

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

MARCELO ANTONIO THEODORO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior, Marcelo Antonio Theodoro, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-181-4

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III”, durante o XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Brasília- DF em julho de 2016.

O Grupo foi Coordenado pelos Professores Doutores, Eloy Pereira Lemos Junior da Universidade de Itaúna-MG, Narciso Leandro Xavier Baez da Universidade do Oeste de Santa Catarina e Marcelo Antonio Theodoro da Universidade Federal de Mato Grosso.

No Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais pudemos identificar, a partir da apresentação dos artigos que a seguir foram selecionados, vários enfoques atualíssimos sobre a temática.

Para melhor situar e favorecer os debates, identificamos um primeiro grupo que tratou sobre temas afetos aos direitos afetos às vulnerabilidades, reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas e tradicionais. Neste sentido identificamos os trabalhos de Aldrin Bentes Pontes e Joyce Karoline Pinto Oliveira Pontes “O direito e reconhecimento de comunidade quirombola em Manaus”; Joyce Pacheco Santana que apresentou o artigo realizado em coautoria com Izaura Rodrigues Nascimento, “Exploração sexual infantil: um estudo de caso acerca da coragem das meninas indígenas de São Gabriel da Cachoeira para enfrentar esse mal”; Thandra Pessoa de Sena, com o artigo em coautoria com Joedson de Souza Delgado sobre a “Adoção de Crianças e Adolescentes nas Comunidades Indígenas: A colocação de uma criança indígena em uma família substituta”, além de Alyne Marie Molina Moreira e Jeanne Marguerite Molina Moreira que apresentaram o artigo “O reconhecimento da personalidade psíquica da criança transexual como forma de garantir a dignidade humana prevista na constituição federal brasileira/1988 – uma análise à luz do direito e da psicanálise”.

Noutra ponta, vários artigos enriqueceram o debate acerca da judicialização dos direitos fundamentais, do chamado ‘ativismo judicial’ e a concretização dos direitos fundamentais tendo como horizonte hermenêutico o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar temos os artigos de Danielle Sales Echaiz Espinoza: “Do mínimo ao máximo social: divergências na doutrina brasileira acerca do mínimo existencial social”; Clarisse Souza Prados, “O direito fundamental a autonomia da vontade como conteúdo essencial à dignidade

da pessoa humana – o caso do arremesso de anões; Flávia Brettas Brondani e “O mandado de injunção e o ativismo no Supremo Tribunal Federal” e Fernanda Sartor Meineiro e Fábio Beltrami: “O princípio da dignidade humano como conceito interpretativo”.

Um terceiro grupo de artigos versou sobre a liberdade de expressão, sobre o direito fundamental à verdade e também sobre o direito fundamental à cultura. Neste sentido, os artigos de Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab em coautoria com Ana Maria D’Ávila Lopes: “Notas sobre a efetividade do direito fundamental à verdade no nordeste brasileiro: a experiência da comissão estadual da memória e verdade Dom Helder Câmara (Pernambuco); Catia Rejane Liczbinski Sarreta e “O direito à cultura como fundamental: Considerações em relação à aplicabilidade da Lei Rouanet”; Sabrina Fávero trouxe o artigo produzido em coautoria com Wilson Antonio Steinmetz “A liberdade de expressão e direitos de personalidade: colisões e complementariedades”; no mesmo sentido Caroline Benetti: “A liberdade de expressão como instrumento para concretização do regime democrático e sua convivência com os direitos da personalidade”.

Não se olvidou sobre a discussão do direito fundamental à igualdade, com vários enfoques: a começar por Lucas Baffi Ferreira Pinto que apresentou o artigo em realizado em coautoria com Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira: “Igualdade religiosa na era secular um diálogo entre Charles Taylor e Daniëlle Hervieu-Léger”; Alisson Magela Moreira Damasceno e Ana Maria de Andrade: “Análise do sistema de cotas raciais no Brasil como ações afirmativas aliadas ao direito geral de igualdade”; Matheus Ferreira Bezerra: “O direito fundamental de combate à desigualdade social”; Tássia Aparecida Gervasoni e Iuri Bolesina: “O direito fundamental à igualdade e o princípio da solidariedade como fundamento constitucional para as ações afirmativas”

Outro ponto de contato dos direitos fundamentais com as garantias processuais a eles inerentes apareceu nos artigos de Fernanda Sell de Souto Goulart e Denise S.S. Garcia “Normas fundamentais do processo civil: a sintonia da constituição federal e o novo código de processo civil na garantia e defesa dos direitos fundamentais”; João Francisco da Mota Junior: “O conceito de cidadão e a ação popular – uma perspectiva diante da constituição cidadã”; Juliane Dziubate Krefta em coautoria com Aline Fátima Morelato: “A gratuidade de Justiça e a interpretação da litigância de má-fé em relação aos beneficiários, como meio processual adequado à efetivação dos direitos fundamentais”; Oksandro Gonçalves trouxe a discussão o artigo produzido em conjunto com Helena de Toledo Coelho sobre “O foro privilegiado das autoridades públicas e o princípio da ampla defesa – análise do

entendimento do STF de Collor à Dilma; e ainda Rogério Piccino Braga e Francislane de Almeida Coimbra Strasser: “A inimizabilidade como direito fundamental do ser humano em desenvolvimento e a redução da maioridade penal”.

Dois artigos pontuaram questões de bioética, quais sejam, Aline Marques Marino em coautoria com Jaime Meira do Nascimento Junior, que versou sobre “Apontamentos sobre os riscos da Ortotanásia a partir de Gattaca, experiência genética” e Kelly Rodrigues Veras, juntamente com Carlos Eduardo Martins Lima: “A utilização de bancos de perfis genéticos frente aos direitos e garantias constitucionais do estado democrático de direito”

Por derradeiro, dois artigos que versaram sobre o direito fundamental ao trabalho, sendo eles o de Paulo Henrique Molina Alves em coautoria com Luiz Eduardo Gunther, “O programa de proteção ao emprego instituído pela Lei 13.189/2015 em contraponto ao princípio constitucional do pleno emprego”, além de Simone Kersouani e Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis com o artigo “O paradoxo do teletrabalho sob o enfoque dos direitos e garantias fundamentais”.

Os trabalhos foram apresentados e debatidos com discussões enriquecedoras, que instigam à leitura detalhada de cada um dos artigos, pela valorosa contribuição que certamente darão às discussões contemporâneas sobre Direitos Fundamentais e suas garantias. Parabenizam os coordenadores à todos os autores e aos que participaram do debate e recomendam com entusiasmo a leitura da presente obra.

COORDENADORES:

Professor Doutor ELOY PEREIRA LEMES JUNIOR da Universidade de Itaúna-MG (UIT-MG)

Professor Doutor NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

Professor Doutor MARCELO ANTONIO THEODORO da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT)

O MANDADO DE INJUNÇÃO E O ATIVISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE WRIT OF INJUNCTION AND ACTIVISM IN THE SUPREME COURT FEDERAL

Flávia Brettas Brondani ¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a influência do ativismo judicial na evolução dos efeitos conferidos pelo Supremo Tribunal Federal à decisão concessiva do mandado de injunção. Analisando o surgimento do ativismo, seu conceito, as diferenças entre Ativismo e Judicialização da política. Traçando um breve estudo da origem e conceito do mandado de injunção, e será abordado os efeitos do mandado de injunção abrangendo as teorias sobre os efeitos das decisões concessivas, como também, a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Ativismo, Mandado de injunção, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the influence of judicial activism in the evolution of the effects conferred by the Supreme Court to concessive decision of the writ of injunction . Analyzing the emergence of activism , its concept, the differences between activism and Legalization of politics. Charting a brief study of the origin and writs of injunction of the concept, and will address the effects of an injunctive writ covering the theories about the effects of concessive decisions , but also the evolution of the understanding of the Supreme Court .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Activism, Injunctive writ, The supreme court

¹ Mestranda em Direito Difuso e de Cidadania pela UNAERP

1- Introdução

Nos últimos tempos o Supremo Tribunal Federal vem se destacando pela sua atuação, onde surgem críticas quando a uma possível extrapolação de suas funções constitucionais.

Nesse artigo vamos enfatizar a sua relação com o mandado de injunção, instrumento esse criado pela Constituição Federal de 1988, diante da crise de inefetividade dos direitos constitucionais, como instrumento capaz de garantir eficácia aos direitos e liberdades constitucionais que, por omissão legislativa, não atingiram seu fim.

Assim, tornou-se comum afirmar que diante de um mandado de injunção estaria a Corte Suprema numa posição ativista, desempenhando funções que seriam atípicas, no caso legislativo.

O ativismo que teve sua origem nos Estados Unidos da América, mas especificamente no caso Marbury, e aqui no Brasil acompanha um grande evento que foi o fim da ditadura.

Destacamos a teoria dos precedentes, onde no Brasil apenas tempos a obrigatoriedade de seguir precedentes em relação a causas repetitivas abordadas em recurso especial.

Voltando ao ponto que é o centro desse artigo, o mandado de injunção, partindo-se da origem e conceito, competência e legitimidade, após será abordado os efeitos do mandado de injunção abrangendo as teorias sobre os efeitos das decisões concessivas, como também, a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Merece destaque o julgamento de casos sobre o direito a greve dos servidores públicos, onde em histórica decisão se posicionou a Suprema Corte por aplicar as normas relativas a greve de servidores particulares.

Análise pautada em estudos bibliográficos, jurisprudencial e doutrinário, demonstrando entendimentos conflitantes e a influência do ativismo no Judiciário conferindo eficácia a este remédio constitucional.

2- Origem do Ativismo

Em 1801, em fim do mandado presidencial, John Adams apontou juízes vinculados ao seu partido para postos vagos no judiciário federal norte-americano. Dentre estes, estava William Marbury. Em o congresso aprova o projeto, e em 3 de março de 1801 o nome de juízes

são homologados pelo Senado Federal. John Adams e John Marshall (secretário do Estado) assinam várias “comissions”. Estes são certificados de investiduras, ou seja, documentos para que tais juízes fossem empossados nos seus cargos.

Já em 4 de março de 1801, Thomas Jefferson assume cargo de presidente, conforme eleição de 1800, e nomeia para Secretário de Estado James Madison, junto com a nomeação há também uma ordem que impede que entrega das certidões de investidura antes assinados por Adams e Marsahll, inviabilizando, desta forma a posse dos juízes.

Marbury e os outros juízes também prejudicados por tal ordem, ingressam perante a Suprema Corte um writ of mandamus, como tentativa de obrigar o secretário a entregar as certidões.

Essa ação foi feita com base na seção 13 do “Judiciary Act” de 1789, que conferia à Corte competência originária em mandados contra juízes federais. Porém, em 1802, antes do julgamento, o Congresso aprovou a lei que revogava o “Judiciary Act” de 1801, assim, se a Suprema Corte concedesse o mandado a Marbury, não teria sua decisão cumprida, em vista da oposição do Executivo.

Após dois anos do ingresso da referida ação, o Juiz John Marshall declara o direito de Marbury ao cargo de Juiz, pois a lei que cria o cargo confere direito a ser executado durante cinco anos, com independência do Poder Executivo, a nomeação é irrevogável. Porém, declara inconstitucional a Seção 13 do Judiciary Act, pois esse caso não poderia ser julgado pela Suprema Corte, esse dispositivo amplia a atuação para além do que havia sido previsto constitucionalmente. A constituição não conferia expressamente este poder de revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso. Início das discussões sobre o ativismo judicial.

Mais adiante, em 1907 um padeiro em Nova York, reclama judicialmente a limitação de carga horário de trabalho (dez horas diárias e sessenta horas semanais) fixada pela Estado. O caso chega a Suprema Corte que decide que a lei viola a liberdade de contratual. Diz que nem o Estado de Nova York e nem a Corte poderá tomar certas decisões com o fito de regular políticas de bem estar.

O caso Louchner v. New York apresenta uma dupla face: interfere na política legislativa do Estado de Nova York, ao impedir que ele legisle para estabelecer limites às horas laborais, mas o faz pela via de uma postura conservadora, de não intervenção na esfera privada dos indivíduos.

Já no Brasil, vemos em 1988 o rompimento da ditadura com a promulgação da Constituição de 1988 que reúne a forma de controle de constitucionalidade inaugurada por Ruy Barbosa quando da fundação da República (em 1890) com o modelo implementado pela Emenda Constitucional n. 16/65, é prevista textualmente a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais Poderes, assumindo o Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo o cumprimento da Constituição. E mais recente, temos em 2007. A regra para a declaração da inconstitucionalidade pela via difusa atribui o efeito inter partes, e a competência atribuir o efeito erga omnes é do Senado Federal.

Houve uma reclamação constitucional (4335/AC) sobre a possibilidade de extensão para outro caso dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo que veda a progressão de regime penal para crimes hediondos.

Dois ministros do STF atribuem efeito erga omnes a essa decisão e afirmam que cabem ao Senado apenas dar publicidade a essa decisão.

Os casos de 1803 dos Estados Unidos e de 1988 do Brasil, demonstram o controle de constitucionalidade, já os de 1905 e 2007, demonstram como a Suprema Corte e o Superior Tribunal de Justiça atuam, quais os seus limites. Podemos extrair, a princípio que os Estados Unidos têm uma postura mais conservadora, de não intervenção, ao passo que o Brasil, uma postura mais progressista, com a alteração de texto constitucional, via judiciário.

3- Civil Law e Common Law

Antes de adentrarmos ao tema faz-se necessário um comparativo entre esses dois institutos.

O civil law, aplicado no Brasil, tem origem no sistema romano-germânico, e significa que as principais fontes do direito são lei, textos, ao passo que a common law, aplicada nos Estados Unidos, significa que o direito baseia-se mais na jurisprudência, em precedentes, do que no texto da lei.

A origem do common law advém da Inglaterra, no ano de 1066, ano da conquista normanda, quando o direito britânico deixa de se algo definido por cada tribo e passa a ser um poder único por toda a Inglaterra. No princípio, o common law era um direito cuja as fontes primárias eram os costumes e a tradição, os quais eram aplicados nos tribunais, que viravam precedentes. Com o tempo, esses precedentes foram transformados em jurisprudências.

Com a colonização da América do Norte pelos ingleses, desembarcou lá também, a common law. Posteriormente com a guerra pela independência, com as influências europeias, mas especificamente da França, trouxe para a nação americana um pouco da civil law, como caráter escrito, demonstrado pela Declaração da Independência, e principalmente pela Constituição.

A civil law, oriunda dos povos romanos, que teve uma maior prerrogativa de escrever, sistematizar e codificar os costumes, é que se tem um sistema jurídico fundamentado em leis escritas e codificadas. Tem seu advento nos ideais liberais da Revolução Francesa, que se sobrepôs ao Absolutismo e deu início ao denominado Constitucionalismo.

Assim, o civil law, caracteriza-se pela lei ser a pedra principal da igualdade e da liberdade, objetivando que o juiz não lance interpretações sobre a letra da lei,

4- Teoria dos precedentes

Precedente é uma decisão judicial tomada a luz de uma decisão de um caso concreto, mas apenas aquelas que tem potencialidade de se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados.

O precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.¹

Assim, o precedente é derivado de um princípio normativo inicialmente extraído da lei escrita, mas ao interpretá-la, o julgador decide, para aquele caso concreto, um direito singular e vinculante.

Michele Taruffo, define precedente da seguinte maneira:

“O precedente fornece uma regra que pode ser aplicada como critério de decisão no caso subsequente em função da identidade ou – como acontece na lei – pela analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos fáticos (caso concreto) não é dada in reipsa, e é confirmada ou excluída pelo Juiz do caso subsequente, dependendo se ele considera prevalente os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos (sic) dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2 ed., São Paulo. Ed. Revistas dos Tribunais 2011

que estabelece se existe ou não existe precedente, e em seguida – por assim dizer- “cria” o precedente.”²

É usada no sistema jurídico estadunidense, onde conta a hierarquia. Os tribunais inferiores estão vinculados aos superiores. Sendo só vinculantes as decisões tomadas pelo mesmo órgão judiciário, exceto a Suprema Corte Federal que vincula todas as instâncias e as Cortes Supremas Estaduais que vinculam as decisões tomadas em seu Estado. Porém, as cortes supremas (federais e estaduais) não vinculam a si próprias.

Dentre os precedentes verificamos, em relação a sua eficácia, dois tipos, aqueles vinculantes ou obrigatórios e os relativamente obrigatórios.

Os vinculantes ou obrigatórios, são aqueles cuja a autoridade vinculante independe da opinião do juiz do caso do julgamento, devendo segui-lo mesmo não achando correto. Esses efeitos não são apenas para as partes, mas vinculam todos os casos análogos. Sendo a regra nos países que aplicam a common law.

Mesmo sendo uma característica dos países da common law, encontramos algumas decisões vinculantes aqui no Brasil, tais como: as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, as decisões do STF em recurso extraordinário, versando sobre causas repetitivas, as súmulas vinculantes, etc..

Já os precedentes relativamente obrigatórios, são aqueles cuja autoridade afirma-se por si e impõe a solução do caso em julgamento, exceto se o tribunal do caso tiver uma boa e fundada razão em contrário, hipótese que se pode afastar dele, desde que se desincumba do qualificado ônus argumentativo.³

No Brasil, atualmente, só há uma espécie deste tipo de precedente, que é a decisão do STJ em recurso especial nas causas repetitivas (artigo 543-C, §§ 7º e 8º CPC).

No Brasil, temos os precedentes persuasivos, onde o juiz não é obrigado a seguir.

5- Ativismo e Judicialização

Convém enfatizar que o ativismo judicial não deve ser confundido com “judicialização”. Tal expressão significa que algumas questões consideradas de grande

² TARTUFFO, Michele. Dimensionidel precedente giudiziario. Rivista Trimestrale di Diritto. Pág. 798.2007.

³ ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de, Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro. Curitiba. Juruá, 2012.

repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, como os poderes Legislativo e Executivo (BARROSO, 2008).

Pode-se asseverar que a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, proporcionando alterações significativas na linguagem, na argumentação e, sobretudo, no modo de participação da sociedade.

Reflexo de tal transferência de poder é a grande judicialização, por exemplo, das políticas públicas e sociais que passaram a ser decididas, em última instância, pelos tribunais.

O ativismo judicial, por seu turno, revela-se como um fenômeno em que o Poder Judiciário transmuda de seu estado de passividade para uma atitude proativa, optando ativamente pela interpretação dos preceitos constitucionais, de modo a conceder máxima efetividade e concretização a direitos.

É o Judiciário extrapolando os limites clássicos de sua esfera de poder para estabelecer suas fronteiras dentro dos espaços próprios dos outros poderes republicanos.

6- Ativismo no Brasil

No Brasil, ao longo dos anos, houve uma considerável ampliação do controle normativo do Poder Judiciário. Pode-se dizer que esse controle, inclusive, é propiciado pela própria Constituição Federal de 1988 que, de certa forma, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos legitimadores de aspirações humanas e social.

Houve também, no decorrer dos anos uma ampliação do acesso à justiça, com o crescente número de demandas, a ampliação da assistência judiciária e da defensoria pública. Não há dúvidas, ainda, de que foi conferida uma força normativa à Constituição pátria, uma vez que a sua estrutura se encontra repleta de princípios, a incorporação de tais normas principiológicas pode conceder uma margem para a realização de interpretações construtivistas do Direito, dando azo a julgados distintos sobre um mesmo assunto, conforme as perspectivas dos julgadores.

Cumprе assinalar que o legislador, no Estado brasileiro contemporâneo, é chamado a intervir em tudo, utilizando-se da lei como instrumento único para a solução de diversos problemas. Os diplomas legais e outros atos normativos, tais como medidas provisórias, por exemplo, estão se multiplicando abruptamente, uma vez que se busca atender às pressões da sociedade e, também, a uma parcela da mídia.

Essa elaboração exacerbada de diplomas normativos, no entanto, peca por não atender aos anseios da sociedade, às mudanças nas relações dos cidadãos entre si e entre estes e o Estado.

O Poder Executivo, por seu turno, não observa, notadamente, os direitos consagrados no ordenamento jurídico-constitucional, cuja aplicabilidade não deveria de forma alguma ser limitada. Além disso, não se administra adequadamente a máquina estatal, de modo a proporcionar aos legítimos titulares do poder os benefícios que o Estado deve prover.

Dentre as questões favoráveis e contra o ativismo citamos algumas.

Para aqueles que se encontram em desfavor do ativismo, citam que os juízes, Tribunais, não possuem legitimidade democrática contra os atos legalmente instituídos pelos Poderes Legislativo e Executivo. Asseveram que o Judiciário atua de duas formas, como legislador negativo, quando invalida atos e leis do Poder Legislativo e Poder Executivo, e como legislador positivo, quando interpreta as normas princípios, atribuindo-lhes juízo de valor.

E nessa posição de legislador positivo, não há de se negar, que há a ponderação de quem a interpreta.

Para os críticos ocorre uma intromissão do Poder Judiciário nos demais poderes da república, ferindo o princípio da separação dos poderes.

Por fim Ronald Dworkim, considera o Ativismo Judicial algo nocivo por representar a primazia das concepções subjetivas de justiça e de bem do próprio julgador:

“O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”.⁴

⁴ DWORKIM, Ronald. O império do direito. P. 451/452 São Paulo. Martins Fontes. 1999

Os defensores do ativismo dizem que o Poder Judiciário possui legitimidade para invalidar atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, ou seja, a legitimidade exercida pelo Poder Judiciário encontra-se na própria Constituição.

Ademais, a Constituição consagra a vontade majoritária e o ativismo judicial seria então um instrumento que promove a democracia.

Ainda sobre a crítica de que o ativismo estaria violando a separação dos poderes, os favoráveis defendem que o princípio da separação dos poderes sofreu evolução, sobrevivendo uma flexibilização.

Outro ponto favorável ao ativismo, é a morosidade que o Poder Executivo e Legislativo tratam os direitos sociais.

Partindo dessa premissa, Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen, disserta que:

“Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que está se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a

concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito”.⁵

Por fim, cabe salientar o posicionamento do STF quanto a consagração dos direitos fundamentais, trazendo a baila o voto do Ministro Celso de Mello, na ADPF n.º 45:

“O Supremo não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos três Poderes da República, desempenhando as suas funções institucionais de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição”.⁶

7- Origem do Mandado de Injunção

Há controvérsias na origem do mandado de injunção, uns dizem ser esse remédio constitucional inspirado na doutrina americana, conhecida como *writ of injuction*, sendo aplicado sempre que uma norma se mostra insuficiente e incompleta para solucionar determinado caso concreto.

Para Manuel Gonçalves Filho, assevera que o *writ of injunction* não pode ser comparado com o mandado de injunção, sendo que o primeiro impõe um não fazer e o segundo é a superação da falta normativa regulamentadora.

Segundo Alexandre de Moraes, suas raízes se situariam no Direito Português, como instrumento de advertir o Poder competente omissos a respeito da lacuna legal.

Para a doutrina majoritária, apesar de algumas influências do direito estrangeiro, o mandado de injunção é uma criação brasileira, ou como disse Luís Roberto Barroso, “trata-se, sem verdade, de flor nativa, sem similar no direito comprado”.

8- Conceito e competência

O mandado de injunção surgiu para atender por uma maior efetividade das normas e dos direitos constitucionais, dispondo o artigo 5º da Constituição Federal de 1988: [...] LXXI-

⁵ SILVA, Ailton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007.

⁶ MELLO, Celso de. *Defende ativismo judicial do STF. Direito do Estado*. 24/04/2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/5909/Ministro-Celso-de-Mello-defende-ativismo-judicial-do-STF>>. Acesso em: 15/11/2013.

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;

Alexandre de Moraes define:

“O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visam ao combate a síndrome de inefetividade das normas constitucionais.”⁷

Outro importante fato em relação ao mandado de injunção diz respeito a adesão ao Pacto São José da Costa Rica de 1969, que prevê em seu artigo 2º, o dever de adotar medidas legislativas ou de outra natureza para tornar efetivos direitos e liberdades constitucionais.

A norma regulamentadora não se limita às normas emanadas do poder público, podendo ser quaisquer normas, tanto de natureza legislativa como administrativa, que regulamentam direitos e liberdades constitucionais.

Pode o mandado de injunção ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito ou liberdade esteja sendo inviabilizado por falta de norma regulamentadora. Inclusive admite-se o mandado de injunção coletivo, que por analogia, as mesmas entidades do mandado de segurança coletivo são legítimas para sua propositura.

O artigo 102, I, *q*, da Constituição Federal prevê que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, o mandado de injunção quando a omissão for do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de umas dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Compete também, de acordo com o artigo 105, I, *h*, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originalmente, o mandado de injunção, quando a

⁷ MORAES, Alexandre de., Direito Constitucional, 25 ed. São Paulo, Atlas, 2010, p. 178

elaboração de norma regulamentadora for de atribuição de órgãos, entidades ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, com exceção dos casos do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

E por fim, o Tribunal Superior Eleitoral será competente para julgar o mandado de injunção, em grau de recurso, quando denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

9- Decisão e efeitos do mandado de injunção

No que diz respeito aos efeitos da decisão do mandado de injunção, a doutrina e a jurisprudência divergem. Destacam-se os seguintes posicionamentos: concretista geral, concretista individual direta, concretista individual intermediária e não concretista.

A posição concretista geral, afirma que quando o Supremo Tribunal Federal este atua como típico legislador e seus efeitos se estendem *erga omnes*, sendo válido até o momento do Congresso Nacional editar lei que supra a omissão.

Em outro sentido, a posição concretista individual direta, consiste que a decisão do Supremo valerá exclusivamente para o autor da ação não se estendendo a nenhum outro destinatário.

Por conseguinte, os adeptos da posição concretista individual intermediária, o Supremo fixa e estabelece um prazo temporal para que o Congresso elabore a norma regulamentadora, sendo o prazo descumprido, permanecendo assim a omissão o Judiciário poderia fixar condições para assegurar o exercício do direito do impetrante.

E por último tem-se a posição não concretista, onde a sentença tem natureza meramente declaratória, competindo ao Supremo reconhecer a omissão legislativa e dar ciência ao órgão ou Poder omissor.

Ao longo do tempo, tem o Supremo Tribunal Federal alternando seu entendimento acerca da eficácia da decisão do mandado de injunção.

A primeira vez que o Supremo foi provocado a se manifestar acerca de uma omissão legislativa foi em 1989, no mandado de injunção nº 107, onde devido a Separação dos Poderes, bem como o direito do impetrante devido à lacuna legal, optou a Corte pela posição não concretista, reconhecendo a omissão e dando ciência ao órgão competente para que se expeça a norma omissa.

Já no julgamento do mandado de injunção nº 283, relator Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte estabeleceu um prazo para que a omissão fosse suprida, sob pena de que o prejudicado tivesse a satisfação de seus direitos através da via processual ordinária, posicionando-se pela concretista intermediária.

Em outros casos o Supremo adotou a posição concretista individual direta, como exemplo o Mandado de Injunção nº 721 (2007) e o Mandado de Injunção nº 758 (2008), sendo reconhecido pela Corte o direito a uma aposentadoria especial por parte dos servidores no caso de atividades insalubres, aplicando-se por analogia o artigo 57 da Lei nº 8213/91, que dispõe sobre plano de benefício da Previdência Social.

10- Direito a greve dos servidores públicos

Caso marcante que muito contribuiu para que o Supremo Tribunal Federal alterasse seu entendimento diz respeito ao direito a greve do servidor público.

O Mandado de injunção 20-4 Distrito Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello, estabeleceu o seguinte entendimento:

“O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar referida- que vai definir os termos e os limites do exercício do direito a greve no serviço público- constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, CII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção.”⁸

Diversas vezes que apreciou a matéria, o entendimento adotado era de que cabia ao Supremo apenas reconhecer a necessidade de edição de norma regulamentadora, e em contrapartida, e minoritária, era que seria necessário aplicar a lei de greve relativa aos

⁸ MI 20-4 DF, DJ 22.11.1996

trabalhadores em geral aos servidores públicos, ao menos que provisoriamente, conforme trecho do voto do Ministro Carlos Velloso, no Mandado de Injunção nº 631/MS:

“ Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito a greve do servidor público. A norma para o caso concreto será a lei da greve dos trabalhadores, a Lei 7.783/89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Sei que na Lei 7783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve.”⁹

Já em 2006, foi proposta uma revisão parcial desse entendimento, através dos Mandados de Injunção nº 712/PA e 670/ES, onde optou-se por uma solução normativa e concretizadora, assegurando o direito aos prejudicados, passando a ser o entendimento majoritário.

Verifica-se que o STF modificou sua posição, que antes era firmada no sentido de se limitar apenas à declaração da existência de mora legislativa, mudando para a edição de norma regulamentadora específica.

Como essa nova perspectiva do Supremo, adotando uma postura concretista, o reflexo imediato que temos é uma postura mais ativista da Corte em relação aos efeitos do mandado de injunção.

Mesmo com críticas, baseada de que o princípio da separação dos poderes estaria sendo violado, uma vez que o Poder Judiciário não poderia ingressar na competência de outros

⁹ Mandado de Injunção 631/MS, DJ de 2.8.2002

poderes, tal opinião torna-se ineficaz, uma vez que vai contra ao Estado Democrático de Direito, ou seja, a postura inerte do Judiciário ante a flagrante omissão inconstitucional seria “fruto de uma compreensão dos princípios da separação dos poderes e dos direitos e garantias fundamentais inadequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.”

Nota-se que o ativismo é uma solução eficaz para efetividade dos direitos e garantias individuais, desde que não venha usurpar outros poderes.

11- Conclusão

Por fim, depois de todos exposto, verificamos que o mandado de injunção é um remédio constitucional hábil a inércia do Poder Legislativo.

Com o aumento das funções administrativas e serviços de sua responsabilidade estabeleceu uma competência normativa secundária, pois a leis editadas pelo Legislativo deixam espaços que necessitam de outros elementos para que possam ser executadas.

Assim, não pode o Poder Judiciário ter apenas junções típicas a ele atribuído, mas também um papel mais ativo, com decisões de natureza e efeitos políticos.

Esse posicionamento ativista demonstra claramente a adesão da Corte à teoria concretista, sendo que apenas por meio do ativismo foi que o mandado de injunção atingiu sua finalidade, que é a de conferir efetividade aos direitos e liberdades constitucionais cujo exercício tornou-se inviável devido à lacuna da lei.

12- Referências

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF**;p. 322 in: **Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos**.SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de, **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba. Juruá, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**.p. 55 In: **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível**; in **Estudos de direito constitucional**. P. 151. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> acesso em 01/11/14

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf, acesso em 01/11/2014.

DWORKIN, Ronald. Justice in robes. P. 231. Massachusetts: Harvard University, 2006.

DWORKIN, Ronald. Justice in robes. P. 215. Massachusetts: Harvard University, 2006.

DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. O Estado de São Paulo.

Espaço Aberto, abr. 1997.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. P. 451/452 São Paulo. Martins Fontes. 1999

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2 ed., São Paulo. Ed. Revistas dos Tribunais 2011

MELLO, Celso de. **Defende ativismo judicial do STF. Direito do Estado**. 24/04/2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/5909/Ministro-Celso-de-Mello-defende-ativismo-judicial-do-STF>>. Acesso em: 01/11/2014.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **“O espírito das Leis.”** São Paulo: Martins Fontes. p.181.1993.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Judicialização Não é Sinônimo de Ativismo Judicial. P.32 São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2012.

OAB Entrevista Dr. Lênio Luiz Streck. Disponível em <http://www.oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7W4SZ6>. Acesso em 01/11/2014.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: **Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. P.2 Revista direito, Estado e Sociedade, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

TARTUFFO, Michele. Dimensionidel precedente giudiziario. Rivista Trimestrale di Diritto. Pág. 798.2007

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. ver. e atual. P.1027 São Paulo, Saraiva, 2008.