 721. Entre as decisões monocráticas de procedência apontadas pela pesquisa, algumas foram prolatadas pelos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, por exemplo, os quais foram empossados, respectivamente, em 23 de outubro de 2009 e 03 de março de 2011, e todas determinando a aplicação da Lei Geral de Previdência Social aos impetrantes.

Naturalmente, a unanimidade foi alcançada porque estas ações que discutem a aposentadoria especial dos servidores públicos utilizam como precedente o MI 721, o qual restringe os efeitos da sentença aos impetrantes. É que desde os julgamentos daquele grupo de MIs em 2007, ficou claro que o STF passou a compreender, de forma uníssona, que a atuação do Judiciário como legislador positivo nas ações de Mandado de Injunção não violava o princípio da separação dos poderes. A unanimidade, contudo, restringiu-se à hipótese na qual a criação normativa se dirigia apenas aos impetrantes da ação, como se deu no caso da aposentadoria especial dos servidores públicos, decidida no MI 721. O entendimento de que a regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional poderia se aplicar a toda e qualquer pessoa que pretendesse fruí-los não foi aceito com unanimidade, como se observou nos MIs 670, 708 e 712 que foram providos por maioria.

Como todas as ações de Mandado de Injunção julgadas procedentes desde então versaram sobre a mesma matéria objeto do precedente do MI 721, no qual a regulamentação do preceito constitucional pelo Judiciário somente se aplicava às partes processuais, o que se pode afirmar é que a unanimidade permanece em relação à aplicação da posição concretista individual, à compatibilidade deste entendimento com o princípio da separação dos Poderes.

Não foi encontrado nenhum outro Mandado de Injunção definitivamente julgado versando sobre outra matéria. As 41 decisões monocráticas que negavam seguimento ou não conheciam as ações de Mandado de Injunção que tinham por objeto outros direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais, impediram que estes temas chegassem ao Plenário, de sorte que não ficou evidenciado se o comportamento do STF em relação à aplicação da posição concretista geral, qual seja, a aceitação pela maioria do Pleno, se mantinha.

Pode-se concluir este tópico, portanto, afirmando que o Supremo Tribunal Federal, entende de forma uníssona que a criação normativa em ações de Mandado de Injunção não ofende o princípio da separação de poderes, princípio este interpretado pela Corte como uma divisão fluida de atribuições, conforme ficou assentados nos MIs 670, 708, 712 e 721. A unanimidade em relação à posição concretista individual, que restringe a criação normativa do Poder Judiciário às partes processuais, também permanece sendo aplicada de forma unânime, como ocorreu no MI 721. No que toca à posição concretista geral, a pesquisa empreendida não localizou dados que pudessem esclarecer se a maioria da Corte ainda a aceita em determinados casos, como aceitou nos MIs 670, 708 e 712.

Assim, esclarecidas as questões que se pretendia responder neste trabalho, passa-se, no tópico seguinte, a fazer algumas considerações finais sobre o tema, sugerindo algumas respostas que podem explicar a timidez inicial da Corte, evidenciada no julgamento da Questão de Ordem do MI 107 e a mudança de entendimento consolidada no ano de 2007.

## **7.2 Como explicar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção em 1989 e em 2007.**

No ano de 1989 o Supremo Tribunal Federal recusou-se a criar normas jurídicas no bojo das ações de Mandado de Injunção. Ao negar o exercício de atividades políticas ao Poder Judiciário, a Corte Suprema parece apregoar, após quase três séculos de mudanças

significativas no Estado e na sociedade, as mesmas idéias defendidas por **MONTESQUIEU** (1997, 203), que via este Poder como “*invisível e nulo*”.

O Judiciário brasileiro não quis interferir na seara política, expandindo seus Poderes. Não quis se colocar na posição de tutor dos demais Poderes, de garantidor do bom funcionamento do Estado e das políticas estatais, ao menos segundo a sua perspectiva. A Constituição de 1988 não foi utilizada pelo Judiciário, única instância capaz de lhe desvendar o significado, como um instrumento de domínio do Estado e da sociedade, nos moldes preconizados por **MAUS** (2000). Mas afinal, por que a Corte Suprema optou por este caminho mais estreito no ano de 1989 e, principalmente, por que, quase duas décadas depois, decidiu tomar uma via diametralmente oposta?

Já vimos no Capítulo Terceiro que, conforme o pensamento de **TATE** (1995, 33), a judicialização da política pressupõe uma combinação de condições institucionais com a propensão do julgador para o ativismo.

As condições institucionais sugeridas pelo autor são as seguintes: democracia, separação de poderes, direitos individuais, uso dos tribunais por grupos de interesse e pela oposição, inefetividade das instituições majoritárias, percepção de descrédito quanto às instituições políticas e delegação das instituições políticas majoritárias, que se recusam a enfrentar certos assuntos controversos.

Embora **CARVALHO** (2004) tenha apontado que quase todas as condições aludidas por **TATE** estejam presentes no Brasil, o que forneceria um cenário institucional favorável à judicialização da política no país, é preciso ter em vista que o seu estudo remonta ao ano de 2004, 16 anos após a promulgação da Constituição de 1988 e 15 anos após o julgamento da Questão de Ordem no MI 107.

No ano de 1989, data do julgamento em referência, o país ainda engatinhava no processo de restauração da democracia. A redemocratização que teve início no ano de 1984, com a eleição de Tancredino Neves pelo Colégio Eleitoral somente foi concluída em 1985, com a posse do Presidente José Sarney. E, mesmo assim, a conclusão foi apenas parcial, pois as eleições diretas para a Presidência da República somente se realizariam em 1990.

**CAMPILONGO** (1994, 118) explica que foi precisamente neste contexto de transição para a democracia e, mais fortemente, após a promulgação da Constituição de 1988 que o Judiciário brasileiro passa a discutir suas funções. Mas o faz de forma lenta e gradual, acompanhando o amadurecimento político do novo regime. **VIANNA** et al (1999, 42), na mesma linha, constata que nos primeiros anos após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988 o Judiciário evitou interferir politicamente.

A redemocratização do país não se fez por meio de um movimento revolucionário, que solapou as antigas instituições construindo novas para substituí-las. As mudanças institucionais existiram, mas foram graduais. As instituições presentes durante o Regime Militar não se evaporaram no dia seguinte à posse do Presidente José Sarney. Elas foram preservadas naquilo que não se chocava com o novo regime democrático. Assim, não se pode falar em um momento no qual se estabeleceu definitivamente a democracia no Brasil, mas em um processo contínuo e gradual.

Pode-se supor, portanto, que em 1989 as condições institucionais aludidas por **TATE** (1995) ainda não estivessem suficientemente arraigadas no Estado brasileiro. A *democracia*, por exemplo, talvez ainda não tivesse atingido um grau de desenvolvimento tal que permitisse a prática da judicialização. Da mesma forma, a noção do que significava a *separação dos poderes do Estado* possivelmente ainda estava marcada pelo agigantamento do Executivo, tão comum nos regimes ditatoriais. Também é de se imaginar que os cidadãos apenas começavam

a tomar consciência dos *direitos individuais* prodigamente distribuídos pela Constituição de 1988. Os *grupos de interesse*, por sua vez, somente tiveram o impulso satisfatório para se organizarem após a publicação do novo texto constitucional, que garantiu a liberdade de associação independentemente de autorização do Estado<sup>141</sup>. Assim, decorrido somente um ano da promulgação da Carta Magna, é de se imaginar que o uso dos Tribunais por estes grupos ainda fosse incipiente.

No que toca as demais condições institucionais, quais sejam, *inefetividade das instituições majoritárias*, *percepção de descrédito quanto às instituições políticas* e *delegação das instituições políticas majoritárias*, que se recusam a enfrentar certos assuntos controversos, ainda era muito cedo para apontá-las em 1989. A inefetividade de uma instituição, o descrédito que isto provoca na população e a percepção de que esta instituição deixa de enfrentar um assunto específico somente são percebidos depois de certo espaço de tempo<sup>142</sup>.

Demais disso, é importante ter em vista que o processo de redemocratização traz consigo a expectativa da realização da vontade do povo. E quem poderia melhor externar a vontade do povo do que seus representantes eleitos? Grandes esperanças eram depositadas no Poder Legislativo. Por ser este órgão um espelho da sociedade, esperava-se que ele garantisse os direitos e liberdades próprios de um governo do povo e para o povo. A proeminência do Poder Legislativo após a redemocratização experimentada em muitos Estados nas décadas de

---

<sup>141</sup> “Art.5º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar” e “Art. 5º, XVIII - XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”

<sup>142</sup> Veja-se, por exemplo, que em 1989, no julgamento da Questão de Ordem do MI 107, o Ministro Moreira Alves, relator do processo, pontuou que, notificados da mora, os Poderes competentes para editar o regulamento faltante certamente se desincumbiriam do seu encargo, o que terminou não ocorrendo em algumas matérias.

1980 e 1990 é sugerida por **VIANNA** (1996). Proeminência esta que decorre da valorização da vontade popular e da reconquista do direito de voto pela população brasileira.

Neste contexto, é difícil imaginar que o Poder Judiciário, cujos representantes não são eleitos, não possuindo, portanto, legitimidade democrática, pudesse tomar para si uma função de cunho político tão acentuado, que é a função de criar as normas jurídicas. Em 1989, transcorrido tão pouco tempo desde a redemocratização, é de se imaginar que as promessas de um governo democrático, capaz de suprir as necessidades da população e assegurar o gozo dos direitos não apenas individuais, mas também sociais, ainda não se tivessem frustrado. Ou pelo menos, ainda não havia passado tempo suficiente para as pessoas tomarem consciência da incapacidade dos poderes políticos de entregar ao povo os direitos que lhe foram prometidos. Assim, tem-se mais uma justificativa para a atitude conservadora do STF demonstrada no julgamento da Questão de Ordem do MI 107.

Foi apenas com o passar dos anos que esta incapacidade se revelou por completo. Cumpre recordar que, conforme pontuado por **VIANNA** et al (1999) e **CAPPELLETTI** (1999), a judicialização está intimamente relacionada com a inabilidade, ou mesmo impossibilidade, dos poderes políticos assegurarem o exercício dos direitos sociais à população. Inabilidade esta que não poderia ser constatada em tão pouco tempo após a redemocratização e apenas um ano depois da promulgação da Constituição de 1988. O mesmo pode ser dito se adotarmos a posição defendida **GARAPON** (1999). O desencanto da população com a democracia real e mesmo com o ideal democrático é uma construção gradual. Até mesmo se tomarmos por lume a crítica de **MAUS** (2000), de que o Judiciário utiliza-se do aparato normativo, e especialmente da Constituição, para firmar uma posição de poder e colocar-se acima de qualquer espécie de controle, veremos que somente após a promulgação de uma nova Carta Constitucional, gestada em um regime democrático, seria

possível iniciar a discussão sobre este redesenho institucional. Como visto alguns parágrafos acima, isto é precisamente o que defende **CAMPILONGO** (1994, 118).

Esta opção pela não interferência do Judiciário em questões políticas no momento histórico em discussão, quando o STF julgou a Questão de Ordem do MI 107, é sugerida por **CARVALHO** (2004, 120). O autor explica que entre os anos de 1980 e 1990 o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura de não interferência, o que seria comum em países que transitaram do autoritarismo para a democracia:

*“Esse comportamento de cautela não é exclusivo do Brasil. Países que passaram do autoritarismo para a democracia, como Espanha e Portugal, também tiveram experiência semelhante. Antônio Araújo (1997) denominou este fenômeno de ‘prudencialismo’, citando Llorent, que defendeu que o Tribunal Constitucional Espanhol deveria adotar uma postura cautelosa (self-restraint) nos momentos iniciais da transição democrática, afastando-se progressivamente dela na medida em que o regime democrático se consolidasse. Em conclusão parecida, Canotilho afirmou que nos primeiros seis anos de funcionamento do Tribunal Constitucional Português ‘a jurisprudência constitucional conseguiu traçar uma linha média, de concordância prática, com soluções equilibradas e exequíveis, mesmo se nem todas aplaudir’”. (CARVALHO, 2004, 120)*

Também é importante ter em vista que a judicialização é um fenômeno que não depende apenas de condições institucionais favoráveis. **TATE** (1995, 33) explica que mesmo diante de todas as condições facilitadoras, a judicialização somente se perfaz se os juízes assim quiserem. Diz o autor que em um Estado que congrega todas as condições institucionais por ele elencadas, a judicialização vai ocorrer apenas se os juízes decidirem que devem participar da criação das políticas ou substituir as políticas criadas pelos Poderes competentes.

Entre os Ministros que compunham o STF em 1989, seis foram nomeados durante o regime militar e cinco durante o regime democrático. Veja-se a seguir tabela 2 que ilustra a data de posse dos Ministros que integravam o Tribunal no julgamento da Questão de Ordem do MI 107 e o Presidente que os nomeou:

<b>RELAÇÃO DOS MINISTROS INTEGRANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ÉPOCA DO JULGAMENTO DA QUESTÃO DE ORDEM DO MI 107, COM ANO DA POSSE E NOME DO PRESIDENTE QUE OS NOMEOU</b>		
<b>NOME</b>	<b>ANO</b>	<b>PRESIDENTE</b>
Moreira Alves	1975	Ernesto Geisel
Neri da Silveira	1981	João Figueiredo
Aldir Passarinho	1982	João Figueiredo
Francisco Rezek	1983	João Figueiredo
Sydney Sanches	1984	João Figueiredo
Octavio Gallotti	1984	João Figueiredo
Carlos Madeira	1985	José Sarney
Célio Borja	1986	José Sarney
Paulo Brossard	1989	José Sarney
Sepúlveda Pertence	1989	José Sarney
Celso de Mello	1989	José Sarney

**TABELA 2:** Relação dos Ministros integrantes do STF com ano da posse e nome do Presidente que os nomeou.

A maioria dos Ministros que integrava o Tribunal naquele ano tinha assumido suas funções no regime anterior, quando não existiam condições institucionais favoráveis para que cogitassem da prática do ativismo judicial, restrição típica das ditaduras<sup>143</sup>. Assim, estes julgadores, atuando em um regime ditatorial, se acostumaram a exercer seus misteres sem cogitar tomar decisões de cunho político, prática que dificilmente se modificaria em curto espaço de tempo, conforme constatado por **CARVALHO** (2004, 120). Por outro lado, os Ministros nomeados durante o regime democrático assumiram seus cargos no STF em um

---

<sup>143</sup> “(...) it seems very unlikely that one will encounter the judicialization of politics outside democratic polities” (TATE, 1995, 28).

período de transição, especialmente aqueles que tomaram posse nos anos de 1985 e 1986, tendo passado a integrar um Tribunal acostumado a atuar no regime ditatorial.

Cumprе ressaltar que os juízes integram uma categoria profissional extremamente conservadora e avessa a mudanças, de modo que a decisão de adotar uma postura direcionada à judicialização depende de fatores bastante singulares, fenômenos sociais que os impulsionem a isto. É o que defende **CAPPELLETTI** (1999, 34-35), por exemplo, como se observa do trecho da sua obra abaixo relacionado:

*“se existe uma categoria que, praticamente em todos os países, tudo seja, menos revolucionária, esta é exatamente a magistratura, especialmente a dos tribunais superiores (...) os juízes profissionais tendem a ser ‘naturaliter’ conservadores, quietos e respeitosos da lei, são também ‘naturaliter’ contrários a evoluções que tendam a por em evidência e exaltar o elemento voluntarístico das suas decisões, colocando em perigo a mística da sua objetividade e neutralidade.”*

Para o autor, conforme explicitado ao longo desta obra, foi o *welfare state* e o novo conjunto de direitos por ele assegurado que forçaram o Judiciário, ou pelo menos uma parte dos juízes e Tribunais, a abandonar a “*concha protetora do formalismo*” e adotar uma postura política ativa.

Ora, conforme pincelado neste tópico, um Estado que se redemocratizara recentemente e cuja Carta de Direitos, estatuto jurídico maior do Estado brasileiro e marco político da opção por um Estado Social, ainda nem havia completado um ano, não tinha suficientemente claras as condições institucionais favoráveis à judicialização aludidas por **TATE** (1995, 28-32). Ainda não se evidenciara em 1989 estas condições, capazes de direcionar uma classe conservadora de homens, como é a dos magistrados, a adotar uma postura politicamente relevante, a aceitar o encargo de criar normas jurídicas, encargo diverso e certamente menos seguro do que a mera aplicação do caso à norma pré-existente. E isto vale tanto diante de um Judiciário que toma para si tal encargo para efetivar os direitos não implementados pelos

Poderes Legislativo e Executivo (CAPPELLETTI, 1999) (VIANNA et all, 1999), quanto frente a um Judiciário que o faz para impor sua posição de domínio sobre o Estado e a sociedade (MAUS, 2000). Seja qual for o móvel dos juízes ativistas para interferir politicamente, é necessário que o Estado disponha de condições institucionais favoráveis para tanto.

É importante recordar que a decisão proferida na Questão de Ordem do MI 107 foi unânime. Nenhum dos integrantes da Corte defendeu a proeminência política do Poder Judiciário. Os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Ilmar Galvão, partidários da criação da norma jurídica pelo Judiciário nas ações de Mandado de Injunção, somente tomaram posse no Supremo Tribunal Federal, em meados de 1990, os dois primeiros, e em meados de 1991, o último. Nomeados no regime democrático e na vigência da Carta Política de 1988, decorridos já alguns anos da redemocratização, as condições institucionais favoráveis podiam ser mais facilmente visualizadas por eles. O processo de rediscussão das funções do Judiciário já havia sido engatilhado e tinha se acentuado com a promulgação da nova Carta Política (CAMPILONGO, 1994, 118). Além disso, conforme aduzido por VIANNA et all (1999, 42) foi exatamente no curso dos anos 90 que a judicialização da política tornou-se uma realidade no Brasil.

Em 2007, quando o STF de forma uníssona passou a compreender a questão de forma diversa, tempo suficiente se passara para firmar a prática da democracia, consolidar o princípio da separação de poderes e o respeito aos direitos individuais, tornar usual o uso dos tribunais por grupos de interesse e pela oposição, ressaltar a inefetividade das instituições majoritárias e a percepção de descrédito quanto às instituições políticas e evidenciar a delegação das instituições políticas majoritárias, que se recusam a enfrentar certos assuntos controversos, consolidando as condições institucionais aludidas por TATE (1995, 28-32).

Assim, no ano de 2007, as condições institucionais favoráveis ao fenômeno da judicialização já estavam presentes no país, como antecipava **CARVALHO** (2004, 120-121) em estudo publicado no ano de 2004. O Brasil contava com terreno fértil para o florescimento do fenômeno da judicialização da política, dependendo para sua concretização apenas da vontade dos juízes, da manifestação pessoal dos magistrados ao ativismo, o que terminou por se configurar no Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos MIs 670, 708, 712 e 721 naquele ano, quando a Corte contava com quase a totalidade dos membros renovados desde o julgamento da Questão de ordem do MI 107<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> Apenas o Ministro Celso de Mello e o Ministro Sepúlveda pertence integravam o Tribunal em 1989 e em 2007.

## 8. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou desvendar qual era a posição do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos da sentença do Mandado de Injunção e como esta posição se modificou ao longo dos anos, além de esclarecer como o princípio da separação dos poderes foi tratado nesse processo.

Da leitura dos documentos estudados concluiu-se que, desde o ano de 1989, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o Mandado de Injunção é uma ação por meio da qual o Poder Judiciário reconhece a mora dos Poderes competentes para editar a norma viabilizadora dos direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais, notificando-os para que se desincumbam de seus misteres. O STF rejeitou a possibilidade de, no bojo dessa ação, editar a norma regulamentadora do preceito constitucional. Concluiu-se que o STF enxergava o princípio da separação de poderes como uma divisão rígida das funções estatais, que reservava ao Poder Judiciário a atividade judicial. O exercício de funções atípicas por este Poder devia ser expressamente autorizado pela Constituição Federal e não poderia envolver atividades de natureza política.

O entendimento referido foi completamente modificado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no ano de 2007, quando a Corte passou a compreender o Mandado de Injunção como a ação constitucional por meio da qual o Poder Judiciário, constatada a ausência da norma regulamentadora de preceito constitucional, cria o regulamento que será aplicado ao caso concreto ou a todos os casos similares, possibilitando a fruição dos direitos, liberdades e prerrogativas previstos na Constituição Federal. A Corte Constitucional estabeleceu que o princípio da separação de poderes não se caracteriza por uma divisão rígida de atribuições. Cada Constituição divide as funções estatais entre os três Poderes de forma a

possibilitar um melhor desempenho do Estado no cumprimento de seus desideratos. O STF considerou que em um Estado Social o Poder Judiciário não só pode como deve exercer funções de natureza política.

Vê-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal modificou, ao longo dos anos, não apenas o seu entendimento sobre os efeitos da sentença de Mandado de Injunção, mas também a sua compreensão a respeito do princípio da separação dos poderes, passando a enxergá-lo de forma mais fluida, percebendo-o menos como um dogma e mais como um instrumento de realização das funções estatais. Assim, acabou por admitir a atuação política do Poder Judiciário, alargando consideravelmente o seu âmbito de atuação.

O que se observou nas ações de Mandado de Injunção julgadas pelo Supremo Tribunal Federal pode ser identificado como uma transferência do poder de decisão do Legislativo e do Executivo para as Cortes Judiciais, fenômeno a que **VALLINDER** denomina de judicialização da política.

O Poder Judiciário brasileiro, por meio de sua Corte Constitucional, passou a atuar politicamente no bojo das ações de Mandado de Injunção, tomando parte no movimento de expansão das funções do Judiciário que tem sido observado pelos estudiosos em diversos países, conforme demonstrado ao longo do trabalho.

Quando o Supremo Tribunal Federal decidiu dar efeitos concretos ao Mandado de Injunção ele passou a criar a política a ser aplicada às situações que lhe foram apresentadas, atitude esta que, no esquema clássico da separação dos poderes, caberia ao Poder Legislativo. Como visto, o Tribunal considerou que o princípio referido não deveria ser visto com a rigidez de outrora, mas de forma mais aberta e fluida, para permitir que o Estado mais facilmente pudesse se desincumbir de seus desideratos.

Entretanto, admitir uma maior fluidez no exercício das funções estatais não deságua necessariamente em uma atuação do Judiciário como legislador positivo. O problema foi apontado por **HABERMAS** (1997) que, apesar de ver com naturalidade a superação do esquema clássico da separação dos poderes, questiona se o Poder Judiciário possui legitimidade para substituir o legislador democrático. **MAUS** (2000) acredita que não, pois se correria o risco de eliminar os procedimentos próprios para a construção da política de consenso, o que poderia levar ao cerceamento da soberania popular por meio do domínio do Estado pelo Poder Judiciário. Também **GARAPON** (1999) milita neste sentido, sob o argumento de que o movimento de expansão das funções do Judiciário para a arena política implodiria a dimensão coletiva que caracteriza a política, desestimulando a solidariedade social e premiando o individualismo.

O voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, nesta parte seguido pelos demais Ministros, justificou a atuação da Corte como legislador positivo aludindo às teorias que defendem que, em um Estado Provedor, o Judiciário termina atuando para implementar as políticas que os Poderes Executivo e Legislativo deixaram de concretizar.

De acordo com a teoria defendida pelos Ministros do STF, em um Estado com estas características, o Executivo e o Legislativo têm seu âmbito de atuação expandido e enfrentam dificuldades em se desincumbir de suas novas funções, o que termina forçando o Poder Judiciário a substituir-se aos Poderes Políticos visando garantir os direitos que deixaram de ser implementados por aqueles.

Ocorre que, mesmo diante deste esquema, a judicialização da política não pode ser vista como um fato certo e necessário. Nesse sentido, **CAPPELLETTI** (1999) explica que no Estado Social o juiz tem a opção de permanecer restrito à concepção tradicional dos limites da função jurisdicional, ou crescer na mesma medida dos demais Poderes, tornando-se “o

*terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”* (p.47). Assim, mesmo que se admita a teoria do Estado Social, propugnada pelos Ministros da Corte, é preciso ter em vista que um fator importante para a mudança de entendimento do Tribunal em relação à matéria foi a propensão dos Ministros, ao menos no caso estudado, para o ativismo judicial.

Percebe-se, todavia, que esta propensão ao ativismo na classe de ações estudadas só emerge no ano de 2007. Antes desta data, o Supremo Tribunal Federal repelia o exercício de funções políticas nas ações de Mandado de Injunção e se mantinha restrito a sua tradicional esfera de atribuições. Para a judicialização da política não basta a propensão do julgador para o ativismo, sendo também fundamental a presença de uma série de condições institucionais. O presente trabalho sugere que tais condições institucionais ainda não estavam presentes no Brasil em 1989, quando o Supremo firmou seu entendimento de que o Mandado de Injunção não poderia ter efeitos concretos. A consolidação democrática no país ainda não se mostrava perfeitamente estabelecida no ano de 1989, assim como outras condições institucionais, como a separação dos poderes, os direitos individuais e os dos grupos de interesse. Além disso, ainda era muito cedo para apontar em 1989, decorridos somente quatro anos da redemocratização e apenas um ano depois da promulgação da Constituição de 1988, as demais condições institucionais, como a inefetividade das instituições majoritárias, a percepção de descrédito quanto às instituições políticas e a delegação das instituições políticas majoritárias, que se recusavam a enfrentar certos assuntos controversos.

Também é sugerido no trabalho que a renovação física dos juízes da Corte Constitucional pode ser identificada como um dos fatores capazes de explicar a mudança de entendimento do STF sobre o tema, como parte da importância reservada ao intérprete, que se faz sentir quando da propensão do julgador para o ativismo judicial. Ora, tendo os membros

do Supremo Tribunal Federal sofrido uma renovação quase que completa desde a decisão proferida na Questão de Ordem do MI 107 até a mudança de entendimento sobre o tema, no ano de 2007, pode-se identificar no caso uma possível influência da propensão dos novos Ministros do Tribunal para o ativismo judicial.

Por fim, importa ressaltar que, conforme se percebe dos dados colhidos, esta mudança de entendimento evidenciou uma transferência dos julgamentos de parte destas ações do Plenário para o Relator do processo, que passou a decidir monocraticamente pela procedência, quando for o caso, dos Mandados de Injunção relacionados ao direito à aposentadoria especial do servidor público, o que demonstra quão pacífica se tornou no Supremo Tribunal Federal a percepção de que o Judiciário poderia atuar politicamente nesta classe de ações.

Ao mesmo tempo, percebeu-se um aumento significativo do número de ações de Mandado de Injunção distribuídas no Supremo Tribunal Federal, fato que atesta a percepção positiva dos cidadãos a respeito da nova interpretação dada ao instituto, que o dotou de efetividade e o converteu em instrumento de proteção dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais.

O que a pesquisa demonstra a partir das ações estudadas é que, na visão do Supremo Tribunal Federal, a Constituição garantia direitos que não eram implementados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, o Judiciário sentiu-se autorizado a atuar positivamente nas ações de Mandado de Injunção, com vistas a garantir os direitos sociais, realizando a Constituição. Realmente, o Estado brasileiro elenca uma série de direitos na Constituição e se propõe a implementá-los. Ao falhar nesta missão, os cidadãos vêm-se desprotegidos, impossibilitados de gozar os direitos que dependem de uma prestação positiva estatal. Neste quadro, embora o Judiciário não seja o Poder mais adequado para implementar os direitos constitucionais, ele termina surgindo para os cidadãos como a única via possível, a única

instância acessível, capaz de trazer da teoria para a prática os direitos que lhes foram concedidos.

O trabalho demonstrou, contudo, que esta posição de que a expansão do Judiciário para o campo político presta-se a garantir direitos e concretizar a democracia não repousa pacificamente. Também há quem defenda o contrário, por acreditar que tal movimento levará à erosão da soberania popular.

De uma forma ou de outra, na prática, o Supremo Tribunal Federal utilizou a sua posição de última instância interpretativa da Constituição, a posição de poder a que alude MAUS (2000), para interferir na seara política e neste processo, embora formalmente não tenha chegado a admitir, acabou por tocar na configuração da separação dos Poderes no Estado brasileiro, admitindo a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo no bojo das ações de Mandado de Injunção.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ARANTES**, Rogério Bastos. *“Judiciário e Política no Brasil”*. São Paulo: Idesp: Editora Sumaré: Fapesp: Educ, 1997.

**ARANTES**, Rogério Bastos e **KERCHE**, Fábio. “Judiciário e Democracia no Brasil” *Novos Estudos Cebrap*, 1999, nº 54, p. 27-41.

**BASTOS**, Celso. *“Curso de Direito Constitucional”*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

**BARBI**, Celso Agrícola. “Mandado de Injunção”, in: **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo. *“Mandados de Segurança e de Injunção”*. São Paulo: Saraiva, 1990.

**BONAVIDES**, Paulo. *“Teoria Geral do Estado”*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

**BONAVIDES**, Paulo. *“Ciência Política”*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

**CAMPILONGO**, Celso Fernandes. “O Judiciário e a Democracia no Brasil”. *Revista USP*, 1994, nº 21, p. 116-125.

**CAPPELLETTI**, Mauro. *“Juízes Legisladores?”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

**CARTER**, Guiendolen M. e **HERZ** John H. *“Governo e Política no Século Vinte”*. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Fundo de Cultura Brasil, 1963.

**CARVALHO**, Ernani Rodrigues de. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. *Revista de Sociologia Política*, 2004, n° 23, p.115-126.

**CARVALHO**, Ernani Rodrigues de. “Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento”. *Revista de Sociologia Política (on line)*, 2007, n° 28, p. 161-179.

**CASTRO**, Marcus Faro de. “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 1997, vol.12, n°. 34, p.147-156.

**CINTRA**, Antônio Carlos de Araújo, **GRINOVER**, Ada Pellegrini e **DINAMARCO**, Cândido Rangel. “*Teoria Geral do Processo*” 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

**CITTADINO**, Gisele. “*Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes*”, 2003. In: **VIANNA**, Luiz Werneck (org). “*A Democracia e os Três Poderes no Brasil*” Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

**CRETELLA JÚNIOR**, José. “*Os Writs na Constituição de 1988: Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular*”. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

**CUNHA JÚNIOR** Dirley da. “*Curso de Direito Constitucional*”. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

**DALLARI**, Dalmo de Abreu. “*Elementos de Teoria Geral do Estado*”. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

**DANTAS**, Ivo. “*Mandado de Injunção – guia teórico e prático*”. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

**EISENBERG**, José. “*Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política*”, 2003. In: **VIANNA**, Luiz Werneck (org). “*A Democracia e os Três Poderes no Brasil*” Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

**FEREJOHN**, John. “Judicializando a Política, Politizando o Direito”. In: <http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/05julho/ferejohn.pdf>, 2005

**FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. “*Curso de Direito Constitucional*”. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

**GARAPON**, Antoine. “*O juiz e a democracia: o guardião de promessas*” Rio de Janeiro: Revan, 1999.

**HABERMAS**, Jürgen. “*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*”. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

**HOBBS**, Thomas. “*Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*”.

São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.

**LAFON**, Jacqueline Lucienne. “France”, 1995 in: VALLINDER, Torbjorn & TATE, Neal.

“*The Global Expansion of Judicial Power*”. New York: New York University Press, 1995.

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

**MACIEL**, Débora Alves e **KOERNER**, Andrei. “*Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises*”. Lua Nova, 57, 2002, p. 113-133.

**MAQUIAVEL**, Niccolo. “*O Príncipe*”. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

**MAUS**, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade – O Papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Orfã” *Novos Estudos Cebrap*, 2000, nº 58, p. 183-202.

**MEIRELLES**, Hely Lopes. “*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*” 23ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

**MONTESQUIEU**. “*Do Espírito das Leis*”. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

**MORAES**, Alexandre de. “*Direito Constitucional*”, 12ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

**MOTTA**, Luiz Eduardo. “Acesso à Justiça, Cidadania e Judicialização no Brasil”. Revista de Ciência Política, número 36, julho/agosto 2007.  
[http://www.achegas.net/numero/36/eduardo\\_36.pdf](http://www.achegas.net/numero/36/eduardo_36.pdf)

**O’DONNEL**, Guillermo. “Accountability Horizontal e Novas Poliarquias” *Lua Nova*, 1998, n° 44, p. 27-54.

**OLIVEIRA**, Francisco Antônio de. “*Mandado de Injunção: da Inconstitucionalidade por Omissão*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

**OLIVEIRA**, Vanessa Elias. “Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?”, Revista de Ciências Sociais, Vol. 48, n° 3, pp. 559 a 587, 2005.

**OLSON**, Mancur. “*A lógica da ação coletiva: bens públicos e teoria dos grupos*”. São Paulo: Edusp, 1999.

**PALERMO**, Fernanda Kellner de Oliveira. “Instrumentos Processuais de Garantia e Direito Comparado, 2007, in: **CRUZ**, Alexandre. “Ações Constitucionais – Mandado de Segurança, Habeas Data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus e outros instrumentos de garantia”. Campinas: Millenium Editora, 2007.

**PFEIFFER**, Roberto Augusto Castellanos. “*Mandado de Injunção*”. São Paulo: Atlas, 1999.

**PIOVESAN**, Flávia, C. “*Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*”. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

**REALE**, Miguel. “Obras Políticas: 1ª fase – 1931/1937”. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

**ROUSSEAU**, Jean-Jacques. “*Do Contrato Social*”. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

**SHAPIRO**, Martin. “The United States”, 2005 in: VALLINDER, Torbjorn & TATE, Neal, “*The Global Expansion of Judicial Power*”. New York: New York University Press, 1995

**SIDOU**, José Maria Othon. “Dicionário Jurídico” 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

**SIDOU**, José Maria Othon. “*Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*”. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

**SILVA**, José Afonso da. “*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*” 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

**SILVA**, José Afonso da. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

**SUNKIN**, Maurice. “The United Kingdom”, 1995 in: **VALLINDER**, Torbjorn & **TATE**, Neal. “*The Global Expansion of Judicial Power*”. New York: New York University Press, 1995.

**TATE**, Neal. “Why the Expansion of Judicial Power?”, 1995, in: **VALLINDER**, Torbjorn & **TATE**, Neal. “*The Global Expansion of Judicial Power*”. New York: New York University Press, 1995.

**TATE**, C. Neal e **VALLINDER**, Torbjorn. “The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics”, 1995 in: **VALLINDER**, Torbjorn & **TATE**, Neal. “*The Global Expansion of Judicial Power*”. New York: New York University Press, 1995.

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

**VALLINDER**, Torbjorn. “*When the Courts Go Marching In*”, 1995, in: **VALLINDER**, Torbjorn & **TATE**, Neal. “*The Global Expansion of Judicial Power*”. New York: New York University Press, 1995.

**VELLOSO**, Carlos Mário da Silva. “*Temas de Direito Público*”. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

**VIANNA**, Luiz Werneck (org). “*A Democracia e os Três Poderes no Brasil*” Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

**VIANNA**, Luiz Werneck *et all.* “A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil”. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

**VIANNA**, Luiz. Werneck “Poder Judiciário, Positivção do Direito Natural e Política”. *Estudos Históricos*, 1996, vol. 9, nº 18.

## REFERÊNCIAS DE DOCUMENTOS

**ALVES**, José Carlos Moreira. Voto proferido na Questão de Ordem do MI 107, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>

**BRITTO**, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Voto proferido no MI 670, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>

**GALVÃO**, Ilmar Nascimento. Voto proferido no MI 284, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>

**GOMES**, Joaquim Benedito Barbosa. Voto proferido no MI 670, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>

**GRAU**, Eros Roberto. Voto proferido no MI 712, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

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

**LEWANDOWSKI**, Enrique Ricardo. Voto proferido no MI 670, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>

**MELLO**, Marco Aurélio Mendes de Farias. Voto proferido no MI 283, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>

**MELLO**, Marco Aurélio Mendes de Farias. Voto proferido no MI 232, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>

**MELLO**, Marco Aurélio Mendes de Farias. Voto proferido no MI 219, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81758>

**MELLO**, Marco Aurélio de Farias. Voto proferido no MI 20, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>

**MELLO**, Marco Aurélio Mendes de Farias. Voto proferido no MI 721, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>

**MELLO FILHO**, José Celso de. Voto proferido na Questão de Ordem do MI 107, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>

**MELLO FILHO**, José Celso de. Voto proferido no MI 670, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>

**MENDES**, Gilmar. (2008), “Discurso de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal”, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf>

**MENDES**, Gilmar Ferreira. Voto proferido no MI 670, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>

**PASSARINHO**, Aldir Guimarães. Voto proferido na Questão de Ordem do MI 107, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>

**PERTENCE**, José Paulo Sepúlveda. Voto proferido na Questão de Ordem do MI 107, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>

**PERTENCE**, José Paulo Sepúlveda. Voto proferido no MI 283, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>

**PINTO**, Paulo Brossard de Souza. Voto proferido no MI 20, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>

**ROCHA**, Carmem Lúcia Antunes. Voto proferido no MI 670, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>

**SANCHES**, Sydney. Voto proferido no MI 361, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794>

**SILVEIRA**, José Neri da. Voto proferido no MI 219, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81758>

**SILVEIRA**, José Neri da. Voto proferido no MI 20, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>

**VELLOSO**, Carlos Mário da Silva. Voto proferido no MI 219, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81758>

**VELLOSO**, Carlos Mário da Silva. Voto proferido no MI 232, sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>