

AS IMPLICAÇÕES DA TEORIA CONCRETISTA GERAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Mariana Carvalho Grossi¹
Wesley Wadim Passos Ferreira de Souza²

RESUMO

O Mandado de Injunção tem como escopo o suprimento de omissões legislativas, entretanto, com a imensidão de omissões existentes, o papel desempenhado por esse instituto trouxe à tona a necessidade de se discutir sobre os efeitos de suas decisões. A teoria concretista geral considera os efeitos do Mandado de Injunção enquanto *erga omnes*, posicionamento que levanta divergências sobre as implicações deste efeito no princípio da separação dos poderes. A problemática do tema incide na convicção de que desta maneira o poder judiciário adentraria na esfera de atuação do poder legislativo, interferindo no princípio da separação dos poderes. A busca do presente trabalho concentra-se em dispor de pesquisa bibliográfica e documental, a fim de abordar sob o olhar da teoria concretista geral os efeitos do mandado de injunção, o atual posicionamento do STF, as discussões levantadas acerca do ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes.

PALAVRAS-CHAVE: mandado de injunção; omissões; teoria concretista geral; princípio da separação dos poderes; implicações.

ABSTRACT

The Writ of Injunction is scoped the supply of legislative omissions, however with the existing omissions immensity of the role played by the institute raised the need to discuss the effects of their decisions. The general concretist theory considers the effects of Writ of Injunction as *erga omnes*, positioning raising disagreement on the implications of this effect on the principle of separation of powers. The theme issue focuses on the belief that in this way the judiciary adentraria in the legislative sphere of action interfering with the principle of separation of powers. The pursuit of this work focuses on have bibliographic and documentary research in order to address under the gaze of the general concretist theory the effects of an injunctive writ, the current position of the Supreme Court, the discussions raised about judicial activism and the principle the separation of powers.

KEYWORDS: writ of injunction; omissions; concretist general theory; principle of separation of powers; implications.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO. 3 NORMAS CONSTITUCIONAIS: EFICÁCIA E APLICABILIDADE. 4 EFEITOS DAS DECISÕES DOS MANDADOS DE INJUNÇÃO PELA ÓTICA DA

1 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale).

2 Graduado em Curso de Formação de Oficiais - Polícia Militar do Estado de Minas Gerais e em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Atualmente é professor contratado da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, da escola Superior Dom Helder Câmara e Magistrado federal - Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: vigilância sanitária, cidadania e saúde, previdenciário, processo penal, discussão sobre direitos do consumidor sua proteção. Mestrado em Direto e Instituições Políticas da FUMEC/BH.

TEORIA CONCRETISTA GERAL. 4.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 4.2 O EFEITO *ERGA OMNES*. 4.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O EFEITO *ERGA OMNES* NO MANDADO DE INJUNÇÃO. 5 DAS FUNÇÕES ATÍPICAS DO PODER JUDICIÁRIO. 6 LEI 13.330 DE 23 DE JUNHO DE 2016. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal (STF), tem desempenhado o papel de legislador, por meio do Mandado de Injunção, com o intuito de mitigar as numerosas omissões contidas no texto constitucional. O seguimento da teoria concretista geral entende que as decisões do instituto mencionado geram efeito *erga omnes*. Tal concepção tem suscitado críticas no sentido de que o ativismo judicial afrontaria o princípio da separação dos poderes, visto que o Poder Judiciário exerceria função legiferante que não lhe é atribuído.

A circunstância mencionada vem promovendo uma gradual diminuição da credibilidade ao Poder Legislativo, propiciando o desencadeamento do fenômeno da crise de representatividade.

A problemática que direciona o estudo perante o posicionamento aludido, é entender de que maneira a teoria concretista geral do Mandado de Injunção adentraria na esfera de atuação do Poder Legislativo e interfere no princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, o estudo trabalha com a(s) hipótese(s) de que o judiciário, ao proferir decisões que suprem as omissões legislativas, apenas realiza a prestação jurisdicional e, para que possa atingir este fim é necessária a elaboração da norma. É imprescindível salientar que o Poder Judiciário apenas edita regulamentação das normas de eficácia limitada já estabelecidas no texto constitucional, portanto vinculada à Lei principal. Perante este posicionamento, o judiciário não adentra na esfera de atuação do Poder Legislativo, vez que, ao proferir decisões dos Mandados de Injunção, está exercendo função atípica que já lhe foi designada.

A importância do tema se justifica nas implicações que a adoção da teoria concretista geral nos julgados dos Mandados de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal poderiam gerar na função típica do Poder Legislativo, à medida que os efeitos das decisões, segundo essa teoria, abrangem todas as situações análogas, ou seja, possuem efeito *erga omnes*.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO

A relação do Supremo Tribunal Federal com o Mandado de Injunção metamorfoseou-se ao longo dos anos. Inicialmente, o Supremo reconhecia o Mandado de Injunção como um instrumento sem aplicabilidade, haja vista o fato de não ser dotado de normatização processual e entendia que o Tribunal não poderia atribuir-lhe norma geral, pois desta forma afrontaria o princípio da separação dos poderes.

Considerado que, desde o final do século XVIII, as garantias dos direitos subsistem com a finalidade de “proteger os direitos individuais contra o próprio legislador impedindo-o de fazer – ou deixar de fazer – qualquer Lei que viole os direitos constitucionalmente enumerados” (BARACHO, 2008), a tais direitos é outorgada a respectiva autoridade que lhes é inerente.

Em novembro de 1990, houve o julgamento do primeiro Mandado de Injunção, o MI nº 107, com o objetivo de sanar a omissão legislativa do art. 42, §9º da Constituição Federal. Este julgamento abriu precedentes relativos à definição do instituto, que se apresentou como feito exclusivamente declaratório do ato omissivo e como forma de cientificar o Poder Judiciário da omissão em questão, adotando o sistema da Teoria Não Concretista.

Entretanto, com o passar do tempo, o Poder Judiciário, inevitavelmente, foi incorporando elementos à tal declaração de omissão legislativa, e tornando-se mais flexível às diretrizes primordiais. Tem-se como exemplo a imposição de prazos para que medidas, por parte do Poder Legislativo, fossem tomadas (MI nº 283 e MI nº 232); atribuição de *legitimatío ad causam* ao legislativo (MI nº 284) entre outras.

A declaração mais notória da vicissitude que ocorria no STF é dada pelo Ministro Marco Aurélio, relator do MI nº 721, quando reconhece que

Não se há de confundir a atuação no mandado de injunção com atividades do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. [...] O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo [...].

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não

interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos Tribunais do Trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que consoante prevê o § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. (BRASIL, 2015c, p. 9-10)

O trecho de voto supratranscrito, inaugura grandes avanços na perspectiva do Supremo Tribunal Federal, momento em que transpareceu o desejo de reconsiderar parâmetros antepostos. E neste mesmo julgado, o Ministro Eros Grau se posicionou a favor da Teoria Concretista Geral, quando em seu voto deslinda que o efeito *erga omnes* da decisão proferida em um Mandado de Injunção não é a expedição de Lei e sim de norma, função atípica designada ao judiciário pela Constituição Federal, isto posto, não se trata de ofensa ou afronta ao princípio da separação dos poderes. Eis o dito em sua manifestação:

O argumento de que a Corte estaria então a legislar – o que figuraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição do Brasil) e a separação dos poderes (art. 60, 4º, III) – é insubsistente.

Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora [...], função normativa, porém não legislativa.

[...]

A classificação mais frequentemente adotada das funções estatais concerne aos ofícios ou às autoridades que as exercem.[...] Se, porém, pretendemos classificá-las segundo o critério material, teremos: a função normativa – de produção das normas jurídicas (= textos normativos); a função administrativa – de execução das normas jurídicas; a função jurisdicional – de aplicação das normas jurídicas.

[...]

Daí que a função normativa compreende a função legislativa (enquanto produção de textos normativos), a função regimental e a função regulamentar.

Quanto à regimental, não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário, visto incumbir-lhe também, e por imposição da Constituição, a de formular supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada. (BRASIL, 2015c, p. 24-28)

A consagração do abordado acima aconteceu com a decisão que abarcou os MI nº 670, 708 e 712, que versavam sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, ocasião em que a Teoria Concretista Geral adquire peso. Entende-se que não há verdade em se dizer que há uma usurpação da função legiferante por parte do Poder Judiciário, quando este, por meio de decisões proferidas em Mandados de Injunção, edita normas regulamentadoras com efeito *erga omnes*.

3 NORMAS CONSTITUCIONAIS: EFICÁCIA E APLICABILIDADE

A Constituição Federal porta em sua composição um variado compilado de normas, Silva (2014, p. 118), as classifica da seguinte maneira: “a) normas constitucionais de princípio; b) normas constitucionais de princípios gerais, também denominadas normas-princípios; c) princípios gerais do direito constitucional”.

O conceito dado às normas constitucionais de princípio pelo autor supramencionado:

são aquelas em que se subdividem as normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador contribuinte.

[...] são de dois tipos: a) definidoras de princípio institutivo ou organizativo, que, por brevidade, temos chamado de normas constitucionais de princípio institutivo; b) as definidoras de princípio programático, ou, simplesmente, normas constitucionais de princípio programático. (SILVA, 2014, p.118)

As normas constitucionais de princípios gerais ou normas-princípios são “as normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações e situações específicas da vida social” (CRISAFULLI, [s.d.], p. 8 apud SILVA, 2014, p. 119).

Os princípios gerais são prolegômenos que orientam todo o ordenamento jurídico brasileiro, tais como “o princípio da isonomia (art. 5º e seu inciso I), o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II), o princípio da irretroatividade das Leis (art. 5º, XXXVI), os princípios da organização partidária (art. 17) (SILVA, 2014, p. 119).

Elas se distinguem na medida em que as normas-princípios e as de princípios gerais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, por sua vez, as normas constitucionais de princípio ou esquema possuem eficácia limitada e aplicabilidade

indireta ou mediata (SILVA, 2014, p. 119-120).

Segundo Baracho (2008, p. 449), as garantias dos direitos “propõem conferir aos direitos garantidos a força que lhes é própria”. Tal conceito encontra-se incorporado à Constituição da República em seu artigo 5º “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 2015a, p. 6).

Ocorre que, aplicação e aplicabilidade não são a mesma coisa, Silva (2014) disciplina que enquanto a aplicação é o dever do Estado de implementar os direitos e garantias fundamentais e seu exercício na ordem constitucional, a aplicabilidade é a capacidade de produção de efeitos das normas.

Como já dito, as normas constitucionais de princípios são de duas categorias, de princípio institutivo e de princípio programático.

Normas constitucionais de princípio institutivo, possuem como premissa “conteúdo organizativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos” (SILVA, 2014, p.125).

Normas constitucionais de princípio programático, em lição de Pontes de Miranda,

são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função. (MIRANDA, [s.d.], p.126-127 apud SILVA, 2014, p. 137)

Diante do exposto, podemos concluir que as normas de princípio institutivo pretendem a estruturação de instituições ou órgãos do Estado, já as programáticas tratam sobre assuntos econômico-sociais.

Frente às aludidas definições, o Mandado de Injunção, por ser uma garantia de direito, é de aplicação imediata, entretanto de aplicabilidade mediata, dado que é uma norma constitucional de princípio, por conseguinte, possui eficácia limitada, trata-se de uma norma programática, visto seu intuito social de garantir o efetivo acesso aos direitos e garantias fundamentais.

4 EFEITOS DAS DECISÕES DOS MANDADOS DE INJUNÇÃO PELA ÓTICA DA TEORIA CONCRETISTA GERAL

Estamos diante de um cenário crítico em que a inércia legislativa gera uma impraticabilidade de acesso às garantias fundamentais, garantias estas que são indiscutivelmente inerentes à perfeita cidadania. A Constituição Federal torna-se inoperante frente as normas de eficácia limitada, necessitando socorrer-se do Judiciário para praticá-las.

Baracho (2008, p. 243) faz uma impetuosa crítica à situação supratranscrita, vejamos:

O Poder Legislativo lesiona direitos fundamentais, por sua simples inatividade ou mera omissão, frente ao mandado constitucional. A inatividade do Parlamento, no não cumprimento do mandado constitucional e do mandado legislativo, torna-o imprestável constitucional e politicamente, na estruturação do Estado de Direito.

A atitude inoperante do Poder Legislativo talvez seja devida ao Princípio da Discricionariedade do Legislador que impede qualquer aplicação de sanção à omissão legislativa, mesmo que se tenha imposto prazo para elaboração da Lei. Nada obstante, é imprescindível citar o que Silva (2014, p.129, grifo nosso) destaca em sua obra sobre o pensamento de Levi:

Ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos – isto é, ninguém tem direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da constituição. [...] “aqui se trata de uma obrigação de natureza política e não jurídica”. Certamente que **tendo a Constituição reconhecido a inconstitucionalidade por omissão**, a obrigação de legislar, especialmente após o reconhecimento jurisdicional dessa inconstitucionalidade, **tem natureza jurídica e moral. Falta-lhe, porém, sanção específica.**

O Poder Legislativo tornou-se obsoleto diante à sua estagnação e ao proceder frivolamente perante as lacunas, principalmente no que tange as garantias fundamentais. Essas características levam-nos a crer que estamos defronte de uma

crise de representatividade e legitimidade do Poder Legislativo e, conseqüentemente, a um crescente Ativismo Judicial³, ou em outras palavras, Judicialização da Política⁴.

Quando nos referimos à crise de representatividade e legitimidade imediatamente nos reportamos ao parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de **representantes eleitos diretamente**, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2015a, p. 1, grifo nosso). Esse trecho tem como inspiração a teoria do pacto social de Rousseau, presente no livro O Contrato Social.

Ora, quando buscamos o Judiciário, indiretamente afrontamos um dos principais fundamentos da Democracia, pois conforme disposto no art. 93 da Constituição Federal c/c art. 2º da Resolução nº 75/09 do CNJ, o ingresso na magistratura se dá por concurso público de provas e títulos, e não mediante eleição. Sendo assim, os membros do judiciário não são aptos a representar a vontade do povo (BRASIL, 2015a e CNJ, 2016).

Em contrapartida, esses são invocados à solucionar as lacunas constitucionais, a fim de garantir o efetivo acesso aos direitos individuais e sociais salvaguardados pela Carta Maior, afinal, como bem narra Baracho (2008), os juízes historicamente ocupam a posição de garantir a norma fundamental.

É bem verdade que o crescimento gradativo da judicialização da política não se restringe apenas ao constitucionalismo brasileiro, esse recurso está presente em países europeus em democracias latino-americanas, até mesmo nos Estados Unidos, deixando bem claro que não se limita aos países tributários do sistema da *civil law* (CITTADINO, 2002, p.17).

Para Guarnieri e Pederzoli (1999, p. 27 apud CITTADINO, 2002, p. 34),

3 A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2016, p. 6).

4 Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2016, p. 3).

essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular.

Está claro que o ativismo judicial deve ser tratado com muita prudência e moderação. É imprescindível que os limites da responsabilidade jurídica sejam tratados com delicadeza, principalmente para que não haja violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

Para tanto, deve-se levar em consideração que o Poder Judiciário quando lida com a necessidade de emitir sentença que regulamenta lacunas e omissões constitucionais, apesar do inerente processo criativo da interpretação, não põe em xeque o princípio da separação dos poderes, pois, não obstante, as normas de eficácia limitada possuem eficácia, e estabelecem parâmetros – mesmo que alguns mais rígidos e outros mais flexíveis – para que a norma superveniente não extrapole a vontade do constituinte.

Ademais, a Constituição Federal, em si mesma, incumbe essa tarefa ao judiciário, quando insere no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente no Capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o Mandado de Injunção como um remédio constitucional, que tem como função precípua suprimir a omissão legislativa quando esta torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania (BRASIL, 2015a, p. 5). A operacionalização do referido remédio está prevista no art. 102, I, “q”, da Constituição Federal, que diz:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originalmente

q) o mandado de injunção, quando 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 (BRASIL, 2015a, p. 45-46).

Ou seja, o STF, na falta de atuação do Poder Executivo ou do Legislativo, tem competência, atribuída pela Constituição Federal para processar e julgar o mandado de injunção.

É certo que não há mais indagações ou desentendimentos sobre esta atuação e, nem se entende que quando o judiciário sentencia o Mandado de Injunção existe qualquer ultraje ao princípio da separação dos poderes; o conflito reside atualmente nos efeitos das decisões desses processos, que em regra é *inter partes*. Antes de mais nada, é preciso entender o princípio da separação dos poderes, e o efeito *erga omnes* para prosseguir.

4.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No século XVIII dois grandes pensadores falavam sobre a necessidade de haver uma clara distinção entre os poderes estatais.

John Locke compreendia que o poder estatal estava dividido entre Executivo, Legislativo e Federativo, porém entendia que o legislativo e o federativo não poderiam ser praticados por pessoas distintas, pois isso ocasionaria em aniquilamento e caos ao Estado (GRAU, 2005).

Montesquieu, por sua vez, entendia que o poder estatal era composto das funções Executiva, Legislativa e Judiciária. Considerava que não existia “uma efetiva separação de poderes, mas sim uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio” (GRAU, 2005, p. 230). Para ele a perfeita harmonia só poderia ser alcançada em um Estado moderado; em suas palavras:

Encontra-se liberdade política unicamente nos Estados moderados. Porém ela nem sempre existe nos estados 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 [...]. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder (MONTESQUIEU, 1973, p.156 apud GRAU, 2008, p. 234).

Montesquieu quando indica que “o poder freie o poder” refere-se à teoria do Sistema de Freios e Contrapesos, em que um poder limita o outro poder no exercício de suas funções, evitando um desfecho tirânico de qualquer dos poderes. Assim,

merece atenção o fato de que à todos os três poderes são designadas funções típicas e funções atípicas, estas últimas a fim de garantir a autonomia entre eles.

A separação dos poderes foi incorporada de tal maneira ao pensamento jurídico mundial, que a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789, instituiu em seu art. 16 que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição” (GRAU, 2005, p. 225).

Diante disso, obviamente, um dos preceitos instituidores da Constituição Federal de 1988 é o Princípio da Separação dos Poderes, que é complementado pelo sistema de freios e contrapesos preposto por Montesquieu. Assim, cada poder tem por responsabilidade vedar que o outro exceda suas prerrogativas.

No sistema jurídico brasileiro, a separação dos poderes está prevista no art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal de 1989, ou seja, estamos diante de uma cláusula pétrea, por conseguinte é uma limitação irrevogável, jamais passível de sofrer alteração enquanto vigor a atual Constituição.

4.2 O EFEITO *ERGA OMNES*

O conceito de eficácia *erga omnes* para Silva (2006, p. 72 apud FROÉS, 2016):

é uma característica geral das normas jurídicas segundo a qual se estabelece que qualquer pessoa ou ente que se encontre enquadrado na conjectura de incidência deverá observar aquele regramento. A lei tem eficácia *erga omnes*.

Cada Lei, norma, sentença ou decisão em sede judiciária possui uma eficácia, é esta eficácia que definirá a que agentes o instituto alcançará. No entendimento de Didier Jr e Zaneti Jr (2013, p. 385), há três tipos de eficácia “*inter partes* (quando produz efeitos somente entre as partes), *ultra partes* (alcança além das partes do processo também terceiros) e *erga omnes* (produz efeitos que atingem todos que tenham participado do processo ou não)”.

As sentenças, em sede de Mandado de Injunção, possuem ainda

características da sentença aditiva do direito italiano. Fátima de Sá (2009, p. 428-429 apud BONSAGLIA, 2016, p. 21-22) preleciona sobre o assunto:

Inicialmente, as sentenças aditivas podem ser definidas como aquelas que declaram que ao preceito impugnado lhe falta algo para ser conforme à Constituição, devendo, assim, o preceito ser aplicado incluindo aquilo que lhe faltava. Nesse passo, é declarada a inconstitucionalidade do preceito na parte em que não inclui algo ou alguém. Censuram, dessa forma, uma omissão legislativa inconstitucional, entendida aqui como um silêncio parcial do legislador, que cria uma situação contrária à Constituição, pois, na maior parte das vezes, violam o princípio da igualdade. Em sentido amplo, podem ser descritas, conforme Revorio, como aquelas que sem afetar o texto da decisão impugnada, produzem um efeito de extensão ou ampliação de seu conteúdo normativo, assinalando que tal dispositivo deve incluir algo que no texto da disposição não prevê expressamente. Assim, a inconstitucionalidade é declarada não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, a fiscalização recai no fato da norma não prever aquilo que deveria estar previsto para ser conforme a Constituição.

A sentença aditiva é usualmente aplicada às omissões parciais quanto aos preceitos da norma impugnada, sem a qual a norma é considerada inconstitucional. Desta forma não há aditamento da norma propriamente dita, apenas uma alteração de sua acepção, contudo, a sentença aditiva também pode ser adotada em caso de omissão total, desde que esteja em conformidade com os paradigmas constitucionais.

4.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O EFEITO ERGA OMNES NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Como já mencionado anteriormente, o Mandado de Injunção trata de direitos e liberdades constitucionais, bem como de garantias de direitos, portanto cuida de interesses dos cidadãos em geral, conseqüentemente, é comum que a demanda de um cidadão, coincida com a demanda de outro cidadão, ou um grupo de cidadãos.

Devido a este fenômeno, o STF, após longo período de análise e polêmicas controvérsias, decidiu adotar, em alguns casos, a Teoria Concretista Geral e tornar o efeito de determinadas decisões, sobre assuntos que são de grande repercussão social, *erga omnes*.

O problema é que esse tipo de julgamento não agradou a todos, em razão de

alguns entenderem que no momento em que a decisão passa a ter efeito que alcança a todos, adquire característica de normatização, e o órgão competente para normatizar assuntos constitucionais é o Poder Legislativo.

De fato, ao Poder Legislativo cabe a função de legislar, entretanto, “o Legislativo não é titular de monopólio senão da função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta, como a recepção irrefletida da teoria da ‘separação’ dos poderes, à primeira vista, indica” (GRAU, 2005, p. 244.). A eficácia da função legiferante e a função normativa podem ser observadas de maneira dissociada, eis que constituem institutos independentes.

Quando o Poder Judiciário sentencia em sede de Mandado de Injunção exerce suplementarmente a função normativa, não legislativa. Eros Roberto Grau (2005, p. 248) anuncia que “onde e quando não houver transferência de função legislativa, do Legislativo para o Executivo (ou para o Judiciário), não há que falar em delegação, nem derrogação do princípio da divisão dos poderes”.

Grau ainda cita a manifestação de Canotilho sobre a temática:

Observe-se, parenteticamente, que a “separação” dos poderes não está presa a arquétipos apriorísticos; ela é historicamente determinada – por isso, consubstancia um *non sense* falarmos em “derrogações da separação dos poderes”; a “separação” dos poderes existe em cada direito positivo se nele contemplada e qual nele tenha sido contemplada (CANOTILHO, 1981, p. 72-75 apud GRAU, 2005, p. 248).

Posto isso, é inverídica a acusação de que a adoção da Teoria Concretista Geral nas decisões dos Mandados de Injunção é, de qualquer modo ignomínia ao elementar princípio da separação dos poderes.

5 DAS FUNÇÕES ATÍPICAS DO PODER JUDICIÁRIO

As atribuições do Poder Judiciário encontram-se dispostas no Capítulo III da Constituição Federal. É, essencialmente, encarregado de entender a justiça, seu mister é assegurar o amparo, proteção ou tutela dos direitos dispostos nas Leis. É ainda conferida ao judiciário, de forma suplementar, entre outras, a incumbência de elaborar normas regimentais, realizar a interpretação da Lei por meio de súmulas e

jurisprudências, preencher lacunas e omissões da Lei e, principalmente, realizar o controle de constitucionalidade das Leis e normas.

A Constituição Federal designa ao judiciário a elaboração de normas regimentais nos arts. 93, caput, e 96, I, “a”, assim fica a encargo do judiciário a edição de Leis e normas que regulamentem o funcionamento e organização dos tribunais. Essa designação é um dos elementos que confere autonomia ao Poder Judiciário (BRASIL, 2015a).

Da mesma forma, designa tarefa de interpretação do direito, quando em seu art. 103-A, concede ao judiciário a aprovação de súmulas vinculantes que objetivam “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos do poder judiciários ou entre administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (BRASIL, 2015a, p. 53).

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, traz em seu art. 4º a seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 2015b, p. 1), assim confere aos juízes a tarefa de preencher as lacunas. Afinal, a mesma Lei dispõe que ninguém, nem mesmo o juiz, poderá se eximir de culpa ao não cumprimento da Lei por desconhecimento desta (BRASIL, 2015b). Para tanto, a Lei Maior oferece o instituto Mandado de Injunção com o fim estrito de cessar omissões relacionadas aos “direitos a liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 2015a, p. 6).

Com o objetivo de comedir ações insubordinadas e negligentes do Poder Legislativo, bem como a fim de limitar seu poder, a Carta Magna em seu art. 102, III, “b” prevê o controle de constitucionalidade, por meio do STF, a fim de garantir a supremacia da Constituição Federal frente à Teoria da Hierarquia das Normas de Kelsen, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, é inegável que ao judiciário são depositadas funções atípicas com natureza normativa.

Partindo do pressuposto que o pretendido pela teoria da separação dos poderes de Montesquieu, atualmente absorvida pelo nosso ordenamento jurídico, é o equilíbrio entre os poderes, e para alcançar tal objetivo é necessário que os poderes sejam limitados garantindo o adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito, dizer que o Poder Judiciário, ao decidir concretamente um mandado de injunção, exerceria funções típicas do legislativo seria, no mínimo,

incoerente, sem mencionar que a previsão constitucional implica legitimidade e legalidade a esta atuação jurisdicional.

Essa situação de “pseudodelegação” legislativa constitucional também ocorre com o Poder Executivo, visto que ao chefe do executivo é permitida a edição de medidas provisórias. Também nesse caso seria um grande equívoco acreditar que o executivo exerce função legislativa.

Vale dizer: em ambas as situações estamos diante de permissivos constitucionais para o exercício de funções anômalas coincidentes com a lógica do controle recíproco entre os poderes constituídos (freios e contrapesos), os quais prestigiam a separação das funções constituídas, ao invés de anulá-la.

A crítica existente ao efeito *erga omnes*, oriunda da Teoria Concretista Geral, no Mandado de Injunção provém da consideração de que STF quando profere uma sentença específica e a adota em outras demandas congêneres, emite sentença com natureza de norma regulamentadora.

Ocorre que, no momento em que o judiciário decide adotar a Teoria Concretista Geral, não há a intenção de tornar a sentença *erga omnes* em uma norma, até mesmo porque, antes de proferir uma sentença o STF informa ao legislativo a necessidade de empreender as providências requeridas e, somente após, com a perduração da inércia legiferante que o judiciário emite a decisão sobre o assunto.

Em compensação, a inação do legislativo não pode causar dano ao Poder Judiciário, nem tampouco aos cidadãos. Impedir que o Poder Judiciário através, especialmente, de sua Corte Suprema, possa exercer esta espécie de controle de constitucionalidade difuso, bem como promover a gestão de seus próprios atos decisórios, com vista a evitar a repetição incessante de demandas de mesmo conteúdo, aí sim, configuraria então a interferência no princípio da separação dos poderes, haja vista que referida prática transgrediria a premissa da independência dos poderes.

6 LEI 13.330 DE 23 DE JUNHO DE 2016

A Lei 13.300, publicada em 23 de junho de 2016, disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo. Referida Lei apesar de apresentar algumas brechas e ser bastante tardia, visto que sua publicação veio

após quase três décadas da implantação do instituto, traz elucidações de grande importância social e melhor define os elementos e modalidades em que se enquadra o Mandado de Injunção no ordenamento jurídico brasileiro.

Adiante, é de suma importância frisar que quanto aos efeitos do Mandado de Injunção, o legislador optou em mesclar a Teoria Concretista Individual e a Teoria Concretista Geral, a fim de estabelecer de qual modo as decisões melhor se adequam àqueles que socorrem a tal remédio constitucional.

Nos §§ 1º e 2º do artigo 9º, está claro que a eficácia poderá ser erga omnes e seus efeitos poderão ser aplicados aos casos análogos e, segundo o art.13, tais prerrogativas se aplicam similarmente ao que implica o Mandado de Injunção Coletivo, senão vejamos:

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

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

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

Art. 13 No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto no §§ 1º e 2º do art. 9º (BRASIL, 2016a, p. 2, grifo nosso).

A Lei apresenta aspectos contidos na modalidade Injunção Preliminar ou Interlocutória. A melhor definição desta modalidade é dada por Bonavides e Andradadas (2004), “vem a ser a que tem caráter provisório, concedida por certo espaço de tempo até que ocorra o julgamento da ação”. Entende-se a presença desta modalidade, por circunstância do disposto no caput do art. 9º da Lei em questão “produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora” (BRASIL, 2016a, p. 2).

Em momento precedente a promulgação da Lei 13.300/16 o Mandado de Injunção brasileiro mais se assemelhava à Injunção Permanente, visto que por tantas vezes uma decisão judicial era o que reconhecia e garantia o direito das partes.

A despeito da aparente definição do Mandado de Injunção como preliminar ou interlocutório, o art. 8º, em seu inciso II, deixa abertura para que tal modalidade seja

substituída pela Injunção Permanente, quando não estabelece limitações caso "não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado" (BRASIL, 2016^a, p. 2). Seja dito de passagem, que tal Lei não traz completa segurança jurídica ao remédio constitucional, posto que pode-se notar certa indeterminação e ambivalência em sua interpretação por várias perspectivas.

O caput do art. 9º assegura que a decisão do Mandado de Injunção só terá eficácia até o momento da promulgação da norma regulamentadora sobre o assunto. Contudo, ao declarar tal posicionamento a Lei vai de encontro ao previsto no art. 5º, XXXVI (BRASIL, 2015a, p. 3) "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Portanto a redação que, em prima análise, sugere que a regulamentação posterior se apresentará com efeito *ex tunc*, sendo que neste caso haveria a anulação da sentença pretérita.

O art. 8º evidencia a precária precisão e nitidez da norma, pois desde o caput até o final do inciso II, em vez de estipular concretamente soluções à omissão legislativa, concede-lhe alternativas. No caput o legislador redige: "Reconhecido o estado de mora legislativa" (BRASIL, 2016^a, p. 1), questiona-se o que seria estado de mora legislativa, já que desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 existem garantias fundamentais que aguardam regulamentação. O inciso I aborda determinação de prazo razoável, a fim de que seja editada norma reguladora sobre o conteúdo da injunção; nota-se que o legislador atribui discricionariedade a este prazo, deixando em aberto ao aplicador da Lei. Já o inciso II, em complementação ao I, diz que quando o citado prazo não for cumprido e a mora legislativa sanada, o interessado promoverá ação própria para exercê-los, ou seja, o judiciário continuará a ser empregado para suprir a estagnação legiferante sem prejuízo ao Legislativo e apenas mitigando o prejuízo da sociedade.

É certo que o art. 14 desta Lei traz consigo a aplicação subsidiária da Lei 12.016/09 que disciplina o Mandado de Segurança, bem como o Código de Processo Civil, tanto o velho como o novo, que todavia não são capazes de sanar as faltas existentes na Lei.

Ainda é preciso dizer que em alguns pontos a Lei confronta o que já havia sido consolidado em jurisprudências do STF, sobre a impossibilidade de o legislador dar aos preceitos constitucionais interpretação diversa da que fora consolidada no âmbito do Supremo no exercício do controle de constitucionalidade. Vale dizer: a atividade legiferante está condicionada às interpretações sumuladas pelo STF, logo,

a Lei regente do Mandado de Injunção não pode trazer preceitos que contrariem a técnica já reconhecida pela Suprema Corte para o desenvolvendo desta garantia constitucional, especialmente no que concerne às característica e efeitos das decisões nela tomadas.

As aprovações de dispositivos na Lei 13.300/2016 contrários ao que já estava consolidado na jurisprudência do STF se assemelha ao caso ocorrido com a Lei 10.628/02 que alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal. A referida Lei alterou a redação original do artigo mencionado, incluindo que a prerrogativa de função alcançava aos que cometerem crime durante o exercício funcional, mesmo se a apuração fosse iniciada posteriormente à cessação do exercício da função (BRASIL, 2016c, p. 1). Contudo, o entendimento preponderante do STF, pronunciava que findo o mandato parlamentar, independentemente da motivação, não incumbia ao STF processar e julgar, originalmente, ação penal contra integrante do Congresso Nacional, diante deste posicionamento a Associação Nacional de Membros do Ministério Público (CONAMP) propõe a ADI 2797 questionando os parágrafos inclusos pela Lei, a qual foi julgada procedente.

Destarte, resta aguardar posicionamento futuro do Tribunal Constitucional sobre o estabelecido pela Lei 13.300/2016, que dirá se todas as mudanças serão acolhidas pela Constituição Federal.

7 CONCLUSÃO

O instituto Mandado de Injunção tem como axioma remediar as omissões legislativas acerca dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Hodiernamente, frente à inércia do Poder Legislativo, o judiciário é avocado a providenciar o acesso aos direitos e assim mitigar as numerosas omissões contidas no texto constitucional. A Teoria Concretista Geral foi incorporada ao Mandado de Injunção em 2007 quando foi proferida decisão que compreendeu os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712. A adesão dessa teoria trouxe questionamentos sobre a transgressão ao princípio da separação dos poderes, em razão de entendimentos que atribuíram à essa decisão características de função legiferante.

Já que o princípio da discricionariedade do legislador veda qualquer imposição para a edição de normas e, ainda, posto que o escopo do referido instituto

nada tem com a edição de normas ou Leis, apenas tenciona dar aos cidadãos a garantia do acesso aos seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, o judiciário não tem pretensão de vilipendiar o princípio da separação dos poderes.

Quando o judiciário profere decisões suprindo as omissões legislativas está apenas realizando a prestação jurisdicional e, não obstante, o Poder Judiciário apenas imprime regulamentação às normas de eficácia limitada já estabelecidas no texto constitucional, portanto vinculada à norma principal.

Ademais, o ativismo judicial é gerado pela crise de representatividade do Poder Legislativo, visto que a letargia em editar regulamentação às normas de eficácia limitada, vem promovendo uma gradual diminuição de credibilidade ao legislativo.

A promulgação da Lei que regulamentou o Mandado de Injunção foi esperada com perspectivas positivas quanto à eficácia do instituto, entretanto, o texto normativo acabou por confrontar, em alguns pontos, o que já estava pacificado em jurisprudências do Tribunal Constitucional.

Resta, pois, aguardar qual será a apreciação do prescrito ao Mandado de Injunção, caso a Lei de regência seja submetida ao escrutínio do próprio STF.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **ConJur**. São Paulo, dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 28 set. 2016.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

BONSAGLIA, Alexandre Antonucci. **Sentenças aditivas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2010. 73f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: atualizada ate a emenda constitucional nº. 88, de 7-5-2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 25 set. 2015a.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2015b.

_____. Tribunal Pleno. **Mandado de Injunção** – Aposentadoria – Trabalho em condições especiais – Prejuízo à saúde do servidor. Mandado de Injunção n. 721, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 30 de ago. 2007. Disponível: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727502/mandado-de-injuncao-mi-721-df>>. Acesso em: 23 set. 2015c.

_____. Lei n. 13.330, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htmv>. Acesso em: 25 jun. 2016a.

_____. Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm>. Acesso em: 28 set. 2016b.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes, IN: VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro; IUPERJ/ FAPERJ, 2002. p. 17-42.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 75, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_75b.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo Coletivo. 8. ed. Salvador: Juspodivim, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FROÉS, Targone. Eficácia *erga omnes* X Efeito vinculante: há diferença? Disponível em: <<http://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/189149130/eficacia-erga-omnes-x-efeito-vinculante-ha-diferenca>>. Acesso em: 17 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.