

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO TOCANTE AO MANDADO DE INJUNÇÃO: PROTAGONISMO JUDICIAL E SOCIEDADE MODERNA

JUDICIALIZATION OF POLITICS WITH REGARD TO BRAZILIAN WRIT OF INJUNCTION: JUDICIARY LEADING ROLE AND MODERN SOCIETY

Renata de Marins Jaber Maneiro¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise do papel do Judiciário na sociedade contemporânea no que concerne às decisões judiciais em mandado de injunção. Para tanto, faz-se mister abordagem sobre os modelos de Estado a partir da modernidade, traçando-se um paralelo com a teoria filosófica do Direito adotada, o que permitirá a identificação das influências causadas na teoria do processo em cada período. Outrossim, serão enfrentados temas sobre judicialização da política e ativismo judicial, bem como analisaremos o protagonismo judicial do Supremo sobre uma infinidade de questões políticas e sociais. Por fim, a postura da Corte quanto ao descumprimento do dever constitucional de legislar, que impede o exercício de direitos subjetivos constitucionais será observada, analisando a evolução jurisprudencial quanto à natureza da sentença e efeitos subjetivos da coisa julgada em mandado de injunção, e verificando a respectiva matriz teórica e filosófica, com vistas a interpretar a que melhor se adequa aos anseios do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Modelos de Estado; Protagonismo Judicial; Judicialização da Política; Ativismo Judicial; Mandado de Injunção.

ABSTRACT: This work aims to analyze the role played by the Judiciary system in contemporary society, in decisions concerning the Brazilian writ of injunction. For that purpose, it is necessary to analyze different models of state organization from the modern age, drawing from the philosophic base of law in question, which will enable us to identify which influences played a rule in the procedure theories of each period. In the same line, we shall examine themes like Judicial Activism, the Judicialization of Politics, as well as make an analysis of the leading role played by the Brazilian Supreme Court in a myriad of political and social issues. At the end, we shall proceed to analyze the position of the Supreme Court in matters concerning the disregard of the Constitutional duty to legislate, which impairs the use of certain subjective Constitutional rights, verifying the evolution of the Common Law concerning the nature of the ruling and the subjective effects of the *res judicata* in the Brazilian writs of injunction, and the respective applicable philosophic and theoretic matrix, in order to interpret which is the best fit to the Democratic Rule of Law.

KEYWORDS: Models of State; Judiciary Leading Role; Judicialization of Politics; Judicial Activism; Brazilian Writ of Injunction.

1 Mestranda em Direito Público e Evolução Social – Acesso à Justiça e Efetividade do Processo – pela UNESA-RJ. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-RJ. Especialista em Direito pela EMERJ. Professora Substituta de Direito Processual Civil da FND-UFRJ. Advogada.

INTRODUÇÃO

O mandado de injunção surgiu na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como forma de controle concreto da inconstitucionalidade por omissão. A partir de então, juristas empenham-se em esforços para interpretá-lo. É certo que qualquer interpretação que se faça nesse sentido deve considerar as características, premissas e princípios os quais se funda o Estado Democrático de Direito inaugurado pela referida Lei Maior.

A primeira parte deste trabalho está reservada ao estudo das características dos modelos de Estado ao longo da história mundial, para que seja possível a verificação da teoria filosófica do Direito adotada em cada período e, conseqüentemente, as influências desse contexto no processo civil. A posição de cada Poder do Estado, sobretudo o Legislativo e o Judiciário, também será considerada nesta primeira etapa, sendo que tais considerações serão especificamente desenvolvidas na segunda parte do trabalho.

Assim, a segunda etapa será destinada especialmente ao estudo da posição do Judiciário e sua relação com os outros Poderes, cujo desenvolvimento observará temas como judicialização da política e ativismo judicial. O estudo dos referidos temas constituem a base de compreensão do próprio mandado de injunção, uma vez que encontram seu *habitat* natural justamente nos casos em que a omissão dos outros Poderes viola a própria Constituição.

Por fim, a terceira parte será dedicada especialmente à análise da jurisprudência da Suprema Corte no tocante à natureza da sentença e efeitos subjetivos da coisa julgada em mandado de injunção, elaborando eventuais ligações com os modelos de Estado e respectiva base filosófica, com a finalidade precípua de definir qual a melhor interpretação diante do Estado Democrático de Direito.

1- Modelos de Estado, teoria filosófica do Direito adotada e respectivas influências na teoria do Processo:

A abordagem sobre os modelos de Estado demonstra-se como ponto de partida para que se trace um paralelo com a teoria filosófica do Direito e, conseqüentemente, as influências de ambos na teoria do processo; isso porque é inegável que o processo civil, reflete costumes morais, sociais e políticos de um Estado em determinado contexto histórico. No ponto, cumpre esclarecer que não se tem a pretensão de delinear e exaurir marcos históricos sobre o tema, muito embora em determinados momentos seja apontado circunstâncias decisivas, principalmente para a modificação de um modelo de Estado para o

outro. Por sua vez, também não se pretende fazer o interlocutor acreditar, de forma petrificada, que cada teoria do Direito e do processo adotada corresponde fielmente a determinado modelo de Estado, o que se converteria em infantilidade; mas tão somente, em termos didáticos, traçar um paralelo de preponderância entre eles.

Outrossim, o enfrentamento da questão tem início a partir do Estado Liberal Clássico, que é consequência da luta política da burguesia contra o Estado Absolutista. Não deixamos de reconhecer a importância da passagem do Estado Medieval, em que se verificava a difusão de poderes na figura da Igreja, do Rei, do Imperador, dos Senhores Feudais, para o Estado Moderno, onde o Poder passa a se concentrar no Estado, verificando-se os germens do Estado Liberal Absolutista, cuja Magna Carta surge para limitar os poderes centralizados na figura do Rei e afirmar os privilégios de uma aristocracia feudal e religiosa. Entretanto, considerando que a inauguração do Estado de Direito somente ocorre com a separação dos poderes, com a garantia de promulgação das leis por intermédio da democracia e, conseqüentemente, com a expansão das liberdades constitucionais para além da nobreza e do clero, o que ocorre no Estado Liberal Clássico, será este o marco inicial do presente estudo.

1.1- Estado Liberal, positivismo exegético e fase imanentista do processo:

O Estado Liberal Clássico e, assim, o Estado de Direito é identificado como produto da luta política da burguesia contra o Estado Absolutista, onde os valores burgueses, tais quais, a iniciativa privada e a proteção da propriedade, passam a expressar a soberania da vontade geral de forma representativa no Parlamento, a configurar um Governo limitado pela separação dos poderes e por direitos fundamentais de primeira geração (Espíndola & Santos, 2011, pp. 153-154).

Sobre a relação entre Estado de Direito e Estado Liberal Clássico, oportuno destacar as lições de Espíndola & Santos, a seguir:

É importante notar que as concepções liberais do Estado acabam por se confundir, em certa medida, com o contexto histórico do Estado de Direito, o qual era visto pela burguesia precipuamente como um conceito de luta política dirigida simultaneamente contra a imprevisibilidade do Estado Absolutista e as barreiras sociais legadas pela sociedade estamental. O Estado Liberal, portanto, acaba moldando os contornos do Estado de Direito - entendido a partir da proteção da liberdade e dos direitos fundamentais aos valores burgueses, notadamente a iniciativa privada, a segurança da propriedade e as exigências de calculabilidade próprias do sistema capitalista (2011, p. 154).

Como se vê, o Estado Liberal Clássico é um Estado não intervencionista, que pressupõe a separação entre política e economia, bem como entre Estado e sociedade civil, primando em respeitar os direitos individuais de vez negativo e em não interferir na esfera particular do cidadão, como forma de garantir a paz social.

Não se pode deixar de mencionar, em linhas gerais, que a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América foram as responsáveis pela implantação dos ideais liberais, e representaram o apogeu e, paradoxalmente, a superação do jusnaturalismo (Barroso, 2013, pp. 257-260)². Apogeu do jusnaturalismo, porque a idéia de um Direito eticamente superior ao Estado, válido em si mesmo, foi o que inspirou as doutrinas políticas de cunho individualista a enfrentarem a monarquia absolutista, paralelamente ao pensamento iluminista e contratualista; sendo certo que a “Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) estão impregnadas de ideias jusnaturalistas” (Barroso, 2013, p. 259). E, superação do jusnaturalismo, porque a consolidação desses ideais constitucionais em textos escritos e a respectiva incorporação aos ordenamentos jurídicos inaugura uma nova filosofia do Direito, motivo pelo qual, “considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX” (Barroso, 2013, p. 260).

Nesse sentido, vale mencionar as precisas lições de Ana Paula de Barcellos, *verbis*:

Em fins do século XVIII e início do século XIX, com a instalação do Estado Liberal e todo o seu aparato jurídico (constituição escrita, igualdade formal, princípio da legalidade etc.), o *direito natural* conheceria seu momento áureo na história moderna do direito. As ideias desenvolvidas no âmbito da filosofia ocidental haviam se incorporado de uma forma sem precedentes à realidade jurídica. Talvez por isso mesmo, tendo absorvido os elementos propostos pela reflexão filosófica, o direito haja presumido demais de si mesmo, considerando que podia agora prescindir dela. De fato, curiosamente, a sequência histórica reservaria para o pensamento jusfilosófico não apenas um novo nome – filosofia do direito – como também mais de um século de ostracismo (2000, p. 10).

Dessa forma, muito embora a conquista e inauguração do Estado Liberal Clássico tenha ocorrido com base em ideais jusnaturalistas, a consolidação e confirmação desse mesmo modelo de Estado foi marcada pelo positivismo, sobretudo exegético.

Surge então mais uma separação, qual seja, a separação entre direito e moral, em consequência da busca incessante de objetividade científica pelos juristas; assim, a ciência

2 Luís Roberto Barroso reconhece a precedência da Revolução Inglesa, mas adverte que, historicamente, a nível mundial, o Estado Liberal ficou associado à Revolução Francesa e Independência dos Estados Unidos da América (2013, p. 259).

jurídica passou a ser tratada de forma análoga às ciências naturais, isto é, com ênfase na realidade observável, de forma que o Direito passou a se reduzir ao conjunto de regras jurídicas em vigor. Como bem salienta Espíndola & Santos, “o direito era identificado pela lei e sua titularidade era exclusiva do legislador, o qual ‘aparecia como único protagonista da juridicidade com preterição e quase total sacrifício do juiz’, que nada mais era do que a boca da lei” (2011, p. 154).

Portanto, muito embora um dos pilares do Estado Liberal Clássico seja a separação dos poderes, esta é identificada pelo protagonismo do Legislativo e passividade do Judiciário, à medida que os magistrados estavam adstritos a aplicar a lei ao caso concreto por subsunção, como garantia de que os valores incorporados ao ordenamento jurídico, por intermédio de sua positivação pelo Legislativo, não fossem desvirtuados por nenhuma autoridade que pretendesse sobrepor à vontade da maioria representada no Parlamento.

O processo civil refletiu esse não intervencionismo próprio do Estado Liberal Clássico, e esse formalismo jurídico próprio do positivismo exegético, com o dogma da liberdade das partes, sendo visualizado como duelo privado, onde se prestigiava o direito material em detrimento do direito processual, o qual não era concebido como direito autônomo, mas sim como direito adjetivo, isto é, o processo era visto como mero conjunto de formalidades para a atuação prática do direito material, muito se identificando com a fase imanentista da teoria do processo³.

A primazia da autonomia e liberdade das partes frente a um juiz passivo, que tinha como função assegurar as regras da competição individual, criou a ideologia de que este mesmo juiz estaria impedido de interferir na iniciativa probatória e deveria decidir nos exatos termos da lei (Espíndola & Santos, 2011, pp. 155-156). Ou seja, de acordo com os ensinamentos de Santos, Marques & Pedroso, o Judiciário, politicamente neutralizado, detinha tão somente um poder retrospectivo de aplicar o direito como subsunção lógica dos fatos às normas, sem quaisquer referências sociais, morais ou políticas; bem como, um poder reativo de atuação condicionada à solicitação (1995, pp. 7-8).

O liberalismo político-constitucional foi o ambiente perfeito para o liberalismo econômico e, conseqüentemente, para o capitalismo; entretanto, sem qualquer interferência do Estado, esse capitalismo passou a ser exercido de forma exacerbada, e, associado ao

3 Como foi esclarecido anteriormente, os paralelos aqui traçados são realizados com fins despretensiosos, de forma que a identificação da fase imanentista, decorrente da visão privatista do processo, não significa afirmar que ao longo do período Liberal não houvesse começado a surgir teorias sobre a fase científica do processo, embora sem grande preponderância no mundo acadêmico da época e com pouca expressividade na prática.

período de Revolução Industrial e à Primeira Guerra Mundial⁴, provocou o crescimento de desigualdades sociais incomensuráveis. De acordo com as observações de Santos, Marques & Pedroso: “Tudo isto deu origem a uma explosão da conflituosidade social de tão vastas proporções que foi em relação a elas que se definiram as grandes clivagens políticas e sociais da época” (1995, p. 9). Nesse período de crise do liberalismo, identificou-se o surgimento dos chamados *casos difíceis*, coincidindo, portanto, com a crise do positivismo exegetico, já que esses casos concretos extravasavam a lógica legalista de subsunção. Começou-se a pensar em um novo modelo de Estado, que abarcasse uma nova teoria do Direito.

1.2- Estado Social, positivismo normativo e fase científica do processo:

O modelo de Estado Social surgiu como superação do Estado Liberal, objetivando a criação de mecanismos para minimizar a crise gerada pelo capitalismo exarcebado. Assim, a Lei Fundamental desse novo modelo incorporou valores ligados à solidariedade, igualdade material e justiça social, vindo a configurar um Governo intervencionista e assistencialista, preocupado em regulamentar a economia estatal, bem como, assegurar direitos fundamentais de segunda geração (prestacionais)⁵.

Oportuno transcrever as lições de Santos, Marques & Pedroso sobre o Estado Social, também denominado Estado Providência, *verbis*:

O Estado-Providência distingue-se pela sua forte componente promocional do bem estar, ao lado da tradicional componente repressiva. A consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos, tais como o direito ao trabalho e ao salário justo, à segurança do emprego, à saúde, à educação, à habitação, à segurança social significa, entre outras coisas, a juridificação da justiça distributiva⁶. A liberdade a proteger juridicamente deixa de ser um

4 A referência é realizada visando especialmente o final do período da terceira fase da Revolução Industrial ocorrida na Alemanha (1896-1914). Cf. BORCHARDT, K. La revolución industrial en Alemania 1700-1914, in CIPOLLA, C. **Historia Económica de Europa: primera parte**. Barcelona: Ariel, v. 4, 1987. E, também, os efeitos da derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial.

5 No subitem anterior falou-se em direitos fundamentais de primeira geração, que se trata de direitos e liberdades individuais, no presente momento, menciona-se os direitos fundamentais de segunda geração, que se trata dos direitos sociais, bem como, no próximo subitem será apontado os direitos fundamentais de terceira geração, que se trata de direitos coletivos. Para uma melhor compreensão sobre a evolução e positivação dos Direitos Humanos, o que faz com que eles se tornem Direitos Fundamentais de um Estado, sugere-se a leitura de BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

6 No período do Estado Liberal, o Judiciário somente se preocupava com a Justiça Retributiva, que se realizava mediante a aplicação do Direito em seu sentido legalista; enquanto o Executivo e Legislativo se preocupavam com a Justiça Distributiva, que era concretizada mediante a elaboração de leis e políticas públicas. Por isso, a juridificação da Justiça Distributiva (ou social), causou grande impacto na função do Judiciário, uma vez que

mero vínculo negativo para passar a ser um vínculo positivo, que só se concretiza mediante prestações do Estado (1995, p. 11).

Nesse ambiente surgem as Constituições Dirigentes que, de matriz programática, têm por objetivo estabelecer tarefas estatais e definir fins para o Estado e para a sociedade; circunstância que faz com que se possa identificar o início do processo de aproximação entre Estado e sociedade, política e economia, que estavam completamente separados no modelo precedente.

O dever de implementação das promessas constitucionais e respectivo descumprimento por parte do Executivo e Legislativo, ao lado do correlato direito de reivindicações sociais em face do Judiciário, contribuíram para o exponencial crescimento da litigiosidade, não só em termos quantitativos, como também em termos qualitativos (*hard cases*), sendo que o modelo legalista não mais se demonstrava suficiente para a solução desses conflitos.

A queda do positivismo exegético é marcada pela ascensão do positivismo normativo, em que o Direito passa a ser visto como um conjunto de normas jurídicas vigentes em um determinado Estado; sendo certo que essas normas são caracterizadas não só pelas leis criadas pelo Legislativo, como também pela norma que surge da interpretação do caso concreto pelo Judiciário. Tanto o modelo de regras de Kelsen, quanto a Teoria do Poder Discricionário de Hart representam uma virada no positivismo⁷, onde o juiz, “da condição de refém de um assujeitamento a uma estrutura de caráter objetivista (metafísica clássica presente na ideia exegética e pandectista), passou-se a fase do ‘assujeitamento da estrutura a um sujeito solipsista’” (Streck, 2010, p. 18).

Dessa forma, os magistrados passam a ter liberdade de interpretação, principalmente com relação aos *hard cases*, em que é possível buscar a respectiva solução em padrões extralegais que oriente a elaboração de uma nova regra ou complementação de uma regra já existente; tal circunstância desencadeia o início do processo de aproximação do último núcleo que no modelo de Estado anterior também se encontrava totalmente separado, qual seja, a

passou a decidir casos que envolvem questões sociais, econômicas e altamente políticas. Esse tema será melhor desenvolvido no item 2 adiante.

7 A viragem kelseniana consiste justamente em reconhecer que o Direito somente está separado da moral em significação científica, cuja interpretação deve ser literalmente de acordo com a lei (ato de conhecimento); mas, em sentido prático, de aplicação do Direito ao caso concreto, a interpretação é discricionária (ato de vontade), podendo o intérprete buscar subterfúgios na moral (em sentido amplo, abrangendo a ética, política, economia, e demais questões extralegais). Podemos identificar essa viragem copernicana de Kelsen, principalmente a partir da leitura do Capítulo VIII do livro Teoria Pura do Direito (1998, pp. 245-251).

aproximação entre o direito e a moral⁸. Inaugura-se, pois, a fase de protagonismo Judicial em detrimento de uma passividade Legislativa.

O processo civil refletiu esse intervencionismo e assistencialismo próprio do Estado Social, e esse realismo jurídico/teoria crítica (decisões judiciais solipsistas/políticas) próprio do positivismo normativo, por intermédio do fenômeno de publicização do processo, à medida que o “processo deixa de ser visto como ‘coisa das partes’, para espelhar um lugar no qual se exprime a autoridade do Estado, com o escopo não somente de tutelar interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça” (Taruffo *apud* Espíndola & Santos, 2011, p. 157). Portanto, o processo passou a ser visualizado com autonomia em relação ao direito material, denotando o alcance da fase científica da teoria do processo.

Os valores de igualdade material, solidariedade e justiça social criou a ideologia de que o juiz deveria assumir postura ativa e criativa em nome da concretização desses valores, e, como na metáfora criada por Ost, o juiz desse período é denominado Hércules, figura heróica que se faz presente em todas as frentes e se desdobra em engenheiro social, reduzindo o Direito ao fato e, assim, simbolizando uma pirâmide invertida (2007, pp. 109-115)⁹.

De fato, o modelo de Estado Social e o positivismo normativo representaram um giro copernicano com relação ao sistema anterior, e, como toda tese extrema, acaba gerando crises extremas. Em verdade, o referido modelo e a respectiva teoria filosófica a ele adequada foi o ambiente perfeito ao desenvolvimento dos ideais do Partido Nacional Socialista, que defendia a existência de um “sistema de valores unitário” (Maus, 2000, p. 196) em oposição ao positivismo exegético; e, para o desenvolvimento do nazismo, contou com a “aplicação correta” desse novo Direito pelos juízes, conforme se verifica dos esclarecimentos de Ingeborg Maus, a seguir:

O antipositivismo e o antiformalismo primários da doutrina nazista corresponderam à lógica de tais descrições funcionais. A aplicação correta do recém-criado direito nazista — supondo que este contivesse ainda

8 Essa aproximação, porém, não incorporava a moral ao direito, de forma que não garantia que as leis seriam elaboradas ou que as decisões judiciais seriam proferidas de forma ética. E, principalmente, com relação às decisões judiciais, estas estavam a depender do que Streck denomina filosofia da consciência, para designar discricionariedades, voluntarismos e solipsismos cometidos em tempos de positivismo normativo (cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013).

9 Importante esclarecer que Hércules da metáfora de Ost não corresponde a Hércules da metáfora de Dworkin; aquele, um juiz próprio do Estado Social, este, um juiz próprio do Estado Democrático de Direito. Como bem salienta Streck, se tiver que fazer alguma comparação, o Hércules de Dworkin está mais para o Hermes de Ost, considerando a própria leitura que Ost faz de Hércules dworkiniano (2010, p. 25).

"diretivas" aplicáveis à Justiça — teria representado somente um obstáculo menor ao desenvolvimento do terror judicial do sistema nazista. Discriminações motivadas politicamente no tratamento de cada caso singular, como as que foram então exigidas, não são compatíveis com a vinculação a uma "lei" qualquer, a qual esteja em vigor por um espaço mínimo de tempo. Deste modo, aparece nas "Cartas aos Juizes" nacional socialistas, com grande coerência, a personalidade dos juizes como uma importante garantia para a "correta" jurisprudência, cujas tarefas "só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta"; a magistratura deveria representar a "elite nacional" (Maus, 2000, p. 197).

A partir do final da Segunda Guerra Mundial e a queda de Hitler, juristas e filósofos começaram a se movimentar em busca de possíveis teses conciliadoras entre os modelos de Estado de Direito até então existentes (Liberal e Social), a fim de, ao contrário de assumir uma posição radical própria de teses superadoras, que o novo modelo de Estado pudesse se situar entre os dois extremos.

1.3- Estado Democrático de Direito, pós-positivismo e fase instrumentalista do processo:

O Estado Democrático de Direito surgiu como tese conciliadora entre o Estado Liberal e o Estado Social, objetivando a criação de mecanismos intermediários entre esses dois modelos; por isso, é importante lembrar que, ao invés de superação, o novo modelo de Estado aparece como ponto intermediário entre Estado Liberal e Social, de onde sobrelevam-se seus valores; mas que, além disso, vislumbra o indivíduo como participante da vida pública.

Nesse sentido, cabe destacar as considerações de Espíndola & Santos:

Vale dizer, o cidadão deve ser visto como participante, e não mero recipiente da intervenção social do Estado. Essa autodeterminação democrática da sociedade inscreve-se, por sua vez, nos limites demarcados por uma vinculação material demarcada pela autonomia individual e pelos direitos fundamentais. Esse caráter democrático implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado e do direito, não bastando a limitação ou a promoção da atuação estatal: objetiva-se, nessa senda, a transformação do status quo. Tem-se, dessa forma, a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado, garantindo juridicamente as condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. (2011, p. 159).

A Lei Fundamental desse novo modelo não se afastou de valores ligados à solidariedade, igualdade material e justiça social, mas também não têm por objetivo implementá-los de forma intervencionista e assistencialista, embora caiba ao Estado protegê-los sempre que se faça necessário. Por sua vez, em razão do crescimento das reivindicações sociais originário do modelo anterior, reconhece que, além de direitos individuais e sociais,

existem também direitos coletivos (direitos fundamentais de terceira geração) que devem ser protegidos por mecanismos diferenciados dos até então existentes.

Nesse contexto transformador, fez-se necessário modificar também a concepção filosófica de Direito, este continua sendo visto como um conjunto de normas jurídicas vigentes em um determinado Estado, mas agora essas normas são caracterizadas tanto por regras jurídicas de alta densidade normativa a serem aplicadas por subsunção, regras jurídicas de baixa densidade normativa que demandam certo esforço de interpretação (cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados), como também por princípios de baixa densidade normativa que demandam amplo esforço de interpretação. Eis o marco filosófico do constitucionalismo contemporâneo, assim denominado pós-positivismo, sendo oportuno transcrever os ensinamentos de Barroso:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência de duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, sigularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo (2013, p. 269).

Assim é que os juízes, ao mesmo tempo que passam a ter maior liberdade de conformação do Direito ao caso concreto, estão também estritamente vinculados à Constituição, que incorporam aos seus textos “padrões” morais, políticos, econômicos e sociais, e, por isso, deixam de ser padrões para se transformarem em princípios jurídicos. A diferença é singela, mas como esclarece Dworkin:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio um padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar alguma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (2010, p. 36).

Dessa forma, os princípios jurídicos não devem ser interpretados com vistas a promover ou assegurar políticas públicas, mas acima de tudo como exigência de moralidade; verifica-se, pois, que o movimento de aproximação entre Direito e moral está completo, ou melhor, há a incorporação da moral pelo Direito, uma vez que todos os Poderes do Estado estão vinculados aos princípios constitucionais vigentes.

A questão deve ser vista com cautela, para que a própria interpretação dos princípios, cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados não acabe por reafirmar

práticas voluntaristas do sistema anterior, circunstância típica de teorias consequencialistas. Nesse sentido, Streck, grande crítico desse equívoco interpretativo, o qual denomina filosofia da consciência, propõe, em forma de metáfora, a conjugação da teoria de Dworkin com a hermenêutica filosófica (2010, pp. 27-32). Nisso consiste que as decisões judiciais deverão ser fundamentadas e justificadas em um todo coerente de princípios, superando-se a discricionariedade a partir da pré-compreensão do sentido do texto na fase de conhecimento, para tão somente após interpretá-lo de acordo com o caso concreto na fase de argumentação (Streck, 2010, pp. 36-38).

Conclui-se que neste modelo de Estado todos os Poderes interagem entre si, possuindo papel de suma importância no cenário democrático. Entretanto, o órgão de cúpula do Judiciário continua exercendo o papel de Guardiã da Constituição; isso significa que sempre que os outros Poderes de alguma forma violarem a Constituição caberá ao Judiciário assumir postura ativa com vistas à exclusão desta situação de inconstitucionalidade.

O processo civil, portanto, reflete essa complexidade do Estado Democrático de Direito, e formalismo valorativo¹⁰ (reforço de aspectos éticos constitucionalmente protegidos no processo civil) próprio do pós-positivismo, por intermédio da constitucionalização do processo, à medida que a Lei Fundamental passa a prever uma série de princípios processuais, os quais demandam uma postura ativa não só do juiz, como também das partes.

Oportuno transcrever as lições de Espíndola & Santos, *verbis*:

Embora o juiz dirija o processo de forma ativa, passa a fazê-lo sob uma perspectiva participativa, policêntrica e interdependente entre os atores sociais que participam da formação das decisões. De outro modo, trata-se de uma atuação jurisdicional “dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões”, dando relevância ao contraditório e à estrutura participativa processual. Deixa de ser meio de luta egoística, passando a significar, nesse ambiente de cooperação, um pressuposto do próprio julgamento no cenário democrático, fornecendo um aspecto discursivo ao processo e criando um mandamento constitucional do diálogo entre as partes e o órgão julgador para a formação do juízo, “substituindo com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa”. O processo é encarado, pois, como produto de uma atividade cooperativa, ou seja, de um trabalho conjunto realizado pelas partes e pelo juiz, seja no âmbito da prova, seja na construção da decisão da causa, compatível com um regime político democrático e com o perfil do Estado Democrático de Direito. (2011, p. 160).

10 Expressão utilizada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira para designar essa nova fase processual baseada em valores constitucionais (cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *in Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137).

Assim, o processo passa a ser visualizado como um instrumento de garantias constitucionais, denotando o alcance da fase instrumentalista/neoprocessualista da teoria do processo, assumindo um caráter dialético de efetiva participação das partes, cooperação e boa-fé objetiva.

2- Judicialização da política, ativismo e protagonismo judicial:

O presente item será desenvolvido sob a perspectiva do modelo de Estado Democrático de Direito e seus efeitos no sistema jurídico, principalmente no Brasil. Importante destacar que o Brasil é considerado um país periférico em decorrência da fragilidade de vínculos políticos e econômicos ao longo da história (subdesenvolvimento político-econômico); e, como todo país periférico, foi marcado por longos períodos ditatoriais alternados com curtos períodos de democracia de baixa intensidade (Santos, Marques & Pedroso, 1995, p. 29).

No primeiro item foram abordados os modelos de Estado conforme a história mundial com base nos países centrais; no entanto, é importante destacar que o processo de democratização dos países periféricos e semiperiféricos foi tardiamente instaurado, traduzindo-se na consagração de direitos individuais, sociais e coletivos a um só tempo.

Nesse sentido, oportuno transcrever as precisas lições de Santos, Marques & Pedroso, a seguir:

E, de facto, desde a década de setenta temos vindo a assistir ao declínio dos regimes autoritários e aos consequentes processos de transição democrática. [...] Estas transições instauraram processos democráticos muitos dos quais estão ainda por consolidar. Tiveram lugar num momento em que nos países centrais se estava já no terceiro período ou quando muito na passagem do segundo para o terceiro período. [...] De uma forma ou de outra, os países periféricos e semiperiféricos viram-se na contingência de consagrar constitucionalmente ao mesmo tempo os direitos que nos países centrais tinham sido consagrados sequencialmente ao longo de um período de mais de um século, ou seja, no período liberal, os direitos cívicos e políticos, no período do Estado-Providência, os direitos económicos e sociais, e no período do pós-Estado-Providência os direitos dos consumidores, da protecção ambiente e da qualidade de vida em geral. Obrigados, por assim dizer, a um curto-circuito histórico não admira que estes países não tenham, em geral, permitindo a consolidação de um catálogo tão exigente de direitos de cidadania. (1995, p. 32)

Vislumbra-se o início do processo de redemocratização no Brasil a partir da promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, após longo período de ditadura militar, e, como não poderia ser diferente dos demais países periféricos, a referida

Lei Maior prevê um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, além de dispor sobre uma série de questões políticas.

2.1- Constitucionalização do Direito e juridicização de princípios:

A expressão constitucionalização do Direito, aqui empregada, tem por objetivo designar “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico” (Barroso, 2013, p. 379). Já a expressão juridicização de princípios está no sentido de incorporação de questões políticas, econômicas, sociais e morais ao texto constitucional, que até então recebiam um tratamento extralegal. A primeira circunstância reveladora do denominado neoconstitucionalismo; a segunda, do pós-positivismo¹¹. No ponto, cumpre esclarecer que, apesar de representarem circunstâncias distintas, tanto o neoconstitucionalismo, quanto o pós-positivismo, possuem características associadas, tais como, a centralidade da ideia de Dignidade Humana e Direitos Fundamentais, normatividade dos princípios e abertura do sistema (cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados), tudo isso a ensejar o desenvolvimento de uma nova hermenêutica.

Realizadas tais considerações, verifica-se que a constitucionalização do Direito e a juridicização de princípios acarreta a expansão da jurisdição e do discurso jurídico, o que “constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico” (Barroso, 2014, p. 4), à medida que ensejam a “judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final” (Barroso, 2013, p. 410).

Por sua vez, muito embora a constitucionalização do Direito e a juridicização de princípios seja um dos principais fatores para o surgimento da judicialização da política, existem outros fatores mais ou menos relevantes, conforme podemos extrair das lições de Vanice Lírio do Valle, a seguir:

Muitos têm sido os fatores responsáveis pela ampliação e consolidação desse processo, como apontam cientistas políticos, sociólogos e juristas. Ernani Rodrigues de Carvalho cita seis condições para o surgimento e a consolidação da judicialização da política: um sistema político democrático; a separação dos poderes; o exercício dos direitos políticos; o uso dos

11 Eis o marco teórico (neoconstitucionalismo) e o marco filosófico (pós-positivismo) para o reconhecimento e consolidação da força normativa da Constituição; mas há também o marco histórico de tal desiderato, como intuitivo, o segundo pós-guerra, que levou à perda do prestígio do positivismo normativo e ascensão de princípios constitucionais, bem como a disseminação da jurisdição constitucional, que pressupõe a supremacia e centralidade da Constituição.

tribunais pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição; e a inefetividade das instituições majoritárias. Marcus Faro de Castro, por sua vez, menciona a constitucionalização do Direito após a 2ª Guerra Mundial; o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos; o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana; e a tradição europeia (kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis como fatores importantes para se explicar o fenômeno da judicialização. Todos esses fatores, em maior ou menor intensidade, encontram-se presentes nos sistemas político e jurídico brasileiros na atualidade (2009, pp. 32-33).

Importante salientar que, em países periféricos como o Brasil, a Lei Maior acaba por incorporar uma longa agenda político-social, e, conseqüentemente, o fenômeno de judicialização da política opera com maior intensidade. Nesse sentido, observa Barroso:

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas (2014, p. 6).

Assim, a judicialização da política é fenômeno mundial decorrente desse novo panorama desenhado pelo constitucionalismo democrático contemporâneo. Diferentemente do ativismo judicial¹²⁻¹³, que representa uma postura proativa adotada pelo magistrado, consistente em expandir o sentido e alcance das normas constitucionais.

Cumprido esclarecer que existem distintas significações relacionadas à expressão ativismo judicial, sendo que Vanice Lírio do Valle, considerando a abordagem realizada por Willian Marshall sobre o tema, enumera o contra-majoritarismo, o não-originalismo, a ausência de deferência perante os precedentes judiciais, o ativismo partidário, a criatividade judicial, o ativismo remedial e o ativismo jurisdicional, como sendo um conjunto de indicadores de ativismo judicial (Valle, 2009. p. 39). Importa destacar que a expressão ativismo judicial empregada no presente trabalho é utilizada nestes três últimos sentidos, ora para identificar a atividade interpretativa dos Tribunais com fundamentação em conceitos pós-positivistas, ora para verificar a imposição de obrigações positivas e regulamentações

12 A expressão ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos para rotular a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren (1953 e 1969), conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, cujas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. Segundo Barroso, a expressão ganhou conotação negativa, equiparada ao exercício impróprio de competências pelo Judiciário, por força de uma intensa reação conservadora (2014, pp. 7-8).

13 Foi emblemático o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), que considerou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas e estabeleceu a obrigação destas aceitarem estudantes negros em seus quadros; sendo certo que essa decisão judicial, de cunho ativista, foi proferida dentro de um contexto progressista, no período em que Earl Warren presidiu a Suprema Corte (1953 a 1969).

legais pelo Judiciário com relação aos demais Poderes, e, assim, determinando políticas públicas, ora para designar a ampliação dos limites jurisdicionais do Judiciário estabelecidos originariamente para o exercício de seus poderes, respectivamente. Ou seja, criatividade judicial, ativismo remedial e ativismo jurisdicional como espécies do gênero ativismo judicial, este último abrangendo o amplo sentido de conferir 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” (Barroso, 2014, p. 9).

Diante desses conceitos, verifica-se que enquanto a judicialização da política é fenômeno inevitável, sendo que essa inevitabilidade decorre do princípio constitucional da Indeclinabilidade da Jurisdição, o qual, por sua vez, possui raízes no princípio de acesso à Justiça; o ativismo judicial é conduta que procura conferir efetividade ao texto constitucional, retirando o máximo de suas potencialidades, com base no princípio da máxima efetividade.

No que se refere ao ativismo, por se tratar de uma postura assumida pelo Judiciário, poder-se-ia pensar que cabe ao magistrado a escolha entre o atuar de forma ativa ou contida, o que representaria um grande equívoco, tendo em vista que o ativismo garante a eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, principalmente em circunstâncias de omissão dos outros Poderes. Neste último ponto, Barroso elucida que normalmente o ativismo se instala “em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (2014, p. 9).

Em verdade, o ativismo judicial posiciona-se entre a força normativa da Constituição e a separação dos poderes, razão pela qual deve ser exercido de forma ponderada, dentro dos limites do conteúdo jurídico mínimo da norma constitucional. De acordo com o pensamento de Lênio Streck, a prática de ativismo de forma irresponsável, seja para o bem ou para o mal, é o mesmo que voltar aos tempos do positivismo normativo e suas respectivas práticas discricionárias e solipsistas (2010, p. 41). *A contrario sensu*, essa postura ativa, desde que utilizada de forma comedida, em certas situações poderá se apresentar como única alternativa de preservação da Constituição e do Estado Democrático de Direito. Dito de outra forma: nem sempre a atuação do Judiciário com uma certa interferência na esfera de outros Poderes irá significar violação do princípio da separação dos poderes; ao contrário, em certos casos, é medida que se impõe.

Por fim, cabe mencionar que, apesar de circunstâncias distintas, judicialização da política e ativismo judicial possuem estreita relação entre si, principalmente no Brasil, onde se verifica um crescente processo de judicialização da política, cujas condições estruturais já

estavam delineadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas que somente começaram a ser efetivadas em decorrência da modificação da composição do Supremo e promulgação da EC 45/2004, a partir da adoção de postura ativista pela referida Corte (Valle, 2009, pp. 36-38). Nesse diapasão, no caso brasileiro, o ativismo judicial do Supremo “se revela como condição subjetiva – uma atitude assumida pelos magistrados em relação às decisões (e omissões) dos demais poderes – indispensável para se intensificar o processo de judicialização no sistema político brasileiro” (Valle, 2009, p. 38).

Assim é que a judicialização da política e o ativismo judicial encontram o seu *habitat* natural nos casos de omissão legislativa, à medida que a assunção de uma postura ativa pelo Tribunal “poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional” (Mendes *Apud* Valle, 2009, p. 38). E nisso consiste principalmente os casos de cabimento de mandado de injunção, em que o exercício dos direitos constitucionais subjetivos estejam inviabilizados em razão do descumprimento do dever constitucional de legislar, tema objeto de reflexão do presente estudo.

2.2- Supremocracia(?):

Existe controvérsia entre os juristas sobre se em *terrae brasilis* vivemos ou não em tempos de supremocracia. A questão ganha relevância a partir desse novo panorama desenhado pelo constitucionalismo democrático contemporâneo acima mencionado, que contém o delineamento de condições estruturais para a judicialização da política, cujo processo de crescimento e intensificação é determinado pela prática de ativismo judicial. E, assim, a expressão Supremocracia é empregada para designar a expansão da autoridade do Supremo em detrimento das demais instâncias e poderes, revelando o seu protagonismo no cenário político brasileiro.

Oscar Vilhena Vieira identifica, pois, a existência de supremocracia em dois sentidos: o primeiro seria o governo jurisdicional do Judiciário, revelador da autoridade do Supremo em relação às demais instâncias¹⁴; o segundo seria a centralidade política,

14 Sob esse aspecto, pode-se dizer que há uma certa aproximação entre os sistemas *civil law* e *common law*, no que se refere à vinculação dos precedentes judiciais, sobretudo do Supremo, circunstância identificada em diversos dispositivos constitucionais e legais, senão vejamos: art. 103-A da CRFB c/c Lei 11.417/2006, que trata da súmula vinculante; art. 102, parágrafo 3º, da CRFB c/c arts. 543-A e 543-B do CPC, que trata da repercussão geral; art. 518, parágrafo primeiro, do CPC, que trata da súmula impeditiva de recurso; art. 557, *caput*, do

reveladora da autoridade do Supremo em relação aos demais poderes (2008, pp. 444-445).

Destaca-se a seguinte crítica:

No exercício destas funções que lhe vem sendo atribuídas pelos distintos textos constitucionais ao longo da história republicana, ousaria dizer, emprestando a linguagem de Garapon, que, nos últimos anos, o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de “proteção de regras” constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de ‘criação de regras’; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer interprete constitucional, com exercício de poder. Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática (Vieira, 2008, pp. 445-446).

Analisando a construção institucional da supremocracia, o referido autor aponta a ambição constitucional e a concessão de competências superlativas como fatores cruciais para esse cenário de protagonismo da Suprema Corte. O primeiro fator, menciona Vieira, é denominado por muitos doutrinadores como constitucionalização do Direito, criando uma enorme esfera de tensão constitucional e, conseqüentemente, gerando uma explosão da litigiosidade constitucional (2008, pp. 446-447), o que pode se resumir na seguinte equação: “se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo” (Vieira, 2008, p. 447). O segundo fator, prossegue o autor, é relativo ao próprio desenho institucional do Supremo pela Constituição Federal de 1988, que atribui cumulativamente funções de Corte constitucional, foro especializado e Tribunal de última instância, conforme a seguir transcrito:

A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância (Vieira, 2008, p. 447).

CPC, que trata das súmulas como fundamento de negativa de recurso. Outrossim, o art. 520 e ss. do NCPC (PLC 8046/2010 – Substitutivo Paulo Teixeira), prevê a vinculação horizontal e vertical dos precedentes judiciais, o que parece ser um fator decisivo para a consolidação desse processo de aproximação entre os sistemas acima referidos.

Assumindo posição diametralmente oposta, Luís Roberto Barroso, em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, indagado sobre se vivemos um quadro supremocrático, respondeu:

De modo algum. E nem seria bom que vivêssemos. Ninguém deve imaginar que a política ordinária e as transformações sociais que o Brasil precisa possam ser feitas predominantemente pelo Supremo Tribunal Federal ou pela Justiça. O Poder Judiciário até pode ser um coadjuvante importante no avanço social, sobretudo pelo acolhimento de algumas teses progressistas. Mas progresso mesmo, do ponto de vista humano ou político, depende da política. Por curioso que pareça, o Judiciário é uma instância “patológica” da vida (Barroso, 2013).

Na visão do referido jurista, de fato as constituições contemporâneas desempenham os papéis de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto às suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados, bem como disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder (Barroso, 2014, p. 14). Conseqüentemente, o papel de um tribunal constitucional, como no caso do Brasil, do Supremo Tribunal Federal, consiste em “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático” (Barroso, 2014, p. 14); razão pela qual, eventual atuação contramajoritária ou representativa do Supremo em defesa da Constituição ocorrerá em favor da democracia. Ao contrário, em casos que não estejam em jogo direitos fundamentais ou procedimentos democráticos “juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política” (Barroso, 2014, p. 14).

O papel representativo da Corte Constitucional, e esse o que mais interessa para o presente estudo, por se tratar de “atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional” (Barroso, 2014, p. 447), exige um olhar reconstrutivo sobre a postura da Corte, que não pode deixar de se pronunciar sobre questões de omissão de outros poderes e solucioná-las, sob o risco de cometer verdadeira “omissão judicial”. Destaca-se o seguinte argumento:

Não cabe ao Judiciário sobrepor a sua própria valoração política à dos órgãos cujos membros têm o batismo da representação popular. Situação diversa é a que ocorre quando o Legislativo não atuou, porque não pôde, não quis ou não conseguiu formar maioria. Aí haverá uma lacuna no ordenamento. Mas os problemas ocorrerão e o Judiciário terá de resolvê-los. Por exemplo: a) o Congresso não havia ainda regulado a greve no serviço público. Apesar disso, as greves ocorriam, surgiam disputas e o STF viu-se na contingência de estabelecer as regras que deveriam ser aplicadas até que o Congresso viesse a dispor a respeito (Barroso, 2014, pp. 47-48).

Nesta esteira de raciocínio, no presente estudo, adota-se a tese de que não há de se falar em supremocracia, principalmente com relação ao papel representativo do Tribunal Constitucional, pois é natural que seu poder venha a se expandir em casos de ausência de deliberação política, sobretudo em circunstâncias de descumprimento do dever constitucional de legislar, que, em razão disso, acabe por inviabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas. Como bem observa Barroso, “no fundo no fundo, quem tem o poder sobre o maior ou menor grau de judicialização é o Congresso: quando ele atua, ela diminui; e vice-versa” (2014, p. 48).

Realizadas tais considerações, o item seguinte foi reservado para a análise, em específico, do mandado de injunção.

3- O Mandado de injunção como instrumento de acesso à Justiça:

Em oportunidade anterior foi pesquisado os aspectos processuais do mandado de injunção, objetivando traçar a melhor interpretação do instituto com vistas ao acesso à Justiça. Alguns dos resultados obtidos no trabalho anterior, no que se refere especificamente à natureza da sentença e efeitos subjetivos da coisa julgada, serão explicitados em linhas gerais no item a seguir, para que o leitor conheça os pressupostos em que se baseia o presente.

Esclareça-se que, diferentemente dos esforços anteriores, o enfrentamento da questão tem por objetivo analisar os distintos posicionamentos da jurisprudência da Suprema Corte ao longo desses vinte e seis anos de vigência do mandado de injunção, com o intuito de verificar as suas raízes teóricas e filosóficas, para, ao final, descortinar qual o entendimento que mais se adequa ao Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, agregar mais um fundamento em direção ao princípio constitucional de acesso à Justiça.

3.1- Generalidades:

O mandado de injunção é remédio constitucional previsto pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, sem precedente no Direito comparado¹⁵ – o que agrava a

15 Embora seja possível constatar algumas similitudes entre o mandado de injunção previsto na Constituição de 1988 e o Direito comparado (inglês, norte-americano e alemão); o referido remédio constitucional foi concebido de forma singular no ordenamento jurídico pátrio, isto é, “o mandado de injunção tem características tipicamente brasileira, ou seja, não surgiu do direito alienígena” (Borges, 2009, pp. 605-606); razão pelo qual, como bem afirma Rodrigo Mazzei, não havendo paradigma seguro no Direito alienígena, “a análise e fixação dos contornos da figura jurídica nos remetem a estudo mais profundo dentro de nosso próprio sistema, tendo a jurisprudência e a doutrina papel relevante” (*in* Didier Jr., 2011, p. 216).

dificuldade de sua interpretação – à disposição sempre que a ausência de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Pressupõe-se, pois, de um lado a existência de direitos subjetivos constitucionais inviabilizados por omissão normativa do Poder Legislativo ou Executivo e, de outro, o descumprimento do dever constitucional regulamentar.

Foram criadas diversas teorias com o objetivo de delinear a essência do mandado de injunção a partir do conteúdo da sentença e efeitos subjetivos da coisa julgada, tais como, teoria da subsidiariedade, teoria da independência jurisdicional, teoria da resolutividade e teoria mista menor e maior¹⁶.

Para a teoria da subsidiariedade cabe ao Judiciário tão somente declarar a inconstitucionalidade da ausência de norma regulamentadora e, por sua vez, cientificar o órgão, pessoa ou autoridade omissa de sua mora “legislativa”. Apesar de não ser adepto dessa teoria, explica Mazzei: “Segundo a concepção em tela, na decisão do mandado de injunção, deve o órgão julgador se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando o (omisso) responsável pela edição normativa necessária [...]” (*in* Didier Jr., 2011, p. 227). Essa teoria já se encontra ultrapassada.

Aos adeptos da teoria da resolutividade, o mandado de injunção tem por essência tornar viável o exercício de direito subjetivo constitucional pendente de regulamentação no caso concreto. Faz-se necessário, portanto, não só a declaração de inconstitucionalidade por omissão, como também a respectiva normatização com efeitos *inter partes*. Como adepta dessa tese, defende Flávia Piovesan:

A decisão proferida em mandado de injunção, nesta ótica, permite remover, no caso concreto, a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais. Em outras palavras, no caso de lacuna inconstitucional, caberá ao Poder Judiciário criar norma de decisão para o caso concreto, dentro da teologia do sistema normativo existente, sendo-lhe vedado editar normas de regulação gerais e abstratas, como já analisado quando do exame da primeira corrente interpretativa (2003, p. 158).

A teoria da independência jurisdicional também parte da premissa de que o mandado de injunção tem por essência tornar viável o exercício de direito subjetivo constitucional pendente de regulamentação, mas acrescenta que essa omissão deve ser suprida do

16 Essa nomenclatura foi utilizada por Mazzei que, por sua vez, cita Regina Quaresma como precursora (*in* Didier Jr., 2011, p. 226). Quanto à divisão da teoria mista em menor e maior, cabe esclarecer que se trata de criação que surgiu em estudo anterior, em razão da defesa de existência de uma teoria mista (que recebeu a denominação de maior) diferente da teoria mista explicitada por Mazzei (a que recebeu a denominação de menor).

ordenamento jurídico como um todo; para tanto, faz-se necessário não só a declaração de inconstitucionalidade por omissão, como também a respectiva normatização com efeitos *erga omnes*. Piovesan critica: “atribuir ao Poder Judiciário a elaboração de normatividade geral e abstrata implica em afronta ao princípio da tripartição dos poderes, tendo em vista que a produção de norma geral e abstrata é atividade típica e própria do Poder Legislativo” (2003, p. 149).

Para a teoria mista menor (*mix* entre teoria da subsidiariedade e resolutividade) o mandado de injunção tem por essência principal a declaração de inconstitucionalidade por omissão desde que esta seja efetivamente suficiente para sanar a situação de inconstitucionalidade. Assim, deverá haver um pedido principal declaratório, e um pedido secundário constitutivo; sendo certo que o dispositivo principal da sentença tem conteúdo meramente declaratório, com prazo para que o órgão responsável elabore a regulamentação, e o dispositivo secundário da sentença tem conteúdo constitutivo, com a respectiva solução normativa, sob condição suspensiva. Gilmar Mendes, comentando o julgamento do MI 283, em que foi adotada tal tese, esclarece que “o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados” (2008, p. 1.262).

Por fim, a teoria mista maior (*mix* entre teoria da resolutividade e da independência jurisdicional) entende que o mandado de injunção tem por essência tornar viável o exercício de direito subjetivo constitucional pendente de regulamentação no caso concreto ou suprir a respectiva omissão do ordenamento jurídico como um todo, a depender da repercussão do direito a ser regulamentado; para tanto, faz-se necessário não só a declaração de inconstitucionalidade por omissão, como também a respectiva normatização, que terá efeitos *inter partes* ou *erga omnes*. Nesse sentido, é válido destacar as precisas lições de Hachem: “À decisão prolatada no mandado de injunção, por conseguinte, podem ser emprestados os efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, variando conforme as exigências concretas das situações de direito material” (2012, p. 179).

Traçadas, em apertada síntese, algumas das questões já enfrentadas anteriormente e que, portanto, fazem parte dos pressupostos em que se baseia o presente estudo, a seguir será realizada análise sobre a evolução jurisprudencial do Supremo acerca do mandado de injunção, com vistas à investigação sobre a matriz teórica e filosófica dessas decisões judiciais.

3.2- Evolução jurisprudencial da Suprema Corte:

Com o intuito didático de analisar a evolução jurisprudencial do Supremo no tocante à natureza da sentença e efeitos subjetivos da coisa julgada, foram separados os julgados considerados mais expressivos sobre o tema, quais sejam: MI 107; MI 283 e 232; MI 721; e MI 670, 708 e 712. Segue análise de cada um deles.

O julgamento do MI 107 foi o *leading case*, ocasião em que foi aberta questão de ordem para dirimir diversos pontos controvertidos sobre esse instituto inaugurado pela Constituição de 1988, sendo oportuno transcrever trecho da ementa:

[...] é ação que visa a obter do poder judiciário a **declaração de inconstitucionalidade dessa omissão** se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, **com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias**, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da carta magna) [...] (Grifado. STF. MI 107 QO-DF. Rel. Min. Moreira Alves. Pleno. Julgamento: 23.11.1989. DJ: 21.09.1990. Ementa).

O referido julgamento ocorreu apenas um ano após a promulgação da Constituição de 1988, ocasião em que o entendimento sobre o instituto era embrionário, representando o início de seu desenvolvimento, embora a teoria da subsidiariedade tenha sido adotada por muitos anos pela Suprema Corte.

Como já mencionado no item 2, o Brasil é país periférico, marcado por longos períodos ditatoriais, em específico, o regime militar, que perdurou entre os anos de 1964 a 1985, vindo a ser promulgada a atual Constituição democrática somente três anos após. Outrossim, a composição do Supremo Tribunal Federal não fora modificada com a transição de regimes, o que foi crucial para que se verificasse uma Corte ainda muito arraigada aos valores da ordem jurídica anterior.

As decisões judiciais, principalmente com relação ao mandado de injunção que constituía uma novidade a depender de interpretação e construção, refletiram essas circunstâncias, baseando-se em uma democracia formal própria do Estado Liberal. A grande preocupação do Supremo era não intervir nas atividades do Legislativo; assim, em interpretação superficial do princípio da separação dos poderes, utilizou-se analogicamente dos mecanismos que por lei estavam à sua disposição (declaração de mora e notificação), assumindo uma postura passiva própria do positivismo exegético e politicamente neutra perante o Legislativo.

Oportuno citar as críticas de Mazzei com relação à adoção da teoria da subsidiariedade pela jurisprudência do Supremo, *verbis*:

Em nosso sentir, a presente teoria não absorve o espírito de garantia constitucional do *writ*, porquanto a declaração do estado de inércia – assim

como a mera cientificação desse estado – não é apta a satisfazer a pretensão do autor prejudicado pela omissão legislativa. É por isso que afirmamos: segundo a teoria da subsidiariedade, o *mandado de injunção* pouco tem de *mandado* – já que apenas científica – e menos ainda tem de *injunção* – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo a integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável (*in* Didier Jr., 2011, p. 228).

Posteriormente, houve o julgamento dos MI's 283 e 232 ocasião em que foi adotada a teoria mista menor. No julgamento do MI 283, sobre o direito à reparação econômica aos impedidos de exercer sua profissão no período de ditadura militar na forma do art. 8º, parágrafo 3º, do ADCT, assinalou-se o prazo de 45 (quarenta e cinco dias) dias, acrescido de 15 (quinze) dias da sanção presidencial, para que o Congresso Nacional exercesse o dever de legislar a matéria, e ultrapassado esse prazo, a faculdade de o impetrante obter a liquidação de sentença para averiguação do *quantum debeatur* a título reparatório (STF. MI 283-DF. Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 20.03.91. DJ: 14.11.1991). No julgamento do MI 232, sobre o direito de gozar da imunidade previdenciária prevista no art. 195, parágrafo 7º, da CRFB, assinalou-se o prazo de 6 (seis) meses para que o Congresso Nacional adotasse as providências legislativas decorrentes do art. 195, parágrafo 7º, da CRFB, e, ultrapassado esse prazo, o impetrante passaria a gozar da respectiva imunidade (STF. MI 232-RJ. Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 02.08.91. DJ: 27.03.1992).

Muito embora os referidos julgados representem uma evolução, ainda que tímida, convém esclarecer que a teoria mista menor não foi uma tese continuamente adotada pela Suprema Corte, sendo certo que em julgados posteriores, principalmente sobre o direito de greve, retornou-se ao posicionamento de caráter subsidiário anteriormente e, repita-se, durante longo tempo adotado.

Em analisando-os, verifica-se que se aproximam de uma leitura contemporânea de democracia, ao admitirem uma solução de caráter normativo, ainda que sob condição suspensiva, mas não atentam para certas garantias processuais do Estado Democrático de Direito, visto que a referida solução tem caráter secundário, cujo efeito está condicionado ao não cumprimento da parte principal do dispositivo da sentença por parte da pessoa, órgão ou autoridade omissa, o que compromete a efetividade e celeridade do processo. Talvez, na época em que essas decisões foram proferidas pudesse representar um avanço, mas hodiernamente, após vinte e seis anos de promulgação da Constituição, não se pode conceber que seja necessário notificar aquele que tem o dever de regulamentar direitos e liberdades ou prerrogativas constitucionais, para que tome ciência de sua própria omissão, sobretudo quando o referido dever esteja explícito na Constituição, como no caso dos julgados em

análise. Assim, atualmente, qualquer sentença nesse sentido será no mínimo ineficaz e, conseqüentemente, não estará condizente com as premissas de um processo justo.

No ponto, é importante esclarecer que o dever de deliberar pode estar implícito na constituição, hipótese em que a omissão não se apresenta de maneira clara ao parlamento, vindo a se revelar ao longo da evolução da sociedade e reconfiguração das respectivas relações (Valle, 2013, pp. 20-21). Nesses casos, para muito além da simples questão de se impor ou não prazo para a deliberação parlamentar, como forma de provocar uma sensibilização do Legislativo, seria de bom alvitre que o Judiciário indicasse os parâmetros constitucionais a serem observados dentro da margem de deliberação política discricionária. Nesse sentido, segue os ensinamentos de Vanice Lírio do Valle:

Para as situações que envolvam efetivamente um ponto cego de regulação, a indicação dos parâmetros constitucionais a serem considerados contribuirá, decerto, para a qualidade do instrumento normativo que se venha a desenvolver – e esse tipo de auxílio parece pertinente e recomendável para um legislativo que não tenha, a partir de sua própria compreensão constitucional, sequer identificado a necessidade de atuar na regulação. Esse tipo de indicação pelo Judiciário, dos limites do possível à futura deliberação parlamentar nada mais é do que reflexo do papel posto à Constituição, que na lição de Grimm, não é objeto, mas sim premissa das decisões políticas (2013, p. 22).

No que se refere à teoria da resolutividade, o Supremo veio a adotá-la pela primeira vez com o julgamento do MI 721, ao regulamentar o direito à aposentadoria especial do servidor público, com efeito *inter partes*, conferindo solução normativa para o caso concreto. Destaca-se trecho da ementa, *verbis*:

Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91 (STF. MI 721-DF. Pleno. Min. Rel. Marco Aurélio. Julgamento: 30.08.2007. DJ: 30.11.2007).

Cabe mencionar que, embora o avanço jurisprudencial, o entendimento de que a coisa julgada sempre produzirá efeitos *inter partes*, também não se coaduna com uma visão integral de Estado Democrático de Direito, já que equivale ao reconhecimento do fenômeno da judicialização da política no tocante ao mandado de injunção sem o respectivo ativismo judicial ponderado que lhe dê concretude¹⁷. Seria como o paciente que reconhece que deve

17 Recentemente foi aprovada e publicada a súmula vinculante n.º 33 – Sessão Plenária de 09 de abril de 2014, DJE n.º 77 de 24 de abril de 2014 (p. 1) e DJU de 24 de abril de 2014 (p. 1)

tomar o remédio receitado para a sua doença, mas que não toma a dose recomendada para a respectiva cura. Com a metáfora, pretende-se afirmar que restringir a solução normativa aos impetrantes não é suficiente para solucionar a inconstitucionalidade por omissão, visto que o direito a ser regulamentado pode possuir, de *per si*, caráter expansivo. Como bem observa Hachem: “o Estado Constitucional reclama, para a garantia da normatividade da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais, uma postura judicial ativa, sempre que esta se fizer necessária para contrabalancear o silêncio transgressor dos demais poderes estatais” (2012, p. 176).

Com o julgamento dos MI’s 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal regulamentou o direito de greve do servidor público, e tudo indica que com efeitos *erga omnes*. Desconfia-se, pois, que foi adotada a teoria da independência jurisdicional, conforme se extrai de trecho do voto do Min. Relator Eros Graus no julgamento do MI 712, *verbis*:

45. Não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-o, exclusivamente, e em sua plena redação, a Lei n. 7.783, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros de seu exercício. **Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos**, visto que norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só. (Grifado. STF. MI 712. Relator Min. Eros Grau. Pleno. Julgamento: 25.10.2007. DJ: 31.10.2008. Inteiro teor).

Ademais, nas ementas do MI 670 e do MI 708 constou a observação de que o *writ* foi: “conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis 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” (STF. Pleno. Min. Relator Maurício Corrêa. Min. Relator p/ Acórdão Gilmar Mendes. Julgamento: 25.10.2007. DJ: 31.10.2008; STF. MI 708. Pleno. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgamento: 25.10.2007. DJ: 31.10.2008; respectivamente¹⁸).

Acrescenta-se que ficou consignado nos acórdãos dos MI’s 670, 708 e 712 que os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio foram vencidos na parte em que pretendiam limitar a decisão à categoria representada pelo sindicato.

– com a seguinte redação: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica”. Isso demonstra que a Corte oscila entre a deferência, não concedendo efeitos *erga omnes* à decisão em mandado de injunção que trata de interesse transcendental, e a vinculatividade de suas decisões, ao aprovar a referida súmula vinculante (Valle, 2013, p. 14-15).

18 Observe-se que, embora a publicação dos acórdãos dos referidos julgados tenha sido anterior à publicação do acórdão do MI 721, este último foi julgado anteriormente.

Assim, partindo do pressuposto de que o Supremo, com esses julgados, adotou a teoria da independência jurisdicional¹⁹, verifica-se uma postura ativa, mas sem a devida ponderação, assumindo um protagonismo Judicial próprio do modelo de Estado Social, interpretando todos os direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas como passíveis de eficácia expansiva. No entanto, o Brasil é país de modernidade tardia, marcado por profundas desigualdades sociais, o que acaba por justificar a referida postura.

Por fim, cabe mencionar que a Suprema Corte jamais adotou a teoria mista maior, embora esta seja mais condizente com os anseios do Estado Democrático de Direito, o que se passa a expor no item adiante.

3.3- A melhor interpretação diante do Estado Democrático de Direito:

Por tudo o que foi analisado e exposto no presente estudo, defende-se que o mais correto seria que a Suprema Corte assumisse, sim, uma postura ativa, mas de forma ponderada, como propõe a teoria mista maior, e que, portanto, mais se adequa aos ditames de um modelo de Estado Democrático de Direito.

Assim, de acordo com a proposta de Streck mencionada no item 1.3 (conjugação da teoria de Dworkin com a hermenêutica filosófica), cabe ao intérprete anteriormente buscar o sentido do que seja demandas individuais de tutela de direitos individuais, demandas individuais de tutela de direitos coletivos, demandas coletivas de tutela de direitos individuais e demandas coletivas de tutela de direitos coletivos, em ato contínuo traçar previamente os efeitos que cada uma delas deverá receber (*inter partes* ou *erga omnes*), para, ao final, enquadrar o caso concreto em uma das hipóteses pré-concebidas, que serão diferenciadas de acordo com a transcendência ou não dos interesses, e assim conceder o efeito correspondente, em fundamentação analítica²⁰ coerente com o conjunto de princípios constitucionais.

19 Importante esclarecer que os referidos julgados possuem votos com certas variações acerca das teorias então expostas; a prova disso é que em posteriores julgados, inclusive no âmbito de reclamações, vislumbra-se oscilação da Suprema Corte entre o acolhimento da teoria da resolatividade e da independência jurisdicional, o que demonstra que a questão está longe de ser pacífica. Outrossim, nos julgamentos dos MI's 670 e 708, conforme se verifica em suas ementas, assinalou-se prazo de 60 dias para que o Congresso legisle sobre a matéria, não como forma de notificação da omissão e condição para que a solução judicial normativa produza efeitos, mas sim como decurso temporal razoável para a sensibilização do Legislativo, em que o Judiciário, desde já, indica os parâmetros constitucionais a serem seguidos. Sobre a questão do prazo, cf. Valle, 2013, pp. 4-8; sobre a parametrização constitucional e sensibilização do Legislativo, cf. Valle, 2013, pp. 16-23).

20 A propósito da questão da fundamentação analítica, que nada mais é do que o fundamento e a justificativa de determinada decisão judicial, como forma de evitar decisionismo e ativismo imoderado, convém mencionar que o art. 499, parágrafos 1º e 2º, do NCPC (substitutivo Paulo Teixeira) prevê expressamente a necessidade.

Por sua vez, impende salientar que a linha de fronteira entre a ampliação de competências da Suprema Corte com relação aos demais poderes e instâncias, e o governo de juízes é tênue, assim como entre direito e política o é; de tal sorte que seria de bom alvitre começar a se pensar em fórmulas menos ativistas, ainda que moderadas, e mais participativas entre os poderes, também com relação ao mandado de injunção, aptas a solucionar a questão da omissão de forma dialogal.

Interessante foi o que ocorreu no julgamento do MI 943-DF (STF. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 06.02.2013, DJ: 02.05.2013), sobre aviso prévio proporcional de servidor público, em que a Corte, após julgar procedente o pedido e iniciar debate sobre os possíveis critérios de proporcionalização, entendeu por bem suspender o processo para melhor análise das diferentes propostas, o que acabou por acelerar o processo legislativo e culminou com a promulgação da Lei 12.506/2011, sendo esta própria posteriormente adotada como critério normativo pelo Supremo aos mandados de injunção até então impetrados.

Assim é que, de forma assemelhada com o que ocorreu no julgamento do MI 943, articula-se a possibilidade de a Suprema Corte, quando do julgamento do mandado de injunção, avançar no exercício da solução normativa, determinando os parâmetros constitucionais a serem seguidos pelo Legislativo, e suspender o julgamento conferindo prazo para deliberação parlamentar, que deverá observar os referidos parâmetros dentro da margem de deliberação política discricionária, com a advertência de que, ultrapassado o referido prazo sem a respectiva deliberação, valerá a solução normativa indicada na decisão judicial. Tal possibilidade, em verdade, valeria como impulso à sensibilização do Legislativo.

CONCLUSÃO

O modelo de Estado Liberal foi produto da luta política da burguesia contra o Estado absolutista; assim, a Constituição incorporou valores burgueses de um Governo limitado por direitos fundamentais individuais como barreira às interferências estatais na vida privada, justificando uma passividade Judicial própria do positivismo exegético e o processo como duelo privado.

O modelo de Estado Social surgiu da necessidade de diminuir a desigualdade gerada pelo capitalismo exacerbado do liberalismo. Nesse caso, a Constituição incorporou valores ligados à solidariedade, igualdade material e justiça social, prevendo direitos fundamentais prestacionais, o que justifica o início de uma fase de protagonismo Judicial próprio do positivismo normativo, com vistas à implementação das promessas constitucionais, representando marco histórico da publicização do processo.

O modelo de Estado Democrático surgiu da constatação da complexidade das relações jurídicas, políticas e sociais, procurando fugir dos dois extremos dos modelos anteriores e situar-se no meridiano; motivo pelo qual, a Constituição passa a corporificar a aproximação entre direito, política e sociedade, não só positivando princípios políticos e sociais, mas também reconhecendo a existência de princípios implícitos, o que justifica a atuação jurisdicional ativa sob a perspectiva participativa e vinculada a princípios constitucionais, própria da filosofia pós-positivista. O processo, visto como instrumento de garantias constitucionais, segue essa mesma linha dialética de efetiva participação das partes, cooperação e boa-fé objetiva.

O Estado Constitucional pós-modernidade incorporou uma série de valores políticos e sociais no texto constitucional, o que acarretou a juridicização dessas matérias, e, por conseguinte, a possibilidade de controle judicial de políticas públicas e das relações sociais. Portanto, o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais decorre da própria Constituição, como no caso do mandado de injunção, que necessita da adoção de uma postura ativa por parte do Judiciário, como forma de conferir efetividade à norma constitucional pendente de regulamentação.

Assim, a judicialização da política é fenômeno mundial inevitável decorrente da juridicização de princípios políticos e morais; já o ativismo judicial é expressão utilizada pelos procedimentalistas para criticar os substancialistas, por isso a conotação negativa, mas que na verdade diz respeito à postura ativa do Judiciário frente aos casos difíceis, e que pode ser legitimada se utilizada de forma moderada e com base em princípios constitucionais.

O Supremo exerce poder contramajoritário de controle de constitucionalidade por ação, e poder representativo de controle de constitucionalidade por omissão, atendendo às demandas sociais e anseios políticos que não foram satisfeitos em tempo pelos poderes Legislativo e Executivo; é neste segundo aspecto que se enquadra a judicialização da política no tocante ao mandado de injunção.

A jurisprudência do Supremo inicialmente revelava uma Corte passiva, ainda muito arraigada aos valores da ordem ditatorial anterior, consequência da não modificação de sua composição quando da inauguração da nova ordem constitucional em 1988. Atualmente, verifica-se que a Corte está mais afinada com os valores constitucionais, ao permitir que a sentença em mandado de injunção contenha solução normativa, reconhecendo a verdadeira finalidade do mandado de injunção e conferindo-lhe efetividade. Chama-se a atenção, apenas, para a concessão de efeitos *erga omnes* para todos os casos indiscriminadamente, tendo em vista que isso pode suplantiar um ativismo judicial exacerbado e, conseqüentemente, um

protagonismo Judicial próprio do Estado Social. Portanto, defende-se a tese de que, dentro de um ativismo judicial ponderado, o mais correto seria a adoção da teoria mista maior, para que a sentença de mandado de injunção tenha a natureza constitutiva com efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, a depender do caso concreto. No entanto, o Brasil é país de modernidade tardia, marcado por profundas desigualdades sociais; vindo a configurar um Estado Democrático Social, visto que possui características desses dois modelos. Nesse contexto, o protagonismo Judicial ainda se faz necessário e o mandado de injunção é instrumento essencial à implementação de direitos sociais, como expressão da soberania popular e democracia substancial.

Por fim, diante da constatação de que seria de bom alvitre começar a se pensar em fórmulas mais participativas entre os poderes também com relação ao mandado de injunção, levanta-se a seguinte hipótese: o mandado de injunção tem potencial para deflagrar diálogo institucional? A referida indagação constitui provocação a futuras pesquisas.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais.** Revista Forense, v. 351, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre Direito e Política.** 5 fev. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Último Acesso: 29 jun. 2014.

_____. **Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos.** Entrevista à Revista Consultor Jurídico. HAIDAR, Rodrigo (editor). Brasília. 7 jun. 2013. <http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo-tribunal-federal>.

BORGES, Nilton Alexandre. **Os efeitos da decisão do mandado de injunção.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/>.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério** [Trad. Nelson Boeira]. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira e SANTOS, Igor Raatz dos. **O processo civil no Estado Democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial.** Revista NEJ, 2011, v. 16, n. 2, pp. 150-169.

Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278/2061>. Último Acesso: 27 jun. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** [tradução João Baptista Machado]. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade** [Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque]. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000, pp. 183-202. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Último Acesso: 1º jul 2014.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In DIDIER JR., Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. 5 ed. rev. atua. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2011. pp. 215-216).

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. atual.. São Paulo: Saraiva, 2009.

OST, François. **Júpiter, Hércules e Hermes: Tres modelos de juez**. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. año 4, n. 8, 2007, pp. 101-130. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf. Último Acesso: 30 jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev. atua. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manoel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas**. *CES-Coimbra*, n. 65, nov. 1995. Disponível em: <http://web.ces.uc.pt/ces/publicacoes/oficina/065/65.pdf>. Último Acesso: 03 jul. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários**. *Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 7, 2010, pp. 15-45. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>. Último Acesso: 10 jun. 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal – laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor**. Belo Horizonte: Editora Forum, A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 51, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista de Direito GV, 2008, pp. 441-464. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Último Acesso: 22 jul. 2014.