

MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

WRIT OF INJUNCTION AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

Carlos Augusto de Oliveira Diniz¹

Rogério Nogueira Guimarães²

Resumo: Partindo de uma abordagem na qual se utiliza o método dedutivo o presente trabalho visa analisar a relação entre o direito processual e a efetivação de direitos fundamentais. O servidor público civil é destinatário de um direito que foi previsto no texto constitucional de 1988. O mesmo texto disse que este servidor somente poderia gozar deste direito após a edição de lei regulamentadora. Ocorre que quase duas décadas depois o legislativo nada havia feito para efetivar esse direito. Desta forma, o Mandado de Injunção se mostra o remédio mais adequado para chamar o Estado a se articular para garantir esse direito. Mas será que este instrumento jurídico não pode provocar um choque entre os poderes e com isso colocar a democracia em risco? Em torno desta questão gira o presente trabalho. E ao final percebe-se que hoje existe uma crise de credibilidade com relação ao Poder Legislativo, e isso parte não só da sociedade, mas também dos demais poderes.

Palavras-chave: Mandado de Injunção; Direitos Fundamentais; Efetividade.

Abstract: Starting from an approach which uses the deductive method this paper aims to examine the relationship between procedural law and the realization of fundamental rights. The public servant is a recipient of a civil right that was provided in the Constitution of 1988. The same text says that this server could enjoy this right only after the issue of regulatory law. And almost two decades after the Legislature had done nothing to enforce law this. Thus the writ of injunction shown remedy more appropriate to call the state to coordinate to ensure that right. But is this legal instrument may not cause a clash between the powers and thereby placing democracy at risk? Revolves around this question this paper. And in the end you realize that today there is a crisis of credibility with respect to the legislature, and this part not only of society but also the other.

Keywords: Writ of Injunction; Fundamental Rights; Effectiveness.

Introdução

A instigação que nos moveu a pesquisar sobre o referido tema é marcada basicamente pelos aspectos que envolvem a letargia do Estado via poder Legislativo em não regulamentar

¹ Docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS (Unidade de Paranaíba). Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. E-mail: carlosaugustodiniz@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3127802813505867>

² Docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS (Unidade de Paranaíba). Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. E-mail: rogerio.ng@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0295057781995793>

os direitos previstos no texto constitucional. E então debruçamos nossa análise em torno de um instrumento ímpar que é o Mandado de Injunção, instrumento pertinente para buscar a regulamentação de um direito que não pode ser exercido devido a essa omissão legislativa.

Buscamos ainda fazer uma interface do pedido formulado via mandado de injunção e seus reflexos entre a harmonia dos três poderes. Uma vez que em tese ao julgar o pedido o Judiciário deve exigir do Estado Legislativo uma postura ativa. E será que isso não viola a separação dos poderes? Será que isso não coloca o judiciário em uma condição desconfortável?

Defendemos que não, primeiro porque a relação entre os poderes é marcada por prerrogativas muito mais prejudiciais que a ordem para legislar, cite-se por exemplo a Súmula vinculante editada pelo STF, ou as medidas provisórias do poder Executivo. Se eles não hesitam em usurpar o Legislativo com essas funções, não podem se omitir de exigir do legislativo uma postura que irá atender ao cidadão.

Cidadão que não consegue exercer um direito por falta de regulamentação. Executivo e Judiciário podem usurpar funções do legislativo para atenderem a anseios dos Ministros do STF ou do Presidente da República, mas não pode o Judiciário “ordenar” o legislativo quando se trata de atender aos anseios do indivíduo? Isto é um contrasenso.

E dizemos isso porque percebemos que o poder não é um fim em si mesmo, mas uma mera ferramenta de satisfação do cidadão. Por isso o Judiciário não pode se omitir, e se tiver que exigir do legislativo uma ação deve fazê-lo. Isto não mina a democracia, pelo contrário consolida-a para o cidadão.

1. Mandado de Injunção: O remédio para combater a letargia do Estado.

O nosso texto constitucional é peculiar, pois apresenta alguns avanços interessantes, sobretudo no que diz respeito a facilitar a garantia e defesa de direitos conferidos ao cidadão. Neste sentido a Constituição Federal de 1988 previu no artigo 5º, inciso LXXI o seguinte: *“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”*.

Dessa forma, percebemos que o Mandado de Injunção, antes de tudo, não é um “direito propriamente dito”, mas um instrumento que visa garantir que determinado direito, cujo exercício dependa de regulamentação, possa efetivar a viabilidade desse exercício.

Dessa forma podemos claramente entender que o Mandado de Injunção é um direito fundamental, tendo em vista a sua previsão constitucional. Importante frisar que os direitos

constitucionais não somente estão entabulados no art. 5º da Constituição, mas por todo o texto da Constituição Federal segundo ensinamento de Ingo Wolfgang (SARLET, 2009, p.65).

O Mandado de Injunção é motivo de asseverada discussão no campo doutrinário no que diz respeito a sua origem, pois embora exista pesquisa da doutrina, não se encontra no direito estrangeiro instituto semelhante, percebe-se que a semelhança até agora fica presente na terminologia

Não há consenso doutrinário sobre a origem do mandado de injunção. Entendemos que ele foi inspirado em alguns remédios dos sistemas inglês e norte-americano. Porém, não há no direito estrangeiro instrumento exatamente com as mesmas semelhanças do mandado de injunção brasileiro. (ALMEIDA, 2007, p. 621)

Na mesma direção de Gregório Assagra está lição de Rodrigo Reis Mazzei (DIDIER JUNIOR, ABELHA, 2007, p. 136). Mas então podemos dizer que o texto constitucional brasileiro está à frente de outras constituições pelo mundo? O fato é que não é bem assim, pois uma análise crítica nos indica que o Mandado de Injunção é a maneira encontrada pelo constituinte de 1988 para combater o que se chama de inefetividade de norma constitucional.

Isso por si só demonstra na verdade que somos bastante capazes de legislar, porém, percebemos no Brasil uma verdadeira letargia no tocante a efetivação dos direitos fundamentais. Estamos na fase de criar direitos, pouco se importando se de fato sofrerão efetivação. Somos um país em que se escuta com frequência no meio popular o jargão “essa lei não pegou”.

Isso é uma demonstração clara de que estamos com um problema social preocupante no tocante a legitimidade das instituições, tanto que chega a parecer que diante de tantos escândalos políticos a população não acredita mais na “instituição legislativo”, o que é grave, pois compromete o sistema democrático e o próprio futuro do Estado. Tal problema foi abordado por Gregório Assagra “[...] o mandado de injunção foi criado com o fim de buscar a ‘cura’ de uma ‘doença’ conhecida como síndrome de inefetividade das normas constitucionais” (ALMEIDA, 2007, p. 621).

Segundo Uadi Lammêgo a influência do instituto em questão advém do modelo da *common law* seria uma saída encontrada pelo judiciário para o caso concreto sem regulamentação. Dessa forma podemos perceber o princípio da proibição de não se furtar a obrigação de decidir (BULOS, 2007, p. 380). Alexandre de Moraes também leciona neste sentido

Alguns autores apontam a origem dessa ação constitucional no *writ of injunction* do direito norte-americano, que consiste em remédio de uso frequente, com base na chamada jurisdição de equidade, aplicando-se sempre quando a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para

solucionar, com justiça, determinado caso concreto. (MORAES, 2005, p. 153).

Mas então pontuamos que, da forma em que existe no Brasil, trata-se de uma inédita criação brasileira. Importante ainda é deixar claros os requisitos que possui o Mandado de Injunção que basicamente são dois: 1º) a falta de norma regulamentadora que efetive um direito a liberdade ou prerrogativa; 2º) ser o impetrante o beneficiário imediato do direito, liberdade ou prerrogativa (BULOS, 2007).

Outro aspecto importante é não confundir o Mandado de Injunção com a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, cuja diferença é demonstrada por Uadi Lammêgo

Várias são as diferenças: na omissão, a matéria é versada, tão-somente, em abstrato; na injunção, em caso concreto. Por isso os efeitos da sentença da primeira dá-se *erga omnes*, enquanto na segunda os efeitos da sentença opera-se *inter partes*; a competência para processar e julgar a omissão é privativa do Supremo Tribunal Federal, ao passo que a injunção poderá ser processada e julgada não apenas pela Corte Suprema, mas também pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais de Justiça dos Estados; a legitimidade para a propositura da omissão abarca, apenas, os sujeitos enumerados no art. 103; a legitimidade para a propositura do mandado de injunção pertence a qualquer pessoa, indivíduo, grupos, partidos, sindicatos, associações etc; a legitimidade passiva na omissão recai sobre o sujeito inibidor do exercício do direito; o objeto da omissão cinge-se à garantia da Constituição, impedida de ser aplicada por falta de providência legislativa; o objeto da injunção é a satisfação do direito ou liberdade obstaculizada pela inércia do legislador; a omissão visa garantir a efetividade das normas constitucionais de eficácia limitada; a injunção visa defender o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa de índole constitucional. (BULOS, 2007, p. 381).

Importante frisar que o Mandado de Injunção não produz efeitos *erga omnes*, e sim *inter partes*. Essa diferença por si só já delimita uma acentuada linha divisória entre os institutos. Portanto, não poderá o operador do direito se deixar levar pela semelhança que os institutos possam ter, pois conforme asseverou Uadi Lammêgo as diferenças são estruturais (BULOS, 2007).

1.1. Natureza Jurídica do Instituto

Mas ainda intriga-nos analisar qual seria a natureza jurídica da decisão do Mandado de Injunção, e na busca por respostas encontramos um posicionamento do ministro do Supremo Tribunal Federal, Néri da Silveira

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir Mandado de Injunção nº 107, que entende deve o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, *comunicar* e existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por

último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tornar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. (SILVEIRA, 1995, p. 8.265).

Entendemos de suma importância a preocupação do ex-ministro do STF, porém, *data vênua* permita-nos discordar por alguns aspectos que iremos demonstrar. Inicialmente temos que ir na raiz do Estado. Este quando criado devido ao fato do homem ser um ser político; e essa essência política fez o homem constituir família, aldeia, cidade-estado (ARISTÓTELES, 2007).

Constituído o Estado Aristóteles também percebeu que a concentração de poder não era algo maléfico a democracia e sugeriu a sua divisão (ARISTÓTELES, 2007), posteriormente tivemos filósofos como o barão Charles Montesquieu que aperfeiçoou a teoria e Aristóteles. Com Montesquieu pode-se dizer que o modelo de tripartição do poder conforme, conhecemos hoje, Executivo, Legislativo, e Judiciário, tenha surgido (MONTESQUIEU, 2002).

A tripartição tem um princípio básico que é o da independência e harmonia entre os poderes, que é a preocupação do ex-ministro Néri da Silveira. Dessa forma o Executivo cumpre a lei; o Legislativo cria as leis; e o Judiciário decide as controvérsias.

Primeiramente entendemos que as decisões do judiciário em sede de Mandado de Injunção não ferem a independência e harmonia, porque os três poderes não são três Estados diferentes, pelo contrário, são vertentes de um poder que é uno. Logo, qualquer dos poderes poderá satisfazer o cidadão, isso é a síntese do ensinamento aristotélico que diz que a sociedade deve pugnar pelo bem comum (ARISTÓTELES, 2007).

Ademais, entendemos que se o texto constitucional dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, cabe ao Judiciário dar uma resposta sempre que provocado, pois a inércia do judiciário somente poder perdura até a provocação inicial, e não após o pedido.

Portanto, discordamos do ex-ministro Néri da Silveira devido ao fato de que não pode o cidadão que já não recebeu a regulamentação via Legislativo, ter de esperar ainda mais para ter essa regulamentação e poder usufruir de um direito que não é efetivo justamente pela letargia demasiada do Estado. Porém, neste sentido temos visto algumas decisões do Pretório Excelso que se coadunam com o pensamento do ex-ministro Néri da Silveira

Em 20/03/1991, ao julgar o Mandado de Injunção nº 2837, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, o STF pela primeira vez estipulou prazo para que fosse suprimida a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados, mediante o reconhecimento ao impetrante de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos arbitrados. No mesmo sentido o julgamento do MI nº 232, ocorrido em 02/08/1991. Posteriormente, em 22/11/1991, ao julgar o Mandado de Injunção nº 284, de objeto idêntico ao do MI nº 283, manifestou-se o STF no sentido de reiterar comunicação ao Congresso, mas já assegurando aos destinatários do direito possibilidade imediata de ingresso da ação de reparação de natureza econômica. (SILVA, 2008, p. 44).

Discordamos, mas entendemos que o verdadeiro motivo do Supremo Tribunal Federal é a mais republica e democrática cautela a fim de não desgastar a relação entre os poderes. Porém, não se pode deixar também de ratificar que o cidadão que vai ao Judiciário devido a uma “omissão” no Legislativo tem o pleno direito de uma resolução breve de sua demanda, afinal o cidadão não pode ter um Legislativo que não legisla e um Judiciário que se recusa a julgar.

Gregório Assagra (ALMEIDA, 2007) classifica a natureza Jurídica do Mandado de Injunção em cinco planos: Direito Constitucional; Direito Processual; Provimento; Procedimento; Dimensão dos Direitos Tuteláveis. Essa separação poderá levar a uma análise mais profunda do Mandado de Injunção.

Dessa maneira, para o Direito Constitucional, trata-se de uma garantia constitucional fundamental, e como tal o autor defende que não é passível de interpretação que venha restringir sua aplicação; tem aplicação imediata; e é clausula pétrea; tem legitimidade no trâmite; tem eficácia potencializada ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha explorado essa condição a contento (ALMEIDA, 2007).

Para o direito processual o Mandado de Injunção tem caráter de ação constitucional. Já no plano processual do provimento, segundo Gregório Assagra, a questão se apresenta polêmica e até emite crítica ao STF que, segundo o autor, adotou um posicionamento tímido ao conferir caráter meramente declaratório à ação de Mandado de Injunção, e com isso dando

ao instituto efeitos de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ALMEIDA, 2007, p. 624).

Na doutrina essa celeuma não é menor. Ela nos dá uma ideia de que as correntes são muitas no tocante ao provimento que será dado ao pedido formulado. Dependendo da tendência adotada, ter-se-á uma nova natureza

Mesmo no plano doutrinário, observa-se que a questão também é polêmica e dependendo da corrente que se adote, poderá o mandado de injunção assumir, no plano do seu provimento concessivo, natureza: a) *constitutiva geral* (o Poder Judiciário elabora a norma regulamentadora geral para tornar viável o exercício do direito para todos); b) *constitutiva individual* (concretista individual – o Poder Judiciário torna viável o exercício do direito com a implementação da norma regulamentadora somente para aquele caso deduzido jurisdicionalmente); c) *declaratória* (não-concretiva – o Poder Judiciário declara a omissão legislativa com a comunicação ao poder competente para sua elaboração); d) *mandamental* (o Poder Judiciário dá ordem para que o órgão ou poder competente elabore a norma que esta tornando inviável o exercício de direito constitucional). (ALMEIDA, 2007, p. 625).

Em uma época em que se observa no meio jurídico discursos cada vez mais inflamados defendendo e exigindo um processo efetivo que surta efeito lógico para o cidadão o Mandado de Injunção deve sim possuir a natureza constitutiva geral.

Com relação ao procedimento o instituto é entendido como sumaríssimo, pois já que por falta de norma específica é utilizado o rito do Mandado de Segurança, conforme a Lei 8.038 de 28 de Maio de 1990: “*Art. 24 - Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor. Parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica*”. (grifo nosso).

O parágrafo único nos dá a dimensão de que o Mandado de Injunção ainda não foi regulamentado. Sem falso trocadilho poderíamos dizer que se pode impetrar um Mandado de Injunção para que o instituto possa ser regulamentado, poder-se-ia enquadrar o pedido por se tratar de um direito fundamental ligado ao exercício da cidadania. Nessa hipótese obrigatoriamente haveria uma decisão de efeito *erga omnes*.

Acerca do tema pontuam Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 338) “*Encontra-se pendente de apreciação, na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 6.002/90, já aprovado pelo Senado Federal, que regulamenta o mandado de injunção*”. Ocorre que, no próprio projeto existe a disposição de uso subsidiário do Código de Processo Civil e do procedimento do mandado de segurança (MEIRELLES, MENDES, WALD, 2010).

Isso vai ao encontro do que o STF sabiamente entendeu, ou seja, o entendimento de que o Mandado de Injunção por ser direito fundamental faria jus a aplicação imediata conforme dispositivo do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, e que por isso dever-se-ia aplicar ao instituto o procedimento do Mandado de Segurança (ALMEIDA, 2007, p. 644).

Com relação aos direitos tuteláveis o Mandado de Injunção poderá ser individual ou coletivo, e por isso é dita ambivalente. Existe uma resistência quanto a possibilidade de usá-lo para a tutela de direitos difusos. Gregório Assagra apresenta explicação de Flávia Piovesan para a proibição de Mandado de Injunção para regulamentar direitos difusos

Argumenta a jurista que se o admitisse para a tutela também de direitos difusos, ele estaria a se confundir com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. E ainda complementa que caberia, no julgamento de mandado de injunção, a elaboração da norma regulamentadora geral e abstrata. Nesse caso, diz Piovesan que o mandado de injunção deixaria de constituir instrumento de defesa de direito subjetivo, voltado a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, para se transformar em instrumento de tutela de direito objetivo, de sorte a permitir a eliminação de lacunas do sistema jurídico-constitucional. (ALMEIDA, 2007, p. 630).

Dessa forma, ao se buscar analisar a natureza jurídica dessa “criação tupiniquim” devemos analisar os cinco planos, sem deixar de enquadrar essa natureza ao momento jurídico que vivemos, qual seja, a era da efetividade, da lógica processual.

1.2. Mandado de Injunção: um direito fundamental de proteção

Até agora não havíamos iniciado um estudo sobre o Mandado de Injunção levando em consideração que este instituto na verdade é um direito de proteção, ou melhor, um direito a receber proteção do Estado. Mas como? É simples. A ideia se funda no fato de que o pedido no Mandado de Injunção é em geral para que o poder público proteja um direito a que o cidadão faz *jus*

Para seus destinatários, direitos de defesa são, dentre outras, proibições de destruir ou afetar negativamente algo. Já os direitos a prestações são, para seus destinatários, dentre outras, obrigações de proteger ou fomentar algo. Se é proibido destruir ou afetar negativamente algo, então, toda e qualquer ação que represente ou produza destruição ou afetação negativa é proibida. De outro lado, se é obrigatório proteger ou fomentar algo, nem toda ação que represente ou produza uma proteção ou um fomento será obrigatória. Assim é que a proibição de matar implica, ao menos *prima facie*, a proibição de qualquer ação de matar; já a obrigação de salvar não implica toda e qualquer ação de salvar. Se é possível salvar alguém que está se afogando seja nadando até ele, seja atirando uma boia, seja com o auxílio de um barco, de nenhuma forma serão as três ações simultaneamente obrigatórias. Ao contrário, obrigatória é *ou* a primeira, *ou* a segunda *ou* a terceira ação. Mas isso significa que, se não houver motivos restritivos adicionais, o destinatário do dever de salvar tem uma discricionariedade, no interior da qual ele pode escolher como pretende realizar seu dever. (ALEXY, 2008, p. 461/462).

Partindo de uma compreensão oriunda da ideia de Robert Alexy podemos entender que o Mandado de Injunção é um direito a prestação, pois visa a tutela de direitos. É um instrumento de proteção muito amplo, pois não se restringe, sua importância advém justamente por esse caráter genérico, podendo tutelar vários direitos que careçam de regulamentação.

Além desse aspecto devemos buscar enquadrar o Mandado de Injunção como direito fundamental. Sabemos que os direitos fundamentais não surgiram simplesmente da vontade consciente do legislador conforme leciona Ingo Wolfgang

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. (SARLET, 2009, p. 46):

Importante frisarmos a cronologia deste processo, pois, conforme ensina Ingo, os direitos fundamentais surgiram de uma luta árdua que culminou com um mínimo de direito do cidadão frente ao Estado como uma forma de garantir um círculo de não interferência do Estado na esfera individual.

Mas num segundo momento o cidadão necessita da intervenção direta do Estado como forma de propiciar ao indivíduo o gozo de determinados direitos. Dessa forma, o Estado que foi afastado passa a ser atraído para atuar garantindo direitos, é uma temperança para atingir a presença ideal do Estado, nem muito e nem pouco, uma presença equilibrada, pois somos políticos e não vivemos sem Estado (ARISTÓTELES, 2007).

Cite-se o caso do Mandado de Injunção onde o cidadão chama o Estado a atuar, chama o Estado a acordar e atuar em prol da efetividade de um direito. Neste sentido Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins apresentam uma análise acerca da teoria do *status* de Georg Jellinek.

A ideia básica de Jellinek circula em torno de duas esferas de interação; sendo o indivíduo representado pela esfera (I), e o Estado pela esfera (E). E a intersecção destas esferas fez nascer três classes de direitos fundamentais que veremos agora (DIMOULIS, MARTINS, 2008, p. 64).

Dessa forma temos os direitos de *status negativus* que podemos traduzir coma a “primeira onda”. Estão ligados aos ditos direitos de resistência que visam afastar o Estado

Trata-se de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado. Nessa hipótese, **E** (esfera do Estado) não deve interferir (‘entrar’) em **I** (esfera do indivíduo), sendo que o indivíduo pode repelir

eventual interferência estatal, resistindo com vários meios que o ordenamento jurídico lhe oferece. Estes direitos *protegem* a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado e, logicamente, *limitam* as possibilidades de atuação do Estado. (DIMOULIS, MARTINS, 2008, p. 64).

Denominamos a “segunda onda” como sendo na criação de Jellinek os direitos de *status positivos*, que antes de tudo são decorrentes de um modelo de sociedade capitalista que num momento pós-revolução industrial passou a explorar o homem de tal maneira que fez com que se passasse a garantir um mínimo para aqueles mais desfavorecidos socioeconomicamente

A categoria dos direitos de *status positivos*, também chamados de direitos ‘sociais’ ou prestações, engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*. O Estado deve agir no sentido indicado pela Constituição (**E** deve interferir na esfera **I**). De forma simétrica, o indivíduo tem o direito (positivo) de receber algo, que pode ser material ou imaterial (**E** deve entrar em **I**). O termo ‘direitos sociais’ se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. Mas isso não o torna um direito coletivo. Enquanto direitos públicos subjetivos, os direitos fundamentais não são só individualizáveis como, em primeira instância, direitos individuais (dimensão subjetiva). (DIMOULIS, MARTINS, 2008, p. 67).

E, por último, temos os direitos que Jellinek denominou de direitos de *status activus*, que são os direitos de participação do cidadão nos rumos do Estado: são os direitos políticos. Pode-se dizer que se analisarmos o inciso LXXI do artigo 5º da CF/88 encontrar-se-á no Mandado de Injunção um direito de *status activus*.

Se levarmos em consideração o fato de que o Mandado de Injunção assumia a natureza *constitutiva geral*, ou seja, o Poder Judiciário elabora a norma regulamentadora geral para tornar viável o exercício do direito para todos, confirmaremos a ideia dita no parágrafo acima. Para Georg Jellinek “*Essa categoria de direitos oferece a possibilidade de participar na determinação da política estatal de forma ativa (o I pode interferir no E)*” (DIMOULIS, MARTINS, 2008, p. 67).

Como exemplo, temos o direito ao voto. Desta forma, em 2010 quando os brasileiros votaram, eles estavam exercendo um direito seu, um direito de *status activus*, influenciando os destinos que o país irá tomar. Com isso podemos dizer que o Mandado de Injunção pode ser entendido, grosso modo, como um direito de *status activus* do cidadão, pois este pode agir para alterar a ordem pré-existente.

2. Eficácia do Texto Constitucional e a relação entre os Três Poderes.

Como citado anteriormente o Mandado de Injunção é um direito fundamental. Dissemos ainda que é um direito de *status activus* segundo a classificação de Georg Jellinek. Porém, não podemos deixar de entender que o referido instituto, ou melhor, seu exercício está no campo da efetividade das normas constitucionais.

Não bastasse isso ainda podemos perceber que o próprio instrumento criado para pleitear-se uma regulamentação para que se possa utilizar um direito está carecendo de regulamentação.

Mais importante ainda é o fato de que os direitos fundamentais, segundo o artigo 5º, § 1º, da CF/88, possuem aplicação especial, ou seja, “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Essa previsão constitucional pode ser analisada como sendo uma forma de defesa do texto constitucional, uma defesa contra a falta de efetividade.

Este, ao que parece, é um dos grandes males a ser combatido pelos Estados. Não resta dúvida que a Constituição brasileira é meticulosa, possuindo uma gama considerável de direitos e garantias. Porém, um problema que temos constatado no Brasil é com relação a efetivar esses direitos.

Então precisamos defender o texto constitucional. Mas quando se fala em defender o texto constitucional não estamos nos referindo a modificá-lo, mas sim de defendê-lo de uma moléstia denominada inefetividade.

Entretanto, no caso em tela, o Mandado de Injunção, como bem ponderou o ex-ministro Néri da Silveira, envolve uma relação entre o poder Legislativo e Judiciário. Uma relação que pode gerar um atrito entre os poderes. Nesta direção pondera Carl Schmitt

El Estado cívico de Derecho descansa sobre la distinción real de diversos poderes. Cabe rechazar la distinción de poderes, tomando como base ciertas tendencias absolutistas, como acostimbrada a suceder en el sistema de la monarquía constitucional alemana; cabe otorgar también al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política, que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional. La distinción sustancial existente entre legislación y Justicia no se destruye comprimiendo en su sentido gramatical ciertas denominaciones imprecisas (división de poderes, separación de poderes) o aludiendo a las dificultades de la delimitación en particular, o a posibilidades de interferencia y a otros fenómenos parecidos, o, finalmente, recordando que en lugar de la fórmula tripartita tradicional (poderes legislativo, ejecutivo y judicial) son todavía posibles otras categorías y diferencias. Como Larnaude dice exactamente, existen tantas formas de división de poderes como Estados. Pero la diversidad no prueba la inexistencia de la división, ni tampoco que se tenga derecho a despreciar todas las diferencias existentes entre legislación y Justicia. Respecto al Estado cívico de Derecho sigue teniendo validez el principio de que un Estado sin división efectiva entre legislación, ejecución (Gobierno y Administración) y Justicia

<carece de Constitución> en el sentido del Estado cívico de Derecho. (SCHMITT, 1983, p. 77³).

Destacamos o trecho em que o autor alemão pontua que não é meramente a existência de uma divisão entre os poderes que de fato irá garantir uma real independência entre eles. Podemos ainda ir além e fazer uma reflexão acerca do fato de que, embora existam três poderes, o “Poder” é uno e que por isso o ato emanado de qualquer dos poderes é a plena e legítima manifestação do Estado como afirmamos anteriormente.

Pertinente então que possamos determinar o que vem a ser essa separação dos poderes que está estampada no texto de nossa Constituição Federal, e nessa direção encontramos uma definição de Aljs Vignudelli

La locuzione “separazione dei poteri”, od altre equivalenti che parlano di “divisione” in luogo di “separazione” e/o di “funzioni” in luogo di “poteri”, designa, banalmente, una formula organizzativa, un modello di spiegazione, attinente all’articolazione ed al funzionamento degli apparati pubblici titolari del potere legale. La suddetta formula, al di là delle ambiguità che in essa allignano, risponde comunque, in una qualsiasi delle sue declinazioni, alla fondamentale ratio che il potere legale in questione, se frazionato, meno facilmente degenera in autoritarismo e/o dispotismo rispetto a quando risulti concentrato in un’unica persona e/o in un unico apparato (confusione dei poteri). Ciò detto, peraltro, prima di procedere nell’analisi, conviene fare un po’ d’ordine sui significati e sulla portata del concetto. Ed allora preme evidenziare, innanzi tutto, uno sforzo linguistico che, in quanto consistente in un’omissione, rischierebbe d’andare perduto se non denunciato: s’è volutamente omessa, per ora, la qualificazione della separazione dei poteri come principio giuridico, in quanto, pur essendo correntemente frequentato il sintagma “principio di separazione (o divisione)”, il primo nodo da affrontare è se la suddetta formula organizzativa sia caratterizzata o no da una dimensione prescrittiva, se la “separazione”, cioè, sia una vera e propria regola ovvero una mera regolarità. Anche nell’arcinota vulgata montesquieuiana (secondo la quale le funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale – “poteri” con la minuscola – sono distribuite fra distinti apparati – “Poteri” con la maiuscola –, generalmente designati col nome di Parlamento, Governo ed Ordine giudiziario), in effetti, emerge talora una concezione meramente teorica della formula e, talaltra, è dato riscontrarne una più decisamente dottrinale (nel senso di prescrittiva). In particolare, è dato individuare tre possibili significati della “separazione dei poteri”: a) separazione-distinzione, ovvero pura constatazione del fatto che le organizzazioni politiche distribuiscono al loro interno il potere sovrano; b) separazione-bilanciamento (o separazione “non specializzata”), nel senso generico di tecnica finalizzata a perseguire un tipo di distribuzione del potere sovrano, tale che nessun organo costituzionale sia mai in grado di

³ A lei estadual cívica repousa sobre a distinção real de poderes. Essa distinção deve ser rejeitada com base em certos absolutismos, como costuma acontecer no sistema de monarquia constitucional alemã, onde também dá ao juiz certa flexibilidade, mas você não pode transferir as escolhas políticas que espropria do legislador, sem alterar sua posição constitucional. Distinção substancial entre a lei e a justiça não é desconstruída no seu sentido gramatical comprimindo determinadas denominações imprecisas (divisão de poderes, separação de poderes) ou aludindo ao constrangimento da divisão em fenômenos particulares ou potenciais riscos de interferências e similares, ou finalmente, lembrando que, em vez da tradicional fórmula tripartite (legislativo, executivo e judicial) são ainda possíveis outras categorias e diferenças. Como Larnaude diz exatamente, existem muitas formas de divisão de poderes de Estados. Mas a diversidade não se provar a inexistência de Divicion, nem o direito de ignorar todas as diferenças entre a legislação e a Justiça. Quanto à lei do estado civil ainda é válido o princípio de que um Estado sem divisão eficaz entre a legislação, Executivo a Constituição justa carece da própria noção de Estado.

prevalere definitivamente sugli altri; c) separazione in senso stretto (o "specializzata"), alludendo con ciò alla specifica tecnica di distribuzione del potere consistente nell'attribuzione a ciascun organo costituzionale d'una ed una sola funzione (la specializzazione, appunto). (VIGNUDELLI, 2007. p. 201-204⁴).

Não podemos deixar que prevaleça o entendimento de que num Estado estruturado quando se aborde a tripartição dos poderes prevaleça a ideia de uma "separação" simples, aquela que o professor Aljs Vignudelli (2007) denomina de "distinção". Mas ainda frisamos que a tripartição não é distinção, pois os poderes são de um mesmo Estado.

Não existe uma divisão isoladora dentre os poderes, ainda que a tripartição determine uma especialidade entre eles, por isso não podemos interpretar que há uma revalidade entre os poderes, mas sim o Estado a favor do cidadão. E neste contexto o servidor público deve buscar utilizar-se do mandado de injunção da forma mais abrangente possível, para que se possa dar uma resposta à necessidade de tutelar o direito cada vez mais massificado.

E dentro desta perspectiva de massificação podemos adotar a lição do grande jurista Mauro Cappelletti

"I milenari principi di difesa e di contraddittorio, si rivelano insufficienza, peraltro, non significa abbandono, ma superamento. Bisogna superare gli schemi di un garantismo processuale di stampo meramente individualistico: al suo posto deve nascere un nuovo e più adeguato tipo de garantismo che vorrei definire 'sociale' o 'colettivo', concepito non soltanto come salvaguardia dell'individuo in uno processo individualistico, ma anche come salvaguardia dei molteplici, estremamente importanti, nuovi gruppi e 'corpi intermedi' che

⁴ A frase "separação de poderes", ou outra equivalente, falar de "divisão" em vez de "separação" e/ou "funções" em vez de "poderes" significa, trivialmente, uma fórmula organizacional, um modelo de explicação, referentes à operação conjunta de órgãos públicos e detentores de poder legal. A fórmula acima, além da ambiguidade que prosperam na mesma, continuo a dizer, em qualquer de suas formas, que a relação de poder para a questão jurídica fundamental, se fraturada, menos facilmente degenerar em autoritarismo e/ou o despotismo do que quando é concentrada em uma pessoa e/ou em um único dispositivo (confusão de poderes). Dito isto, porém, antes da análise, você deve fazer alguma "ordem sobre o significado e alcance do conceito. E então desejam demonstrar, em primeiro lugar, um esforço que a linguagem como consistindo de uma omissão, o risco de ser perdido se não relatou: tem sido deliberadamente omitido, por agora, a caracterização da separação de poderes como um princípio legal, em uma vez que, enquanto o termo atualmente popular "princípio da separação (ou divisão), o primeiro nó a ser enfrentada é se esta fórmula de organização é caracterizada por uma dimensão necessária, ou não, se a "separação", ou seja, se uma verdadeira própria regra do que uma mera regularidade. Mesmo nell'arcinota montesquieuiana vulgata (segundo a qual o legislativo, executivo e judicial - "poderes" com o pequeno - são distribuídos entre diferentes dispositivos - "Competências", com uma letra maiúscula - geralmente designados pelo nome do Parlamento, Governo e Judiciário), de fato, parece às vezes um conceito puramente teórico da fórmula e, por vezes, tem sido refletido em uma doutrina muito mais (no sentido de normativa). Em particular, ele é identificado como três possíveis significados de "separação de poderes: a separação) e distinção, que é encontrar puro fato de que as organizações políticas para distribuir-lhes o poder soberano, b) A separação de equilíbrio (ou de separação" não-especialista), no sentido genérico técnicas destinadas a alcançar uma distribuição do poder soberano, de modo que nenhum corpo constitucional nunca é capaz de finalmente prevalecer sobre o outro, a separação c) em sentido estrito (ou "especializados"), aludindo assim a especificação técnica para a distribuição de poder na atribuição de cada órgão constitucional, composto por um e somente uma função (especialização, na verdade).

anch'essi reclamano accesso alla giustizia per la tutela dei loro interessi". (CAPPELLETTI, 1975, p. 398⁵).

Porém, o momento institucional de nosso Estado é especial, para não dizermos frágil. O momento chama-nos a uma profunda reflexão acerca da relação entre os três poderes. Isto porque o Executivo pode editar medidas provisórias e o Judiciário as súmulas vinculantes, e, isto é legislar. No entanto, essas atitudes não são encaradas como um problema para a relação entre os poderes.

2.1. O Executivo e as Medidas Provisórias

O Poder Executivo pode legislar. Essa afirmação é um tanto assustadora quando um leigo a recebe, pois a pergunta que se faz é: mas isso não cabe ao legislativo? Prioristicamente sim, mas existem os casos “especiais”. Reza o artigo 84 da Carta Política: “compete privativamente ao Presidente da República: (...) XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62”.

O texto do artigo 62 dispõe por sua vez que: “*em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional*”. Precisamos entender que o Executivo tem essa prerrogativa de maneira excepcional. O tema é deveras polêmico e muito discutido nas cortes e no meio jurídico. Nesse sentido, cite-se o voto do Ministro Celso de Mello

V O T O - O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Reconheço, preliminarmente, que compete, ao Poder Judiciário, efetuar o controle jurisdicional dos requisitos condicionantes da válida edição, pelo Chefe do Executivo, das medidas provisórias, em ordem a inibir abusos no desempenho dessa extraordinária competência normativa atribuída ao Presidente da República. Assim entendo, Senhor Presidente, porque esta Suprema Corte não pode ignorar que se registra, hoje, em nosso sistema institucional, um anômalo quadro de disfunção dos poderes governamentais, de que deriva, em desfavor do Congresso Nacional, o comprometimento do relevantíssimo poder de agenda, o que culmina por acarretar a perda da capacidade de o Parlamento condicionar e influir, mediante regular atividade legislativa, na definição e no estabelecimento de políticas públicas. Cabe advertir, por isso mesmo, que a utilização excessiva das medidas provisórias minimiza, perigosamente, a importância político-institucional do Poder Legislativo, pois suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que, ordinariamente, estão sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional. Na realidade, a expansão do poder presidencial, em tema de desempenho da função normativa primária - além de viabilizar a possibilidade de uma preocupante ingerência do Chefe do Poder Executivo da União no tratamento unilateral de questões, que,

⁵ Os princípios milenares da ampla defesa e contraditório, são insuficientes, no entanto, não significa que deve-se abandoná-los, mas agregá-los. Temos de pensar fora da caixa de um fiador do processo de molde puramente individualista em seu lugar deve nascer de novo e é o tipo mais adequado de garantir o que eu chamaria de 'social' ou 'radical redes', concebida não apenas como uma proteção do indivíduo em um processo individualista, mas também como uma salvaguarda de muitos, muito importante, novos grupos e "intermediário" alegam ainda que o acesso à justiça para a proteção dos seus interesses.

historicamente, sempre pertenceram à esfera de atuação institucional dos corpos legislativos -, introduz fator de desequilíbrio sistêmico que atinge, afeta e desconsidera a essência da ordem democrática, cujos fundamentos, apoiados em razões de garantia política e de segurança jurídica dos cidadãos, conferem justificação teórica ao princípio da reserva de Parlamento e ao postulado da separação de poderes. Cumpre não desconhecer, neste ponto, que é o Parlamento, no regime da separação de poderes, o único órgão estatal investido de legitimidade constitucional para elaborar, democraticamente, as leis do Estado. É por tal razão, e para evitar que o texto de nossa Lei Fundamental se exponha a manipulações exegéticas, e seja submetido, por razões de simples interesse político ou de mera conveniência administrativa, ao império dos fatos e das circunstâncias, degradando-se em sua autoridade normativa, que entendo possível o exame, por parte do Poder Judiciário, dos pressupostos da relevância e da urgência, os quais, referidos no art. 62 da Constituição da República, qualificam-se como requisitos legitimadores e essenciais ao exercício, pelo Presidente da República, da competência normativa que lhe foi extraordinariamente outorgada para editar medidas provisórias. Os pressupostos em questão - urgência da prestação legislativa e relevância da matéria a ser disciplinada - configuram elementos que compõem a própria estrutura constitucional da regra de competência que habilita o Chefe do Executivo, excepcionalmente, a editar medidas provisórias. Tais pressupostos, precisamente porque são requisitos de índole constitucional, expõem-se, enquanto categorias de natureza jurídica, à possibilidade de controle jurisdicional. É que a carga de discricionariedade política, subjacente à formulação inicial, pelo Chefe do Executivo, do juízo concernente aos requisitos da urgência e da relevância, não pode legitimar o exercício abusivo da prerrogativa extraordinária de legislar. Vê-se, pois, que a relevância e a urgência - que se revelam noções redutíveis à categoria de conceitos relativamente indeterminados - qualificam-se como pressupostos constitucionais legitimadores da edição das medidas provisórias. Constituem requisitos condicionantes do exercício desse poder extraordinário de legislar que a Carta Política outorgou ao Presidente da República. Tratando-se de requisitos de índole constitucional, cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em cada caso ocorrente, analisar a configuração desses pressupostos, cuja existência se revela essencial ao processo de legitimação do exercício, pelo Presidente da República, do seu poder de editar medidas provisórias. (MELLO, 2007, s/p).

Destacamos a coerente abordagem feita pelo augusto ministro Celso de Mello, sobretudo porque percebemos que o Poder Executivo tem feito de uma exceção a regra. Infelizmente o Poder Executivo tem recorrido por demais as Medidas Provisórias e isso demonstra o surgimento de um “superpoder”, o que gera um desequilíbrio no mínimo preocupante do ponto de vista da ideia inicial de divisão do poder.

No ano passado a Agência Senado divulgou informação que dá conta de quanto o Governo Federal tem se utilizado deste instrumento. Os números comprovam que o Executivo pode estar usurpando a função do Legislativo

No ano passado, foram editadas 27 medidas provisórias (MPs), o menor número desde 2003, quando Luiz Inácio Lula da Silva assumiu a Presidência da República. Em 2008, foram editadas 40 MPs. Mas o contraste fica mais evidente quando se consideram os anos de 2007 e 2006: respectivamente, 70 e 67 medidas provisórias. Para Rafael Silveira e Silva, cientista político e consultor legislativo do Senado, a queda iniciada em 2008 revela uma mudança na estratégia do Executivo em relação ao Congresso Nacional. (KOSHIMIZU, 2010, s/p.)

Percebemos que o próprio Executivo tem noção de que sua postura possa estar subjugando o legislativo (KOSHIMIZU, 2010) “o *desgaste provocado pelo excesso de MPs nas relações entre Executivo e Legislativo é outro fator apontado pelo consultor para a redução na edição dessas medidas*”.

O problema que se apresenta com essa usurpação de competência é de proporção ímpar para o sistema democrático, que passa a se ver ameaçado frente ao latente desequilíbrio de poder, que de harmonioso nada possui.

2.2. O Judiciário e a Súmula Vinculante

Como vimos o Executivo possui o poder de legislar em casos excepcionais, porém tem feito isso com uma frequência assustadora. Vimos também que isso tem promovido um desequilíbrio de forças entre os poderes. Neste tópico analisaremos um tema que criou muita polêmica e discussão entre os operadores do direito que é a Súmula Vinculante.

Importante recorrer-se ao que dispõe o artigo 103-A da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Emenda que ficou conhecida como a “Reforma do Judiciário”. Cite-se: “*O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso*”.

A Súmula Vinculante foi regulamentada pela Lei n. 11.417 de 2006, e gerou polêmica especialmente porque é uma forma de legislação que emana do Poder Judiciário. Então,

constatamos que a usurpação as funções do Legislativo não advém apenas do Executivo, pois até o poder que por natureza reflete mais para agir, no caso o Judiciário, entrou na onda pelo desequilíbrio entre os poderes.

O que nos chama a atenção é um verdadeiro processo de desconstrução e desestabilização do Poder Legislativo. O que podemos ver claramente é que tanto o Executivo quanto o Judiciário preferem legislar sobre questões que lhes interessam a deixar que o Legislativo o faça.

Mas porque isso é grave? É grave, sobretudo, porque percebemos que sai da penumbra uma ideia que já ganhou força e que criou um quadro de completa disparidade entre os poderes. Hoje o poder Legislativo está deveras desacreditado pelo povo e pelos demais poderes que agora tomam para si a atividade legislativa.

Evidentemente que isso provoca riscos à democracia. Bem verdade que o legislativo brasileiro volta e meia se depara com crises éticas e legais, porém isso não fundamenta um enfraquecimento deste poder. É preciso tomar cuidado com discursos neste sentido.

Evidentemente que os cidadãos ao recorrerem ao Mandado de Injunção esperam a resolução imediata de uma falta de legislação que impeça o exercício de algum direito, porém, o cidadão que usa esse direito de *status activus* segundo a teoria de Alexy (2008) não está usurpando uma prerrogativa do Legislativo, haja vista, que a missão principal dos três poderes é o bem comum do cidadão.

Dessa forma ao contrário do que se vê na relação entre os três poderes no Brasil, o ato de o cidadão pugnar frente ao Judiciário um direito que dependa do rompimento da inércia de um poder, qualquer que seja ele, pois o fundamento do poder é a satisfação daqueles que o criaram numa expectativa de consolidação do bem comum.

3. O Servidor Público e o seu Direito Fundamental de Greve

O servidor público possui grande responsabilidade dentro da estrutura burocrática de qualquer Estado. No Brasil isso não é diferente. Não se pode deixar de analisar o consumidor a luz de sua condição de dependência frente ao poder público. Dependência que em muitos casos compromete até a própria sobrevivência deste cidadão.

Dessa forma, utilizar-se do direito de greve deixa de ser uma mera possibilidade e passa a ser o exercício de um direito fundamental previsto na Constituição Federal “*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,*

moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Trata-se de um direito fundamental, pois representa um direito de resistência frente as más condições de trabalho e frente ao Estado. Ainda que não esteja previsto no rol do artigo 5º é direito fundamental porque estes não se limitam a esse artigo.

Neste diapasão é importante que possamos trazer o conceito de servidor público. Servidor público é uma espécie dentro do gênero “agentes públicos”, e esta expressão por sua vez é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público (MELLO, 2010, p. 244).

Maria Sylvia Zanella define da seguinte forma (DI PIETRO, 2007, p. 475): “*servidor público*” é expressão empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da administração indireta, com vínculo empregatício [...]”.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 245) existem dois requisitos para a caracterização do agente público, sendo um *objetivo* que seria a natureza estatal da atividade desempenhada; e um *subjetivo* que é a investidura nesta atividade.

Pontuadas tais definições, torna-se pertinente destacar que o direito de greve por, ser direito fundamental, não pode ter eficácia limitada, pois não existe coerência em se limitar o uso de um direito a um ato do poder legislativo que se mostrou omissivo até hoje.

Não há nexos em atribuir eficácia limitada a tal direito principalmente porque a Constituição Federal prevê no § 1º do artigo 5º que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Mas porque dizer isso? Porque infelizmente o Nosso Pretório Excelso não coaduna desta ideia

O STF dantes considerava que o inciso VII – ou seja, o que cogita do direito de greve – era norma de eficácia limitada; logo, não eficaz até que sobreviesse a lei infraconstitucional. Reputávamos errônea esta inteligência por entendermos que tal direito existe desde a promulgação da Constituição. Deveras, mesmo à falta da lei, não se lhes pode subtrair um direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o legislativo ordinário tenha o poder de, com sua inércia até o presente, paralisar a aplicação da Lei Maior, sendo, pois, mais forte do que ela. (MELLO, 2010, p. 287)

De fato a inércia do legislativo não pode ser capaz de impedir o exercício de um direito fundamental, e muito menos, pode o judiciário se alinhar a essa paralisia do legislativo. Às vezes no Brasil percebemos que a “é a doutrina e não o STF quem defende a constituição”. Nesta direção, o eminente jurista José Joaquim Gomes Canotilho ensina

A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente

especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais. (CANOTILHO, 2007, p. 543)

Por analisar de maneira coerente e respeitando a ordem emanada da constituição o Ministro Gilmar Ferreira Mendes quando do julgamento do Mandado de Injunção 708 proposto pelo SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – PB. No referido julgamento o eminente ministro apresentou uma solução para tamanha omissão

[...] o STF, em decisão histórica, ao apreciar MI 708, em julgamento datado de 25.10.2007, com acórdão publicado em 31.10.2008, por maioria, nos termos do voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei 7.783, de 28.06.89, no que couber, vencidos, parcialmente, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações (MELLO, 2010, p. 287)

O fato é que o Supremo Tribunal Federal encontrou um meio para garantir tal exercício ao servidor público. Evidente que os serviços ditos essenciais deverão funcionar em escala de plantão, ou semelhante para que se possa garantir a frequência na prestação do serviço.

Mas o que se quer destacar é o fato de que a saída encontrada pelo STF foi importante porque se mostrou como uma solução, mas foi aquém do que poderia ser. Não é democrático e muito menos adequado que o STF se omita de cobrar uma postura do legislativo, pois, se ele não faz isso a que poder podemos recorrer?

A saída encontrada foi parcialmente adequada porque poderia exigir que o legislativo tomasse uma atitude que rompesse com essa omissão, mas ao contrário, a decisão do STF ainda deu ao legislativo o direito de permanecer nesta “sonolência anti-republicana”.

Neste mister a decisão do STF poderia ser um marco jurídico que iria romper com o atual paradigma onde prevalece verdadeira hipocrisia, pois quando o Judiciário ou o Executivo legislam não se fala em usurpação de competência, mas quando existe conveniência para o Estado invoca-se o discurso obsoleto da independência entre os poderes.

Isso é tão frustrante que o cidadão chega a pensar que os três poderes são um fim em si mesmo, e não um meio de que exista democracia, e uma Democracia que existe com o único propósito do bem comum anunciado desde Aristóteles (384 a.C).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a fazer uma análise do Mandado de Injunção e seus impactos ou não sobre a harmonia e independência dos poderes, e principalmente se isto é bom ou ruim para a democracia brasileira.

Para tanto, analisou-se o Mandado de Injunção 708 proposto pelo SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – PB, assim como se a resolução da demanda refletiu de maneira negativa na relação entre os poderes da República.

Percebeu-se com a pesquisa aqui realizada que o Mandado de Injunção não pode ser estigmatizado quando seus titulares decidem pela sua propositura, afinal a apatia do poder legislativo não pode impedir que o cidadão goze de seu direito fundamental.

Percebeu-se também que o Poder Legislativo vive um momento de descrédito entre a sociedade e entre os demais poderes que preferiram adotar instrumentos de legislação que usurpam a função do legislativo, ou seja, cite-se a Medida Provisória (Executivo), e agora a Súmula Vinculante (Judiciário).

O que chama a atenção é que o Mandado de Injunção é uma criação da doutrina brasileira, pois, não se encontra no direito comparado instituto semelhante, o que demonstra o nosso conhecimento acerca da constante omissão de nosso legislativo no que tange a regulamentação de determinados direitos.

Ao final da pesquisa percebeu-se que a democracia brasileira jamais seria abalada se do Poder Judiciário pacificasse uma decisão para que o Legislativo exerça sua função e com isso viabilize o exercício de um direito, mas, enquanto isso não ocorre o cidadão fica aguardando por décadas uma postura do Legislativo.

Isto sim abala a democracia. No Brasil a distorção é tamanha que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário entendem que são um fim em si mesmos. Isso sim é um problema para o sistema democrático, pois esta concepção de que os poderes existem apenas para existir e não para servir ao cidadão precisa acabar.

O legislativo não tem que entender um comando do judiciário como uma usurpação, ou um superpoder, mas sim como um meio de atender aos cidadãos que chegaram ao ponto de

pugnar para que o Legislativo crie diploma legal. Em um país verdadeiramente democrático o Mandado de Injunção sequer seria distribuído, pois o legislativo seria atuante.

Neste mister, o Mandado de Injunção neste momento de democracia não amadurecida pode servir como instrumento de provocação para que o Estado se mova em benefício do cidadão.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros. 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

ARISTÓTELES (384 a. C.). **Política. Tradução de *Politikon*, cotejada com a tradução inglesa de Benjamin Jowet e a tradução francesa de M. Thurot**. São Paulo: Martin Claret. 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7. ed.. Até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva. 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile**. *Rivista di diritto processuale*, Padova: Cedam, v. 3, p. 398, 1975.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ABELHA, Marcelo. (Org.). **Ações Constitucionais**. 2. ed. Salvador: Editora Podivm, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª edição. São Paulo: Atlas. 2007.

KOSHIMIZU, Ricardo Koiti. **Governo muda estratégia e diminui uso de medidas provisórias, diz consultor**. Agência Senado em 22/01/2010 às 18h:18. <www.senado.gov.br/noticias/vernoticia.aspx?codNoticia=98852&codAplicativo=2> Acesso 02 Fev. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. MENDES, Gilmar Ferreira. WALD Arnoldo. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33ª edição, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MELLO, Celso de. Supremo Tribunal Federal - **Med. Caut. em Ação Declaratória de Constitucionalidade 11-8**. Distrito Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Requerente: Governador do Distrito Federal. Advogado(a/s): PGDF - Tiago Pimentel Souza e outro(a/s). Brasília: Diário da Justiça. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Charles. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª ed. Atualizada até a EC nº 47/05. São Paulo: Atlas. 2005.

RAPASSI, Reinaldo Guedes. **Direito de Greve de Servidores Públicos**. São Paulo: Ltr. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Prólogo de Pedro de Vega García. Traducción de Manuel Sanchez Sarto. 2ª edição. Madrid: Editorial Tecnos. 1983.

SILVA, Jaqueline Maria Cavalcante da. **O Mandado de Injunção como Instrumento de efetividade de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC. nº 12 (jul./dez). 2008.

SILVEIRA, Néri da. **Pronunciamento do ministro na 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal em 16 de março de 1995**. Brasília: Diário da justiça de em 4 de Abril de 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 11-8**. Rel. Min. CEZAR PELUSO. Requerente: Governador do Distrito Federal; Advogado: PGDF Tiago Pimentel Souza. 28/03/2007 Tribunal Pleno. Brasília: Diário da Justiça de 29/06/2007.

VIGNUDELLI, ALJS. **Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente**. Rivista di Diritto Questioni Pubbliche. Pages 201-232. Edizione n. 7. 2007. <www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2007_n7/2007-DQ_b-studi4_Vignudelli> Acesso 31 Jan. 2011.