



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento –
ICPD**

LUCIANO OLIVEIRA DE MORAES

**O PODER JUDICIÁRIO E AS OMISSÕES LEGISLATIVAS: O DIREITO DE
REVISÃO ANUAL DE VENCIMENTOS E DE GREVE DOS SERVIDORES
PÚBLICOS**

**Brasília
2010**

LUCIANO OLIVEIRA DE MORAES

**O PODER JUDICIÁRIO E AS OMISSÕES LEGISLATIVAS: O DIREITO DE
REVISÃO ANUAL DE VENCIMENTOS E DE GREVE DOS SERVIDORES
PÚBLICOS**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu*, na área de Direito
Administrativo Contemporâneo

Orientador: Prof. Rui Piscitelli

**Brasília
2010**

LUCIANO OLIVEIRA DE MORAES

**O PODER JUDICIÁRIO E AS OMISSÕES LEGISLATIVAS: O DIREITO DE
REVISÃO ANUAL DE VENCIMENTOS E DE GREVE DOS SERVIDORES
PÚBLICOS**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu*, na área de Direito
Administrativo Contemporâneo

Orientador: Prof. Rui Piscitelli

Brasília/DF, 9 de outubro de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rui Magalhães Piscitelli

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Prof. Dr. Salomão Almeida Barbosa

**Brasília
2010**

DEDICATÓRIA

Dedico esse singelo trabalho à minha querida esposa, Adriana Escorse de Moraes, que tanto me apoiou nessa jornada, proporcionando-me consolo e encorajamento;

Também o dedico ao meu pai e grande amigo, Aureo Monteiro de Moraes, que em todos os momentos de minha vida me encorajou e se revelou sempre um grande companheiro, e à sua esposa, Marta Samarina Zuza de Moraes;

À minha saudosa mãe, Lucy Oliveira de Moraes, que em todos esses anos tem estado viva em minha memória;

Aos meus irmãos, Paulo Sérgio e Gustavo, e às minhas irmãs, Juliana e Vanessa, a estima sublime pelos laços familiares que nos une.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de mais nada, ao nosso Grandioso Criador, Jeová Deus, pois a Ele pertence todas as coisas, sendo a Fonte de poder “além do normal” para vencermos com êxito os obstáculos;

Ao Professor Rui Magalhães Piscitelli, querido Mestre, pelo importante trabalho ministrado em sala de aula, e imprescindível apoio prestado, sem o que o presente trabalho sequer teria fecundado.

RESUMO

O Poder Judiciário, em diversas situações, tem sido provocado como forma de garantir a aplicação direta do comando constitucional, juntamente com seus princípios, notadamente em relação a direitos e garantias fundamentais, o que significa, em alguns casos, assumir o papel do administrador público, e suprir lacunas legais. Ocorre que, diferentemente dos chefes do Executivo e dos membros do poder Legislativo, os magistrados não são escolhidos mediante um processo democrático, o que gera questionamentos quanto à sua legitimidade. Tendo isso em mente, o presente trabalho propõe-se a analisar, de início, a força normativa da Constituição e dos princípios em nosso ordenamento jurídico, bem como o papel desempenhado pelo poder Judiciário em vista do preceito constitucional da separação dos poderes. Considera-se, por seu turno, o fenômeno de maior participação do Judiciário em importantes questões no cenário político brasileiro, bem como a análise de casos jurisprudenciais que envolvem a atitude desempenhada por esse poder em casos de omissões legislativas, notadamente em relação ao direito de revisão anual dos vencimentos e o direito de greve dos servidores públicos. Restará demonstrado que, à luz das peculiaridades da sociedade brasileira, impõe-se uma maior atuação do poder Judiciário como forma de se garantir o cumprimento das normas constitucionais, e que os instrumentos previstos para se provocar o pronunciamento judicial têm evoluído para conjurar lacunas legislativas.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ativismo judicial. Omissão legislativa.

ABSTRACT

In some cases, the achievement of those rights is hindered by the lack of effective laws. In cases like these, the Judiciary has been a tool used to ensure implementation of direct constitutional commands, along with their principles, especially in relation to fundamental rights and guarantees, assuming, actually, the role of the public administrator. Nevertheless, unlike chief executives and members of the legislature, judges are not chosen through a democratic process, which raises questions about their legitimacy. With that in mind, this study proposes to examine the normative force of the Constitution and the principles of our legal system, as well as the roll played by the Judiciary under the Constitutional Principle of Separation of Powers. It is also considered the increased participation of the Judiciary in key issues of our political scene, as well as analysis of legal cases in which the Judiciary analyses Legislative omissions, especially regarding public servant's rights to annual salary raises and to go on strike. Will be shown that, based of the peculiarities of Brazilian society, we need a greater role of the Judiciary as a way to ensure compliance with constitutional requirements, and that the tools provided to cause the judicial pronouncements have evolved to ward off legislative omissions.

Keywords: Constitutional Law. Judicial activism. Legislative omission.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CENÁRIO E VISÕES ADOTADOS PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 1988	11
1.1 Princípios como normas jurídicas	12
1.2 A força normativa da constituição, de Hesse, e a constituição dirigente, de Canotilho	20
1.3 A separação dos Poderes	27
2 O JUDICIÁRIO E SUA A POSIÇÃO NO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988	31
2.1 Judicialização e ativismo judicial	32
2.2 Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 45, do Supremo Tribunal Federal – STF.....	37
2.3 O Poder Judiciário como “Síndico” da aplicação da harmonia entre os Poderes no Estado Democrático de Direito	41
3 A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DO BRASIL PERANTE CASOS DE OMISSÃO LEGISLATIVA E CRÍTICAS AOS MODELOS ADOTADOS	46
3.1 A omissão legislativa referente à revisão anual dos servidores públicos, à luz do disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal de 1988	47
3.2 A ausência de lei regulamentadora do direito de greve no serviço público – a mudança de paradigma em relação ao mandado de injunção .	55
CONCLUSÕES	61
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, ficou evidente que a sociedade mundial, em vista das atrocidades perpetradas por agentes do Estado, ansiava uma nova concepção de valores, de perspectiva humanista, que tivesse como núcleo de proteção o ser humano.

O movimento constitucionalista crescente impulsionou a idéia de que os direitos e garantias fundamentais deveriam estar inseridas no texto constitucional, bem como uma série de outros de índole social, e que promovessem o desenvolvimento da sociedade, dentro de um regime democrático, conceito que se introduziu nas Constituições de várias nações na forma de princípios e valores.

Outrossim, o simples fato de referidos direitos estarem contidos no texto constitucional não significou a sua automática implementação no plano fenomênico, seja pela inércia do Poder Executivo, seja pela omissão do Poder Legislativo em fiscalizar adequadamente as autoridades governamentais e criarem leis com esse objetivo.

Com efeito, a omissão na atuação do Poder Legislativo – ou, em determinados casos, do próprio Poder Executivo, em deflagrar o processo legislativo – pode, em algumas situações, dificultar ou impedir o exercício de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, bem como causar efetivamente danos a terceiros.

Nesse cenário, o Poder Judiciário exurgiu, em muitas situações, preenchendo essas lacunas deixadas pelos outros poderes da República, participando mais efetivamente de decisões que causam ampla repercussão política

ou social. Percebe-se, assim, que o Poder Judiciário, ao longo dos últimos anos, vem desempenhando um papel cada vez mais ativo na vida institucional do Brasil, e isso com reflexos em toda a sociedade.

Por outro lado, não se pode olvidar o fato de que os magistrados – juízes, desembargadores e ministros – agentes políticos na estrutura estatal, – não são conduzidos aos seus cargos por sufrágio universal, como os membros do Poder Legislativo e os Chefes do Poder Executivo, sendo certo que, em determinadas hipóteses, o Judiciário sobrepõe-se às decisões emanadas das respectivas autoridades, representantes da vontade popular.

Diante desse contexto, impõe-se perquirir, à luz da doutrina (clássica e contemporânea) e da jurisprudência dos Tribunais pátrios, até que ponto essa interferência do Poder Judiciário, por força dessas omissões, invade as competências constitucionalmente reservadas a esses poderes, e a repercussão que se observa no Estado Democrático de Direito. Por seu turno, mister analisar-se a intervenção do Poder Judiciário nas competências do Poder Executivo e Legislativo representa uma quebra no *Princípio da Separação dos Poderes*, ou consubstancia-se uma *exigência constitucional*.

O presente trabalho foi estruturado em 3 (três) capítulos. No primeiro, apresenta-se os princípios como normas, dentro do ordenamento jurídico, a aplicabilidade dos princípios constitucionais, à luz da teoria da constituição dirigente, de Joaquim José Gomes Canotilho, e da força normativa da constituição, consoante Konrad Hesse, bem como a Separação dos Poderes. No segundo capítulo, considera-se a crescente tendência de ativismo judicial e de judicialização de temas relevantes na sociedade moderna brasileira, e a atuação do Poder Judiciário no caso concreto, demonstrando o seu papel como “síncico” da harmonia dos Poderes

da República. No terceiro capítulo, encerra-se com a análise de dois emblemáticos casos decorrentes de omissões legislativas: o direito à revisão anual de vencimentos dos servidores públicos, e o exercício do seu direito de greve, e críticas aos instrumentos e ao modelo perfilhado.

1 CENÁRIOS E VISÕES ADOTADOS PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exsurge num importante momento histórico de redemocratização do país, sendo certo que, do Império ao regime republicano, a sociedade brasileira assistiu a uma sucessão de desrespeito aos mais mezinhos direitos e garantias sociais.

Nesse respeito, o constitucionalista Luís Roberto Barroso (2008a, p. 328) destaca que o povo não passou indene, ao lembrar a profunda dominação a que estava submetido em face da elite dominante, onde prevalecia a escassez de víveres, saneamento básico, moradia, à míngua de viverem em um país que se destacava com uma importante economia no mundo. Comenta, ainda, o desinteresse da classe política, e a ausência de efetividade das normas constitucionais, que não passaram de meras promessas vazias e inócuas, e que as mudanças de regimes – do Império à República – em nada alteraram o quadro de insatisfação e frustração; pelo contrário, restaram constantemente desrespeitadas pelos que ostentavam o poder.

A Carta de 1988, por outro lado, apresenta-se calcada em um ideário de estabelecer uma nação mais justa, e sintetizou o seu objetivo no seguinte preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Outrossim, para a consecução desses ideais, forçoso reconhecer que os princípios e valores constitucionais ostentam uma nova dimensão, e da leitura de seu texto é possível extrair o seu comprometimento com a efetividade de suas normas, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.

Dessa sorte, é mister uma consideração acerca da normatividade dos princípios, nos moldes da doutrina contemporânea, perpassando pelo dirigismo constitucional, bem como pelas definições das competências traçadas pelo modelo tripartite da separação dos poderes.

1.1 Princípios como normas jurídicas

O paradigma contemporâneo do pós-positivismo tem emprestado maior força normativa aos princípios, que introduz uma concepção maior de justiça e de legitimidade. Eros Roberto Grau (2009, p. 158) assenta que esse novo modelo resulta da ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada, sendo certo, ainda, que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios. Porém, para se compreender melhor a importância dos princípios no atual estágio da ciência jurídica, impõe-se uma breve análise das correntes filosóficas que a influenciaram.

O *jusnaturalismo* acompanhou o Direito ao longo de vários séculos, fundado no conceito da existência de um *direito natural*. Barroso (2008b, p. 19-20) rememora que ele se apresenta sob duas vertentes – uma provinda de Deus e outra decorrente da razão – começando a desenvolver-se a partir do século XVI, procurando focar-se mais acentuadamente na razão, como meio de se distanciar do dogmatismo teológico da Idade Média.

Sob esse enfoque, o homem aparece como sujeito de *direitos naturais*, mais fundados na razão e menos submisso à teologia, impulsionando as transformações que se iniciaram no século XVI, notadamente com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais, e o descobrimento da América, servindo de pano de fundo para o enfrentamento da monarquia absolutista no final do século XVIII, chegando à Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

O movimento de codificação do Direito, atrelado ao Iluminismo – com destaque ao Código de Napoleão, em 1804 –, com apego ao texto e à interpretação histórica, e o advento do Estado liberal, consolidou os ideais em ordenamentos positivados, que culminou no apogeu e superação do *jusnaturalismo*.

O *positivismo*, prossegue Barroso (2008b, p. 23), decorre da idealização do conhecimento científico sem, contudo, abandonar a idéia de que a atividade intelectual estivesse sujeita às leis naturais, e sintetiza assim o pensamento positivista:

- (i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração;
- (ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos;
- (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.

Barroso (2008b, p. 25) destaca Hans Kelsen como grande expoente do *positivismo* e *normativismo*, que propugna uma maior aproximação entre o Direito e a norma jurídica, a estatalidade do Direito, sugerindo o formalismo da norma, que independe do seu conteúdo quando decorrente de um procedimento válido, e a

completude do ordenamento jurídico, capaz por si só de promover a adequada solução, não havendo que se falar em lacunas legais.

Outrossim, anota Eros Roberto Grau (2009, p. 169-170) que o referido filósofo critica a exposição de Josef Esser sobre os princípios, quando recusa qualquer importância jurídica a eles, por entender que não são aptos a fundamentar a validade de uma decisão jurisdicional, que deve pautar-se pelo direito positivo, pela norma formal, de sorte que os princípios apenas orientam a atividade legislativa.

Destarte, concretizando-se o *positivismo* como ideologia, notadamente nas primeiras décadas do século XX, a submissão estrita à lei, indene às críticas, forneceu subsídios para todo e qualquer regime, conferindo caráter legitimador às barbáries sem precedentes, a exemplo das que ocorreram na Itália fascista e na Alemanha nazista. Com efeito, como destaca Barroso (2008b, p. 26), “os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente”

Restou evidente que o Direito não poderia manter-se à margem de valores éticos, de sorte o pensamento pós-guerra, a partir de 1945, já não se conformava mais com um ordenamento jurídico formal. A superação do *jusnaturalismo*, e os notórios resultados políticos nefastos advindos do *positivismo* provocaram profundas reflexões do Direito, sua função social e a correta hermenêutica.

O que se segue é o que muitos definem como *pós-positivismo*, uma nova concepção que procura elevar a idéia de se trazer valores, princípios e regras para dentro de uma nova hermenêutica em se aplicar e resguardar direitos fundamentais.

Deveras, o *pós-positivismo* se apresenta, não para derrogar o pensamento positivo e a segurança jurídica, mas introduzir nele valores éticos e idéias de justiça e legitimidade. Surge com o objetivo de promover o encontro harmonioso entre a ética e o Direito, de sorte que o constitucionalismo moderno passa a abrigar, além do conteúdo positivado, valores compartilhados pela sociedade na forma de princípios inseridos explícita ou implicitamente no texto da Constituição.

Barroso (2008b, p. 29-30), com propriedade, destaca o papel dos princípios no hodierno direito constitucional:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

A partir do reconhecimento da normatividade dos princípios e da indispensabilidade das regras jurídicas positivadas, forçoso concluir que, na hodierna concepção dogmática do constitucionalismo, a Constituição se revela aberta e permeável tanto a princípios como a regras, de forma tal que a concepção de justiça se torna mais palatável, destacando-se, em seu núcleo, a tutela dos direitos fundamentais.

A contribuição filosófica mais destacada desse novel paradigma é atribuída a Ronald Dworkin. Consoante destacado por Humberto Ávila (2009, p. 36-37), ele ataca frontalmente o modelo *positivista*, em que prevalece do *tudo* ou *nada* (*all-or-nothing*), o afastamento da norma ou a sua aplicação, quando considerada

válida, e, no caso de colisões, uma deve ser considerada inválida. Por outro lado, os princípios orientam a decisão a ser tomada, ostentando uma dimensão de peso (*dimension of weight*), onde, no caso concreto, um princípio ganha maior dimensão em face do outro, sendo certo que a colisão entre eles não significa automaticamente a invalidação de um ou outro, porquanto os princípios convivem um com o outro.

Nesse compasso, prossegue Ávila (2009, p. 37-38), sobre a delimitação traçada por Robert Alexy, para quem os princípios constituem uma espécie de normas jurídicas, e, nos casos de colisão entre um e outro princípio, o conflito deve ser aferido à luz do caso concreto, verificando-se o princípio que tem maior peso, utilizando, para esse fim, regras de prevalência, de sorte que, diferentemente das regras, não ocorre a retirada do princípio do ordenamento jurídico, como sói ocorrer nos conflitos entre regras.

Barroso (2008a, p. 338-339) procura distinguir, resumidamente, as *regras* e os *princípios* nos seguintes termos:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Destarte, nota-se a importância que recebe a *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* no processo em que se busca, à luz do caso concreto, identificar-se qual princípio deve sobrepor-se ao outro, qual princípio ostenta maior peso, de tal sorte que a solução a ser encontrada melhor se encaixe à vontade constitucional. Outrossim, Barroso (2008b, p. 33) adverte que deve-se buscar certo grau de objetividade nesse processo de ponderação, com o escopo de se evitar a escolha de decisões arbitrárias, assentando que para a consecução da almejada segurança e justiça, o ordenamento jurídico deve contemplar as suas normas distribuídas, de forma equilibrada, entre princípios e regras.

Nesse sentido, anota Ávila (2009, p. 120-121):

Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções, às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder.

Diante da necessidade de ponderação de princípios, e seu convívio com as regras, surge a necessidade da formulação de critérios e condições essenciais que orientem, portanto, a interpretação e a aplicação do Direito.

A isso, Ávila (2009, p. 124) convencionou como *postulados normativos* – normas metódicas que objetivam instituir critérios para a aplicação de outras normas situadas no plano de aplicação.

Nesse segmento, oportuna a conclusão a que chega Eros Roberto Grau (2009, p. 191), diferentemente do que muitos imaginam, no sentido de que *proporcionalidade e razoabilidade* são, destarte, *postulados normativos da interpretação/aplicação do direito*, e não princípios propriamente ditos, e têm como função tão-somente orientar o operador do Direito na formulação da *norma de decisão*.

Consectariamente, prossegue Ávila (2009, p. 124-125), em sua definição dos *postulados normativos*:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), que de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas. Os postulados [...] estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial e final de subsunção.

Os *postulados normativos* podem ser categorizados nas seguintes espécies: a) **postulados inespecíficos**, sendo eles a *ponderação de bens*, que consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento, a *concordância prática*, como dever de realização máxima de valores que se interligam, e a *proibição de excesso*, que veda a restrição excessiva de qualquer direito fundamental; e b) **postulados específicos**, sobressaindo-se o da *igualdade*, que procura estruturar a aplicação do Direito, levando em conta os elementos

(critérios de diferenciação e finalidade da distinção) e a relação entre eles (congruência do critério em razão do fim), e a *razoabilidade* e *proporcionalidade*. (ÁVILA, 2009, p. 145-153).

Sobre os postulados da *razoabilidade* e *proporcionalidade*, Humberto Ávila (2009, p. 161-162) propõe a seguinte distinção entre eles:

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

Na primeira hipótese princípios constitucionais sobrejacentes impõe verticalmente determinada interpretação, pelo afastamento de motivos arbitrários. Inexiste entrecruzamento horizontal de princípios, ou relação de causalidade entre um meio e um fim.

Na segunda hipótese exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está, aqui, analisando a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela.

À luz desse panorama, ressoa inequívoco que os *princípios*, assim como as *regras*, também ostentam força normativa, e que a doutrina contemporânea tem capitaneado um conjunto de idéias que ultrapassam o positivismo formalista, com a elevação de valores éticos, notadamente em defesa dos direitos fundamentais, e que cabe ao intérprete/aplicador do Direito, no caso concreto, utilizar-se de critérios hermenêuticos que promovam a adequada aplicação das *regras* e dos *princípios*. Nessa quadra, oportuno considerar-se o modelo de constituição dirigente, proposto por Canotilho.

1.2 A força normativa da constituição, de Hesse, e a constituição dirigente, de Canotilho

É cediço que um texto constitucional, em seu traçado tradicional, abriga a concepção estrutural do Estado, delimitando competências, descrevendo direitos e garantias individuais, bem como fixa metas de desenvolvimento. (CANOTILHO, 2001, p. 151).

Barroso (2008c, p. 72), nesse particular, pontua que uma Constituição é o documento que concede vida ao Estado, sendo que todo o ordenamento infraconstitucional deve guardar referência com o seu texto, bem como tem por escopo organizar o exercício do poder político, estabelecer os direitos fundamentais e fixar princípios e fins públicos a serem alcançados.

O alemão Konrad Hesse (1991, p. 9), em sua aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, por seu turno, comenta as colocações de Lassalle, que enxergava a existência de duas constituições: uma *real*, decorrente das relações fáticas (poder militar, social, econômico e intelectual), e outra *jurídica*, aduzindo que esta não passa de uma simples folha de papel se não guardar correlação com a constituição *real*. Hesse (1991, p. 14-15) pontifica, de fato, que a constituição não pode estar alienada da realidade da sociedade, estando numa relação de interdependência com a sua história, condições naturais, técnicas, econômicas, sociais e culturais, mas defende que a constituição configura, não apenas um *ser*, mas também um *dever-ser*, uma vez que procura “imprimir ordem e conformação à realidade política e social”.

Para Hesse (1991, p. 15-24), a constituição *jurídica* ostenta significado próprio, mercê de a pretensão de eficácia apresenta-se como um elemento

autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado, a que classifica como “vontade da constituição”, capaz de impor tarefas, atribuindo essa responsabilidade aos principais detentores do poder constitucional (executivo, legislativo e judiciário), e conclui:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não se configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As *possibilidades*, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

É possível verificar que o pensamento de Hesse (1991, p. 20) é no sentido de que a força normativa da constituição, além dos elementos políticos sociais e culturais, decorre do “espírito de seu tempo”, de forma a “assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral”.

Por outro lado, como se verifica no texto constitucional brasileiro, de 1988, em seu artigo 3.º, estabelece-se programas de ações para o Poder Público e para a sociedade, ao assentar:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Deveras, a presença de normas programáticas na Carta Magna brasileira, de 1988, com um nítido projeto de construção do futuro, apto a extirpar desigualdades sociais e promover efetiva evolução em sentido político, econômico e cultural, se amolda ao modelo de *constituição dirigente e da vinculação do legislador*

às *normas programáticas*, proposto por José Joaquim Gomes Canotilho, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal.

Fábio de Oliveira (2005, p. 198) rememora o surgimento da obra do doutor português no ano de 1982 – sua Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito de Coimbra – sob a vigência do texto constitucional português promulgado em 2 de abril de 1976, e em vigor a partir de 25 de abril do mesmo ano, fruto do movimento revolucionário ocorrido em 25 de abril de 1974, mais conhecido como a *Revolução dos Cravos*, e de uma profunda ruptura com o regime político anterior, destituindo o Presidente e dissolvendo o Parlamento.

Miguel Calmon Dantas (2009, p. 3), por seu turno, aponta que Canotilho desenvolveu a referida teoria a partir da promulgação da Constituição Portuguesa em 1976, que restabeleceu a democracia em Portugal, porquanto objetivava a modificação do vigente sistema econômico capitalista para a instauração de um modelo socialista.

Atento às similaridades entre a teoria canotilhiana e as normas encartadas em nossa Carta Política, de 1988, assenta Dantas (2009, p. 3) que esta emoldurava-se de forma a propiciar a construção de um projeto de futuro calcado em valores sociais, que concretizassem inclusão e desenvolvimento nacional.

No intróito de sua obra, ao discorrer acerca da *constituição dirigente e pré-compreensão constitucional*, Canotilho (2001, p. 11-12) destaca que o próprio tema de sua obra já aponta para o núcleo essencial do debate a que se propõe: “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais”, seguindo com seus questionamentos e indagações:

A simples afirmação da prevalência da constituição sobre a lei e a determinação da intensidade da vinculação jurídico-constitucional do legislador inserem-se num complexo problemático muito mais vasto, que vai desde a controvertida conciliabilidade da «lógica da constituição» de um Estado de Direito com a «lógica da democracia» e desde a análise estrutural-material da «densidade» e «abertura» das normas constitucionais até à própria «compreensão» da constituição em si mesma. Com efeito, perguntar pela «força dirigente» e pelo «caráter determinante» de uma lei fundamental implica, de modo necessário, uma indagação alargada, tanto no plano teórico-constitucional como no plano teórico-político, sobre a função e estrutura de uma constituição.

Deve uma constituição conceber-se como «estatuto organizatório», como simples «instrumento de governo», definidor de competências e regulador de processos, ou pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins? Uma constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um «estatuto jurídico do político», um «plano global normativo» do Estado e da sociedade?

Para Canotilho (2001), a Constituição não deve se apresentar como um mero instrumento de governo, como forma de organizar o processo democrático, sem confrontar a natureza material das normas jurídicas que venham a ser criadas, como se a garantia de um processo justo conduziria inexoravelmente a uma norma justa. Uma constituição dirigente ostenta uma série de normas programáticas objetivando uma transformação da sociedade, determinando tarefas para o Estado e impondo atividade legiferante para o Poder Legislativo.

No Capítulo I de sua obra, Canotilho (2001, p. 113-121) empreende um estudo para compreensão da constituição, e passa a analisar, dentre outras teorias, a proposta por Konrad Hesse, e, como objeção, assevera que “a «força normativa da constituição» significará, neste trabalho, na senda de BÄUMLIN, «programa de acção conformadora» e não apenas uma exigência de congruência de «normatividade constitucional» e de «facticidade política»”.

Confrontando-se o pensamento de ambos constitucionalistas, percebe-se que Hesse (1991, p. 13) entende que as normas constitucionais devem se harmonizar com o *status quo* da sociedade, mas precisa ir além – de apenas um *ser*,

para um *dever ser* – e a resposta tem que ver com o que chama de “condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social”, condicionando-se e sendo condicionada à “vontade constitucional”. Canotilho (2001, p. 456-459), por seu turno, ao tratar da *Constituição dirigente e direito antecipador da mudança social*, reconhece que a constituição dirigente não pode estar separada da diferença ideológica entre os preceitos que visam alterações no campo social, e o reconhecimento da sociedade que o aprova e o reconhece apenas a função de “direito-situação”. Admite, destarte, a pouca importância que se tem atribuído à normatividade como um elemento que dirige a evolução social, mas aponta, outrossim, para outras correntes filosóficas, como as capitaneadas por Jhering e Marx, de que a mudança deveria ser vista em toda complexidade, concluindo pela “necessidade de complementar a mudança social através de um programa de ação, destinado à transformação das relações sociais”.

Resta evidente, portanto, à luz do pensamento de Hesse e de Canotilho, que a constituição não pode estar dissociada por completo do contexto histórico, social e cultural de um povo; por outro lado, existe a necessidade de se ir além, traçando-se metas e programas que visem o desenvolvimento social.

Ocorre que, sob o enfoque da tese de Hesse, precisaríamos ter como ponto de partida uma sociedade já com um elevado nível de desenvolvimento sócio-cultural, para que, uma vez identificada a “vontade constitucional”, fossem traçadas diretrizes visando progredir-se para um *dever ser*. Dessa sorte, é fundamental se ter em mente a sociedade e sua cultura.

Preciosas, nesse contexto, são as conclusões de Lenio Luiz Streck (2004, p. 143), adaptando a tese de Canotilho à realidade brasileira – *adequada a países de modernidade tardia* – ao assentar:

Ocorre que a essência da Constituição, embora a ambigüidade que essa noção possa assumir, *aponta com firmeza e determinação* – pelo menos no que pertine à Constituição brasileira – *para a realização de direitos sociais-fundamentais*. Desse modo, se os direitos sociais-fundamentais constituem a “essência” da Constituição, parece razoável afirmar que a idéia da programaticidade da Constituição deve ser mantida, pela simples razão de que, *sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição*.

Destarte, percebe-se que, no modelo de constituição dirigente proposto por Canotilho (2001), o dever normativo-constitucional do legislador quanto à emanação de leis concretizadoras das imposições constitucionais adquire importante relevo. Na parte que mais interessa no presente estudo – as omissões legislativas –, o doutor lusitano (2001, p. 339) comenta que a problemática reside em se identificar a proteção jurídica em face de omissões legislativas inconstitucionais. Porém, Canotilho (2001, p. 346-349) assenta que o *incidente de inconstitucionalidade por omissão legislativa* revela-se um instrumento limitado para se suprir efetivamente as lacunas legais, e conclui:

O sentido do «dirigir» constitucional não é, primariamente, uma confirmação da ordem constitucional através de directivas, mas uma conformação activa da realidade económica e social de acordo com o plano global normativo da Constituição e, especificamente, o cumprimento das «imposições dirigentes». O sentido *dinâmico-programático* do bloco constitucional dirigente é mais o da construção de uma «nova ordem» do que o da manutenção do *status quo*. **Mas isso é tarefa do legislador, das forças políticas, dos cidadãos. É uma tarefa de participação e de responsabilidade político-democrática.** (grifo nosso.)

Dessa feita, o doutor português, sem afastar a possibilidade de o judiciário atuar em face de omissões legislativas, entrevê maior efetividade quando ocorre uma maior participação popular, dentro do ambiente político-democrático.

Outrossim, muitos doutrinadores têm reconhecido o relevante papel que o Poder Judiciário tem em face das omissões legislativas. Com efeito, o posicionamento retratado por Canotilho, nesse respeito, não é indene de críticas,

conforme ressalta Miguel Calmon Dantas (2009, p. 329), pelo resgate histórico que o Supremo Tribunal Federal emprestou ao Mandado de Injunção, no ano de 2007, em que a omissão legislativa, além de ter sido apenas reconhecida, restou suprida diretamente pelo comando constitucional.

Por fim, cumpre anotar que muitas críticas foram lançadas sobre a obra de Canotilho, fundadas na assertiva de que ele próprio teria afirmado que “a Constituição dirigente está morta”, fazendo referência ao *Prefácio* da 2.^a edição de sua obra (CANOTILHO, 2001, p. XXIX). Eros Roberto Grau (2003, p. 427), no entanto, assinala que tal conceito é extremamente relativo, uma vez que o modelo de constitucionalismo dirigente de Canotilho – seu “filho” – não “foi enjeitado pelo seu progenitor, nem faleceu, senão apenas amadureceu”. E destaca:

É extremamente oportuna, a propósito, a premissa adotada por Gilberto Bercovici (1999:35) ao tratar do tema da Constituição dirigente: “Ao debruçarmos sobre a problemática da Constituição dirigente, ou seja, sobre a Constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade, precisamos fixar-nos ao texto de uma determinada Constituição. Isso porque o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica. Esse é, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, o ‘conceito de Constituição constitucionalmente adequado’”.

Destarte, tendo sido exposto o modelo de constitucionalismo dirigente, com o estabelecimento de normas programáticas tendentes a delimitar principalmente as ações do Poder Público, e tendo-se em vista ser imprescindível a previsão de formas de limitação e de contenção do exercício do poder, mister analisar-se a forma de maior peso no paradigma constitucionalista, qual seja, a separação dos poderes.

1.3 A separação dos Poderes

A teoria da separação dos poderes remonta à época de Aristóteles, John Locke, Rousseau, e veio a ser definida e divulgada por Montesquieu (SILVA, 2003, p. 109).

Conforme assinala Miguel Calmon Dantas (2009, p. 57), surgiu pela necessidade da “adoção de formas e técnicas que impusessem limites àqueles que, enquanto poderes constituídos, exercessem o poder político”.

Dantas (2009, p. 57) destaca que, sob o prisma de Locke, a separação dos poderes advém do risco associado à concentração do poder, sustentando a limitação pela divisão funcional, identificando a existência dos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo, “este último responsável pelas relações firmadas com outros Estados”, e o Poder Judiciário integrado ao Poder Legislativo. Prossegue Dantas (2009, p. 58) assinalando que, para Rousseau, a separação dos Poderes Legislativo e Executivo impunha-se como forma de enfraquecer o governo, arrazoando que o Poder Judiciário seria integrante do Poder Executivo.

É indiscutível que a teoria da Separação dos Poderes teve como maior formulador Montesquieu, partindo da análise da Constituição inglesa. Como pontua Dantas (2009, p. 59):

[...] a consolidação da teoria da separação dos poderes enquanto técnica que assegura a liberdade política, temeroso com a possibilidade de que tudo esteja perdido se os três poderes forem detidos pela mesma pessoa ou corpo de pessoas, sendo possível que se crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente, entendendo que cada uma das funções deveria ser desempenhada por órgãos distintos.

Descrevendo o pensamento montesquiano, prossegue Dantas (2009, p. 59) enfatizando que, para o pensador francês, o Poder Judiciário seria o mais inócuo dos três poderes, incapaz de moderar a força e o rigor dos Poderes Executivo e Legislativo, sobressaindo-se, por seu turno, a prevalência do Poder Legislativo, sendo certo que, para uma adequada limitação do poder, far-se-ia necessário, além da separação das funções, a capacidade de um poder limitar a atuação do outro no exercício de suas atribuições, consubstanciando um sistema de freios e contrapesos.

O desenvolvimento da teoria da Separação dos Poderes introduziu-se no pensamento constitucionalista moderno, notadamente na França e nos Estados Unidos, e inseriu-se, destarte, a sua concepção na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution” (“Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada e nem a separação de poderes determinada não tem uma constituição”). (DANTAS, 2009, p. 60).

Concordemente, anotam Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 156):

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.

Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, com as nossas medidas provisórias – que são editadas *com força de lei* – bem assim para a legislação *judicial*, fruto da inevitável criatividade dos juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças *aditivas* proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

Sob esse viés, José Afonso da Silva (2003, p. 109), assenta:

A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Outrossim, Eros Roberto Grau (2009, p. 276-277), com uma certa dose de acidez, assevera:

A chamada “separação dos poderes” é assumida como dogma; quem a contesta é tido como herege. Especialmente os administrativistas e constitucionalistas de velha cepa continuam presos a ele, como se o tempo não houvesse passado. Como não costumam ler os clássicos no original, não se dão conta de que Montesquieu propõe a *divisão com harmonia* (autêntica *interdependência* entre eles), nada mais.

Destarte, percebe-se assim que o pensamento contemporâneo acerca da teoria da Separação dos Poderes contempla uma participação mais efetiva do Poder Judiciário, não sendo mero figurante no cenário estatal, subserviente aos desígnios dos Poderes Executivo e Legislativo. A relação entre os Poderes é *harmônica*, e, consoante assentado alhures, espera-se *interdependência* entre eles. Com efeito, o Poder Judiciário interpenetra nas atividades exercidas pelos outros Poderes, como sói ocorrer no controle de legalidade/constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos, tanto em aspectos formais como materiais.

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 1187), citando Orlando Bitar ao distinguirem os Poderes, pontuam que “o Legislativo é intermitente, o Executivo, permanente e o Judiciário só age provocado”. Dessa sorte, como deve agir o Poder Judiciário se for provocado sob a alegação de que os outros Poderes, no exercício

de suas competências ou mesmo por sua omissão, venham a ameaçar direitos e garantias constitucionalmente assegurados?

Assim, convém analisar, sob o contexto da Carta Política de 1988, e sob a influência do pensamento jurídico-constitucional do pós-guerra, a partir da segunda metade do século XX, a posição que tem sido desempenhada pelo Poder Judiciário brasileiro em face dos outros Poderes, decorridos cerca de 22 (vinte e dois) anos da promulgação de seu texto.

2 O JUDICIÁRIO E A SUA POSIÇÃO NO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

Em meados do século XX, o paradigma da jurisdição constitucional ganhou ímpeto em grande parte do mundo ocidental, fazendo com que temas antes afetos aos Poderes Executivo e Legislativo fossem apresentados perante o Poder Judiciário.

Consoante destacado por Luís Roberto Barroso (2009, p. 1-2), os casos em que o Poder Judiciário é provocado a se pronunciar também é observável em outras nações, citando como exemplo o Canadá, em questão envolvendo o teste de mísseis norte-americanos em solo canadense, também Israel, acerca da construção de um muro na fronteira com o território palestino, a Turquia, e seus esforços em manter um Estado laico, planos econômicos na Hungria e na Argentina, a restituição de um presidente ao cargo após o seu afastamento por *impeachment*, Coréia do Norte etc.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, sob a égide do texto constitucional de 1988, e por força do comando constitucional de inafastabilidade da jurisdição, tem se deparado com várias causas em que a matéria em discussão ostenta notório viés político. Cite-se, v.g., a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, o uso de algemas em presos, a fidelidade partidária, nepotismo, greve no serviço público etc.

Essa posição não raro decorre da omissão das autoridades públicas ou por divergências partidárias, retirando o debate da problemática da arena política e empurrando-a para o contencioso judicial, sendo conveniente, assim, uma breve análise dessa tendência.

2.1 Judicialização e ativismo judicial

O fenômeno de maior participação do Poder Judiciário brasileiro, especialmente por sua Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, em temas de largo espectro político, econômico, social e moral, demonstra de forma estreme o avanço da justiça sobre o espaço político, ao qual tem-se atribuído definições como *judicialização*, e *ativismo judicial*.

Para Maria Tereza Sadek (2004, p. 79), o paradigma adotado pela Constituição de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário a “capacidade de agir politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar”, mercê de guiar-se por valores democráticos, com enfoque nos direitos sociais, e acrescenta:

A meta não é apenas limitar o poder absoluto e assegurar direitos, mas ser um instrumento para a realização da justiça social e para a promoção de direitos, incorporando valores da igualdade social, econômica e cultural. Em consequência, o foco central passa a estar em questões concretas, de natureza social, política e econômica, fortalecendo a inclinação do Direito de tornar-se pragmático, embaçando as fronteiras entre o Direito e a política.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 3), por seu, procura delimitar as duas concepções. Conceitua *judicialização* o fato de relevantes questões políticas e sociais serem levadas para decisão pelo Poder Judiciário, e não pelo Poder Legislativo e pelo Executivo, provocando um deslocamento do poder para os juízes e Tribunais e, conseqüentemente, altera-se sobremodo a forma e os efeitos das discussões relacionadas com o tema.

Aponta, destarte, 3 (três) grandes causas para o desenvolvimento da *judicialização* no cenário brasileiro: a *redemocratização* do país, que implementou a renovação dos membros da Corte Suprema brasileira, o reavivamento da cidadania, o aumento da informação e, conseqüentemente, a consciência dos direitos por parte da sociedade, que passou a demandar a sua proteção perante o Judiciário, fortalecendo, destarte, a sua atuação; a *constitucionalização abrangente*, seguindo a tendência mundial, trazendo para o texto constitucional matérias antes afetas aos Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse particular, ressalta Barroso (2009, p. 4) que, na medida em que um direito individual é alçado a norma constitucional, “ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”. Por fim, destaca o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, mercê de o controle de constitucionalidade brasileiro comportar dois sistemas: o americano, em que o controle é incidental e difuso, podendo qualquer juiz ou tribunal afastar a aplicação da lei por inconstitucionalidade; e o europeu, em que o controle é concentrado com efeito *erga omnes*, e a própria Constituição delimita o rol de legitimados ativos.

Por seu turno, Barroso (2009, p. 6) apresenta a *judicialização* e o *ativismo judicial* de forma distinta, aduzindo que aquele é “uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”, ao passo que este é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Conceitua, assim, *ativismo judicial* como uma intensa participação do Poder Judiciário em dar maior efetividade aos valores e fins elencados na Carta constitucional. Descreve que essa postura se destaca de 3 (três) condutas: aplicar

diretamente o comando previsto no texto constitucional, independentemente de regulamentação pela via infraconstitucional, pelo controle de atos normativos, declarando-se a sua inconstitucionalidade mediante critérios menos rígidos, e a imposição de condutas positivas e negativas ao Poder Público, principalmente em temas de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 6).

Barroso (2009, p. 13) traz à baila objeções quanto ao crescente processo judicialização e ao ativismo judicial: riscos à legitimidade democrática, politização indevida da justiça, e os próprios limites institucionais do judiciário. Destaca como risco à legitimação democrática o fato de os magistrados, ao desempenharem inegável poder político, não serem escolhidos pela vontade popular, como sói ocorrer com o Chefe do Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo.

Outrossim, esclarece que, normativamente, o papel de controle efetivado pelo Poder Judiciário, com destaque à Corte constitucional, decorre expressamente da própria Constituição Federal e, filosoficamente, no sentido de que *democracia* (governo do povo, fundado na vontade da maioria) não se confunde com *constitucionalismo* (poder limitado e respeito aos direitos fundamentais), e ilustra da seguinte forma:

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. (BARROSO, 2009, p. 11-12).

Ademais, quanto ao risco de politização indevida da justiça, Barroso (2009, p. 13) pondera que, não obstante a teoria crítica do Direito classifique que o *Direito é Política*, um instrumento de dominação sob o enfoque marxista, assevera que *Direito não é Política*, sob o argumento de que “em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana”.

Por essa razão, o constitucionalista pondera que, ainda que o Direito seja fruto da vontade política da maioria popular, assentada na Constituição e nas leis, o juiz, como intérprete do Direito,

(i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. (BARROSO, 2009, p. 14-15).

Por seu turno, Barroso (2009, p. 16-17), ao traçar comentários acerca dos *limites institucionais do judiciário* como objeção ao processo de *judicialização* e ao *ativismo judicial*, anota que a doutrina hodierna explora duas vertentes, a saber: a *capacidade institucional*, e os *efeitos sistêmicos*.

Por *capacidade institucional* entenda-se a limitação técnica ou científica que os magistrados podem encontrar diante de algumas situações, o que faz com que outro Poder seja o mais habilitado – tecnicamente – para produzir a melhor decisão. Já por *efeitos sistêmicos*, os resultados imprevisíveis e indesejados, mormente em função de o magistrado estar preparado para efetuar a justiça apenas no caso concreto, de sorte que nem sempre estará apto “para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de

um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”. Isso freqüentemente é observado nos casos em que se pleiteiam medicamentos ou tratamentos experimentais de alto custo, “que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos”. (BARROSO, 2009, p. 16-17).

Por conseguinte, nota-se que a tendência de maior participação do Poder Judiciário, desenhada pela Constituição Federal de 1988, e a postura mais proativa dos magistrados, tem possibilitado maior efetividade das normas constitucionais e, em determinadas situações, tem permitido o resguardo de direitos e garantias fundamentais face à incapacidade ou inércia dos outros Poderes. Outrossim, não se apresenta como a solução para todas as mazelas e ineficiências estatais. Como pontua Barroso (2009, p. 19), é semelhante a um poderoso antibiótico, que deve ser usado com parcimônia, sob pena de se desfalecer por conta da própria cura, o que expõe a evidente crise de funcionalidade e de legitimidade dos membros do Poder Legislativo.

Assim, convém a análise das razões de uma decisão proferida no Supremo Tribunal Federal que, ainda que tenha sido proferida monocraticamente, reflete a tendência ora descrita de o Judiciário buscar a efetivação dos direitos e das garantias constitucionais.

2.2 Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 45, do Supremo Tribunal Federal - STF

Antes de se empreender uma análise do entendimento esposado pelo Ministro relator da ADPF n.º 45, do Supremo Tribunal Federal¹, impõe-se conceituar o que a doutrina constitucionalista entende por *gerações dos direitos fundamentais*.

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 233-234) nos esclarecem que *direitos fundamentais de primeira dimensão* abrangem os direitos referidos nas revoluções francesa e americana – os primeiros a serem positivados – sendo considerados “indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista”. Compõem-se das liberdades individuais, como a de consciência, de culto, inviolabilidade de domicílio, de culto e de reunião, não guardando, pois, relação direta com desigualdades sociais.

Os *direitos fundamentais de segunda dimensão*, por seu turno, estão associados com as metas e ações sociais, objetivando a justiça social, neles se inserindo a assistência social, a saúde, a educação, o emprego, o lazer, dentre outros, geralmente exigindo uma contrapartida onerosa para o Estado. São também conhecidos como *direitos sociais*.

Por *direitos fundamentais de terceira dimensão* aqueles de titularidade difusa ou coletiva, “uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos”. (MENDES; COELHO; BRANCO,

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF. Argüente: Partido da Social Democracia Brasileira. Argüido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004, publicado no Diário da Justiça da União de 4 mai. 2004.

2008, p. 234). Incluem o direitos à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Já se proclama a existência de *direitos fundamentais de quarta dimensão* – à democracia, à informação, ao pluralismo – por força da globalização, e que “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. (BONAVIDES, 2004, p. 571).

Destarte, o relator da ADPF n.º 45, Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, assim expôs a controvérsia:

Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida **contra veto**, que, **emanado** do Senhor Presidente da República, incidiu **sobre o § 2º** do art. 55 (posteriormente **renumerado** para art. 59), de proposição legislativa **que se converteu** na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O dispositivo **vetado** possui o seguinte conteúdo material:

*“§ 2º Para efeito do inciso II do **caput** deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”*

O **autor** da presente ação constitucional **sustenta** que o veto presidencial **importou em desrespeito** a preceito fundamental **decorrente da EC 29/2000**, que foi promulgada para **garantir** recursos financeiros **mínimos** a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. (grifo do autor).

Verifica-se que o núcleo do questionamento encontra-se na expressão “deduzidos”, no § 2.º, que restou vetado pelo Presidente da República. Isso porque os gastos sob a responsabilidade do Ministério da Saúde, segundo a classificação empreendida pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias – LDOs, dividem-se em: (1) gastos em ações e serviços públicos de saúde; (2) encargos previdenciários; (3)

serviços da dívida; e (4) despesas financiadas com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. Assim, o § 2.º prevê que o mínimo instituído pela Emenda Constitucional n.º 29, de 13 de setembro de 2000, seria apenas para se implementar a atividade descrita no item (1) acima, sendo certo que a manutenção do veto presidencial reduziria drasticamente as verbas destinadas ao Ministério da Saúde, uma vez que o mínimo garantido pela citada Emenda seria para se implementar todas as ações descritas nos itens (1) a (4).

A ação constitucional restou prejudicada, uma vez que a Lei n.º 10.777, de 24 de novembro de 2003², ao alterar o artigo 59 da Lei n.º 10.707, de 30 de julho de 2003³, por fim restabeleceu a redação primitiva do § 2.º, conforme o projeto de lei original.

Sem prejuízo, o relator empreendeu uma análise do cabimento da ação constitucional como meio idôneo de se assegurar direitos sociais, ao assentar:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal **põe em evidência**, de modo particularmente expressivo, **a dimensão política** da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, **que não pode demitir-se** do gravíssimo encargo **de tornar efetivos** os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, **enquanto** direitos de **segunda** geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, **sob pena** de o Poder Público, por violação positiva **ou** negativa da Constituição, **comprometer**, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional [...]

[...]

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular **e** de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois**, nesse domínio, o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, **embora em bases excepcionais**, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que

² BRASIL. Lei n.º 10.777, 24 de novembro de 2003. Acresce parágrafos ao art. 59 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2004. Brasília, 25 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2010.

³ BRASIL. Lei n.º 10.707, de 30 de julho de 2003. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências. Brasília, 31 jul. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2010.

sobre eles incidem, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **ainda** que derivados de cláusulas **revestidas** de conteúdo programático. (grifo do autor).

Destarte, o Ministro Celso de Mello assinala que o Poder Público não pode reduzir a promessas incoseqüentes as normas programáticas estabelecidas no texto constitucional, “fraudando expectativas nele depositadas pela coletividade”.

Ciente de que a implementação de políticas públicas onerosas pode encontrar obstáculo no que se convencionou conceituar como “reserva do possível”, ainda assim manifesta o seu convencimento de que, ressalvada situações de justo motivo que possa ser aferido de forma objetiva, ela não pode ser invocada com o objetivo de se furtar do cumprimento das obrigações constitucionais, especialmente em situações em que a omissão ou inércia possam causar danos indelévelis a direitos e garantias de evidente caráter fundamental.

Por conseguinte, acentua que os condicionamentos impostos pela “reserva do possível” reclamam: (1) razoabilidade da pretensão deduzida, e (2) disponibilidade financeira do Estado.

E arremata:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas **dependam** de opções políticas **a cargo** daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, **cumpre reconhecer que não se revela absoluta**, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, **nem** a de atuação do Poder Executivo.

É que, **se** tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável **ou** procederem com a clara intenção de neutralizar, **comprometendo-a**, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, **afetando**, como decorrência causal de uma injustificável **inércia** estatal **ou** de um abusivo comportamento governamental, aquele **núcleo intangível** consubstanciador de um conjunto **irredutível** de condições mínimas **necessárias** a uma existência digna e **essenciais** à própria sobrevivência do indivíduo, **ai**, então, **justificar-se-á**, como **precedentemente** já enfatizado - **e até mesmo** por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a **possibilidade** de intervenção do Poder Judiciário, **em ordem** a viabilizar, **a todos**, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido **injustamente** recusada pelo Estado. (grifo do autor).

Ainda que a decisão não seja oriunda do Pleno, ela reflete, outrossim, que a Suprema Corte brasileira tem acompanhado a tendência observada em outros países, conforme dito alhures, de não se manter inerte na consecução de direitos e garantias fundamentais, notadamente nos casos em que a ação ou mesmo inércia do Poder Executivo ou Legislativo puderem reduzir ou aniquilar direitos e garantias asseguradas no texto constitucional.

No caso em concreto, realçou a idoneidade do meio processual escolhido – Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental – para se impugnar ato comissivo ou omissivo potencialmente lesivo ao implemento de obrigações sociais, admitindo-se a intervenção do Poder Judiciário também em casos de omissões institucionais.

2.3 Poder Judiciário como “Síndico” da aplicação da harmonia entre os Poderes no Estado Democrático de Direito

O modelo adotado pela Constituição brasileira, consagrando o pensamento iluminista e moderno da Separação dos Poderes, exposto outrora, encerra meio de contenção do poder, exercendo poderoso controle em face de ações arbitrárias. A idéia basilar da Separação dos Poderes é a de conjurar a tirania em virtude da concentração do poder em uma pessoa ou grupo dominante, estabelecendo-se o equilíbrio do poder (*balance of power*), a ser mantido entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

No entanto, a tutela dos direitos fundamentais efetivadas pela intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas suscita controvérsias, respaldada em diversas correntes filosóficas.

Para exemplificar, Lenio Luiz Streck (2004, p. 154-161) traz à atenção o pensamento contrário do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas acerca da invasão da política e da sociedade pelo Direito, ao pontuar:

Assim, no Estado Democrático de Direito, muito embora Habermas reconheça a importância da tarefa política da legislação, como crivo de universalidade enquanto aceitabilidade generalizada por que têm que passar as normas a serem genérica e abstratamente adotadas, vê no Judiciário o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação através da qual releva ao máximo o postulado de Ronald Dworkin da exigência de imparcialidade não só do Executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do Direito.

Comenta a abordagem deontológica e não axiológica de Habermas, para quem o poder Executivo, em suas atividades, não poderia abster-se em cumprir com os desígnios da lei e da decisão judicial, quedando-se sob a tutela dos Poderes Legislativo e Judiciário. Por seu turno, assenta que o Judiciário não dispõe dos meios coercitivos para fazer cumprir suas decisões, em face da recusa do governo e do parlamento.

Assinala a concorrência que pode erigir-se perante a corte constitucional e o parlamento no que respeita ao controle abstrato de normas, sugerindo que o Legislativo ostenta maior legitimidade para exercer esse controle, mercê de o parlamento não dispor de competência para aferir se os critérios utilizados pelos magistrados pautaram-se exatamente nos mesmos argumentos normativos que encontraram base na fundamentação presumivelmente racional de uma lei.

Ressalta as críticas tecidas por Habermas quanto à existência de cortes constitucionais – referindo-se aos modelos norte-americano e alemão – para a concretização de valores materiais, sob o risco de transformarem-se em instâncias autoritárias. Dessa sorte, Habermas critica a juridificação observada no modelo de Estado Social, classificando-a de “colonização do mundo da vida”. (STRECK, 2004, p. 158).

A concepção de Habermas, prossegue Streck (2004, p. 158-159), é a de uma democracia constitucional pautada em procedimentos que assegurem “a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma ‘nação de cultura’, mas, sim, em uma ‘nação de cidadãos’”, em que “*o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isso é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito*”. É dizer, o modelo *procedimentalista* habermasiano defende a intervenção do Poder Judiciário tão-somente para garantir os procedimentos que propiciem a formação democrática da opinião, assegurando-se aos excluídos o acesso à discussão política.

Não se pode deixar de anotar, no que respeita ao posicionamento contrário do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, quanto à postura mais ativa do Poder Judiciário no cenário democrático, os contrapontos apresentados por Lenio Luiz Streck (2004, p. 165-167), em favor de uma efetiva concretização dos ideários constitucionais, ao ponderar:

[...] Habermas cai em um certo sociologismo ao ignorar a especificidade do jurídico presente nas Constituições, que gerou todo um processo de revitalização do jurídico, naquilo que diz respeito à função social do Direito. O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito acrescenta um “mais” ao Direito do Estado Social, porque estabelece no próprio texto constitucional – e esse é o ponto que Habermas deixa de considerar – os diversos mecanismos para o resgate das promessas da modernidade. O que diferencia o projeto do Estado Democrático de Direito é exatamente a

revalorização do jurídico, como contraponto à plenipotenciariade da razão política que tantas seqüelas deixou. Como bem assinala Diaz, *o Estado Democrático de Direito aparece como superação real do Estado Social de Direito.*

[...]

Mais ainda, é necessário ter em conta que o paradigma do Estado Social-Intervencionista trabalha com a perspectiva de um Estado que intervém através de políticas que não são – ou raramente são – escolhas motivadas por um querer genérico da sociedade, refletindo, antes disso, os interesses dos grupos eventualmente no poder.

[...]

Por isso, o advento do Estado Democrático de Direito representa um salto e um *plus* (normativo) sobre o modelo anterior de Estado-Intervencionista, mormente se considerarmos – como antes se viu – as especificidades brasileiras. Trata-se, enfim, de entender que o Estado Democrático de Direito exsurge de uma nova pactuação, com as especificidades próprias de cada país. Nesse contexto, a noção de Estado Democrático de Direito aparece como superador da noção de Estado Social. Ou seja, a noção de Estado Social dependia de mecanismos implementadores, razão pela qual o Direito apareceu (nos textos constitucionais) com a sua face transformadora.

Por conseguinte, ao discorrer mais acerca da abordagem *substancialista*, traz à tona os comentários de doutrinadores portugueses (Canotilho, Jorge Miranda etc), norte-americanos (Laurence Tribe, Michael Perry), o italiano Mauro Cappelletti, e brasileiros (Paulo Bonavides, Fabio Comparato, Eros Grau, dentre outros), sobre a necessidade de uma postura mais intervencionista do Poder Judiciário em países de terceiro mundo, mormente em face da incapacidade de o Estado implementar políticas públicas capazes de promover justiça social. Assim, a intervenção do Poder Judiciário se justifica nas hipóteses em que o processo político, conduzido pelos Poderes Legislativo e Executivo, omitem-se na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais traçados na Constituição, dadas as vicissitudes observadas ao longo da história do Brasil. (STRECK, 2004, p. 186).

Sob a ótica dos dois modelos propostos – o *procedimentalista*, defendido por Habermas, e o *substancialista*, que propõe maior ativismo judicial – exsurge um ponto em comum, qual seja, a inequívoca função do Poder Judiciário na construção do desenvolvimento social.

Destarte, no modelo *procedimentalista* habermasiano, cumpriria ao Poder Judiciário garantir as discussões dentro da arena política, ao passo que no modelo *substancialista*, o Poder Judiciário atuaria em face da inércia e omissões dos Poderes Legislativo e Executivo em conferir eficácia aos programas constitucionais. De uma forma ou de outra, poder-se-ia comparar o Poder Judiciário a um “síndico” na harmonia dos Poderes, que de um lado garanta as discussões e o debate entre os condôminos em relação aos problemas comuns prementes e as soluções mais adequadas; e, em outra corrente, atuando positivamente para satisfazer necessidades básicas a todos comuns, em face da inércia ou total inefetividade dos outros personagens.

Portanto, forçoso reconhecer, dadas as peculiaridades observadas no Brasil, em que o texto constitucional elenca uma série de disposições programáticas para o estabelecimento de justiça social, e das falhas observadas em se dar efetividade plena a esse desiderato, que o Poder Judiciário está incumbido de um papel vital no cenário político brasileiro.

Outrossim, consoante adrede mencionado, o Poder Judiciário só age por provocação, sendo certo que o ordenamento jurídico pátrio comporta o controle de constitucionalidade concentrado e difuso, mitigando o modelo europeu e norte-americano. Por essa razão, convém considerar, por fim, à luz de julgados do Supremo Tribunal Federal, o uso que o Poder Judiciário tem feito desses instrumentos para se assegurar direitos e garantias constitucionais.

3 A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DO BRASIL PERANTE CASOS DE OMISSÃO LEGISLATIVA E CRÍTICAS AOS MODELOS ADOTADOS

A Carta Constitucional de 1988 assegura uma série de direitos e garantias fundamentais, como forma de oportunizar um mínimo existencial necessário à vida, bem como ao exercício básico de direitos sociais.

Não obstante o comando inserido no inciso X, do artigo 37, da Carta Política de 1988, no sentido de que “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por **lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, **assegurada revisão geral anual**, sempre na mesma data e sem distinção de índices”, houve período de verdadeira inércia do Presidente da República nessa matéria de sua iniciativa privativa (artigo 61, § 1.º, inciso II, alínea “a”, da CRFB/1988).

Por conseguinte, no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata *Dos Direitos e **Garantias Fundamentais***, está inserido o Capítulo que elenca os *Direitos Sociais*, sendo que o artigo 9.º assegura ao trabalhador o *direito de greve*, e o parágrafo 1.º estabelece que “**a lei** definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”. No entanto, referida garantia fundamental não restou regulamentada por lei o seu exercício no âmbito do serviço público.

A omissão legislativa, em ambos os casos, foi suscitada perante a Corte Suprema brasileira, sob o fundamento de que a inércia legislativa impedira o exercício de direitos fundamentais e garantias constitucionalmente asseguradas. Analisemos, pois, a postura que o Supremo Tribunal Federal adotou em relação a esses dois temas específicos.

3.1 A omissão legislativa referente à revisão anual dos servidores públicos, à luz do disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal de 1988

O artigo 37, inciso X, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998, assegurou o direito de os servidores públicos terem sua remuneração ou subsídio revisado anualmente, lei esta de iniciativa privativa do Senhor Presidente da República, nos termos do artigo 61, § 1.º, inciso II, alínea “a”, da Carta Magna de 1988.

Não obstante o exposto comando constitucional, os servidores públicos na segunda metade da década de 90 amargaram um longo período sem verem concretizada a referida promessa constitucional, mercê de o último reajuste concedido à categoria ter se operado em janeiro de 1995.

Entretanto, em setembro de 1999, o Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT, ajuizaram no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 2.061-7/DF, aduzindo a omissão do artigo 37, inciso X, com a redação dada pela EC n.º 19/98.

Requeriu-se que, uma vez reconhecida a omissão legislativa, fosse aplicado o disposto no parágrafo 2.º, do artigo 103, da Constituição Federal, no sentido de que a inércia fosse conjurada no prazo de 30 (trinta) dias.

A referida ADI, sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, foi ao final julgada parcialmente procedente, nos termos da ementa a seguir transcrita⁴:

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.061-7/DF. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 25 de abril de 2001, publicado no Diário da Justiça da União de 29 jun. 2001.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998).

Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, **a**, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98.

Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, **in fine**, que prevê a fixação de prazo para o mister.

Procedência parcial da ação.

Colhe-se do voto-condutor do aresto:

Tornou-se extreme (sic) de dúvida, portanto, incumbir ao Chefe do Poder Executivo o cumprimento do imperativo constitucional, enviando, a cada ano, ao Congresso Nacional, projeto de lei que disponha sobre a matéria.

Ocorre, entretanto, como destacado na inicial, que até o presente momento, embora quase três anos tenham decorrido desde a edição da EC 19/98 e, conseqüentemente, da categórica norma do art. 37, X – e não obstante o fenômeno da inflação se tenha feito sentir, ininterruptamente, durante todo o período –, não se registrou o necessário desfecho, de parte do Palácio do Planalto, de nenhum processo legislativo destinado a tornar efetiva a indispensável revisão geral dos vencimentos dos servidores da União.

Outrossim, optou a Corte Suprema brasileira por não determinar que o Presidente da República desencadeasse o processo legislativo em 30 (trinta) dias sob o seguinte fundamento:

A fixação de prazo, como se vê, só tem cabimento em se cuidando de providência a cargo de órgão administrativo, o que não se verifica no presente caso, posto não se enquadrar nas atribuições administrativas do Chefe do Executivo iniciativa que, caracterizadora de ato de poder, desencadeia processo legislativo (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Do Processo Legislativo”, p. 202).

Não se pode olvidar, porém, que no período em que ocorreu a mora legislativa, essa omissão resultou em efetivo dano patrimonial para os servidores públicos da União, porquanto tiveram sua remuneração ou subsídio corroídos pelo processo inflacional.

Dessa sorte, muitos servidores, individualmente ou por seus sindicatos, ingressaram em juízo objetivando provimento jurisdicional que lhes assegurasse indenização por responsabilidade civil do Estado, em decorrência da inércia legislativa. Quando o tema desembocou no Supremo Tribunal Federal, este, por meio de reiterados julgados, proferiu que ao Judiciário era vedado aumentar vencimentos de servidores públicos, nos termos do Enunciado n.º 339, de sua Súmula, *verbis*: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.⁵ Ilustrativamente, o seguinte aresto do STF:⁶

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.

I - A iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suprir sua omissão.

II - Incabível indenização por representar a própria concessão de reajuste sem previsão legal.

III - Agravo não provido.

Extrai-se de sua fundamentação:

[...] o deferimento do pedido de indenização importaria na própria concessão do reajuste pelo Judiciário, o que é vedado pela Súmula 339 do STF. Nesse mesmo sentido, cito, entre outros, o RE 450.063-AgR/RO e o RE 468.282-AgR/ES, Rel. Min. Cezar Peluso.

Destarte, a matéria foi objeto de novo debate na Excelsa Corte, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 424.584, de Minas Gerais, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso. Propondo a revisão do posicionamento da Suprema Corte brasileira, sustentou:

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado n.º 339, da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1963. In: **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal** – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 148.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 421.828-3/DF. Agravante: Nelson Luiz de Oliveira e Outro (A/S). Agravado: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 28 de novembro de 2006, publicado no Diário da Justiça da União de 19 dez. 2006.

Não se trata, repita-se, de se discutir um suposto direito adquirido a um determinado índice de correção monetária. O que se pede nos autos da presente “ação ordinária” não é a correção monetária, mas a indenização pelo dano sofrido. Não se pleiteia que o Judiciário substitua o legislador, estabelecendo o índice de reajuste de revisão para o período, o que implicaria em agir, nesse caso, o magistrado, como legislador positivo, circunstância que não tem sido aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmula 339). O que se reclama, neste momento, é o reconhecimento da existência de um dano e do dever de indenizar, tão-somente. Trata-se, portanto, de hipótese de violação de uma obrigação anterior, que gera outra obrigação, agora, a de indenizar (Sérgio Cavaliere Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 25 e ss.). Não há como se afastar a responsabilidade civil do Estado no presente caso.

A divergência restou inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa, sustentando no debate que se seguiu:

Entendo que a responsabilidade civil do Estado, desde o seu nascedouro, em 1873, com o famoso *arrêt Blanco*, sempre se concebeu, em princípio, como voltada à reparação de atos lesivos praticados pelo Executivo. A idéia de responsabilidade civil do Estado em razão de ato legislativo é excepcionalíssima, que se conta nos dedos em direito comparado. [...] Penso que a responsabilidade civil do Estado tem requisitos e, no caso, há um requisito que não me parece preenchido: para se indenizar, é preciso que o dano seja especialíssimo em relação a quem está postulando. Ou seja, se o dano é genérico, não há por que indenizar “a”, “b” ou “c”. É o princípio da especialidade em matéria de responsabilidade civil. [...] São esses dois fundamentos que me levam, *data venia*, a pedir licença a Vossa Excelência para conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Seguiu-se pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, trazendo as seguintes considerações acerca da possibilidade de responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa:

No que se refere à omissão e à sua inconstitucionalidade, é possível que tal problemática constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, mais fascinantes temas do Direito Constitucional moderno. Ela envolve não só a questão concernente à concretização da Constituição pelo legislador, mas também todas aquelas atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia ainda a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

O constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros tempos.

É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo, no Brasil, para descobrir o significado, o conteúdo e a natureza desses institutos. Todos os que, tópicamente ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental, sobretudo, para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito Democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna.

[...]

Caso tenha havido a prévia declaração de inconstitucionalidade por omissão legislativa, algum efeito deve ocorrer, sob pena de total ineficácia do comando constitucional. Para tanto, é indispensável que haja a correlação entre a imposição constitucional de legislar e o reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, bem como a fixação judicial de mora pelo reconhecimento da omissão inconstitucional somada à persistência da inação estatal.

[...]

Não obstante, insisto na reflexão sobre se o reconhecimento da mora legislativa torna-se ineficaz para efeito de responsabilização civil pelo fato de não ter sido fixado prazo para que o Chefe do Executivo encaminhasse o projeto de lei.

De imediato, reporto-me a texto doutrinário no qual afirmei ser necessário verificar, caso a caso, a complexidade da matéria a ser tratada em projeto de lei para que se examine a razoabilidade ou não do tempo de tramitação do processo legislativo:

A complexidade de algumas obras legislativas não permite que elas sejam concluídas em prazo exíguo. O próprio constituinte houve por bem excluir do procedimento abreviado os projetos de código (CF, art. 64, § 4º), reconhecendo expressamente que obra dessa envergadura não poderia ser realizada de afogadilho. **Haverá trabalhos legislativos de igual ou maior complexidade.** Não se deve olvidar, outrossim, que as atividades parlamentares são caracterizadas por veementes discussões e difíceis negociações, que decorrem mesmo do processo democrático e do pluralismo político reconhecido e consagrado pela ordem constitucional (art. 1º, *caput*, e inciso I). Orlando Bitar, distinguindo os Poderes, dizia que o Legislativo é intermitente, o Executivo, permanente e o Judiciário só age provocado. Ou seja, o Legislativo pode parar por algum tempo, isto é, entrar em recesso (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.187.) (g.n.)

[...]

Daí a necessidade de, em primeiro lugar, declaração da mora, para que se possa, em segundo lugar, a partir desta data, verificar a razoabilidade do período de inadimplência do órgão declarado omissor.

[...]

Em síntese, a meu ver, o reconhecimento da mora preenche o primeiro requisito para a responsabilização do Estado pela omissão legislativa. **O segundo deve ater-se à permanência da omissão, considerando o decurso do prazo a partir da constituição em mora.**

[...]

O julgamento da ADI no 2.061/DF foi suficiente para o preenchimento da primeira condição - reconhecimento da mora. A segunda - permanência da mora -, porém, não se verifica. Conforme está demonstrado nos autos, a União editou a Lei nº 10.331/2001 pouco tempo após a constituição em mora, ou seja, pouco tempo após o julgamento da referida ADI. Por conseguinte, descabe falar em responsabilidade civil por omissão legislativa.

Não comungo da tese de que seria prescindível a constituição em mora do Estado, porquanto o art. 37, inciso X, já teria, *per se*, fixado um prazo para a atuação estatal, ao indicar que a revisão deve ser anual.

Por se tratar de omissão, é indispensável a fixação da mora, visto que razões plausíveis podem justificar a inação estatal. Imaginemos que não tenha ocorrido inflação em determinado ano, ou, ainda, que tenha ocorrido deflação, além de eventual procedência da denominada tese da “reserva do possível”. Faz-se necessário, portanto, o manejo dos instrumentos constitucionais para a fixação da omissão legislativa do Estado. (grifo do autor).

Dessa feita, à luz dos argumentos pronunciados pelo Ministro Gilmar Mendes, e à míngua de debate no Plenário acerca de suas ponderações, o magistrado entende ser perfeitamente cabível a responsabilização do Estado por omissão legislativa, desde que a mora tenha sido anteriormente **declarada**, e que tenha se esgotado **razoável prazo** para o desenrolar do processo legislativo – da propositura à sanção presidencial.

Sem prejuízo, impende considerar que a doutrina admite a possibilidade de responsabilização civil do Estado por omissão legislativa. Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2009, p. 1091-1092):

Pode ser indagado se a ausência de produção da lei poderia gerar a responsabilização civil do Estado. Ora, a ausência de produzir lei configura uma atuação omissiva do Estado. Poderá existir infração omissiva própria ou infração omissiva imprópria. A atuação omissiva própria se configurará quando existir um dever jurídico de produzir a lei.

Assim, se a Constituição estabelecer o dever de exercer a competência legislativa, a omissão será uma infração à ordem jurídica.

[...]

A ausência da produção legislativa nacional, quando assim for determinado pela União, conduz ao surgimento da responsabilização. Um dos primeiros precedentes envolveu a condenação da Itália a indenizar empregados de uma empresa falida. A condenação se fundou em que existia determinação para que fossem adotadas normas legais destinadas a proteger os empregados em caso de falência. A Itália deixou de produzir essas normas.

Um conjunto de empregados de empresa italiana, cujos direitos trabalhistas não foram satisfeitos num caso de falência, obteve a responsabilização civil do Estado italiano.

Por seu turno, é cediço que a responsabilização civil do Estado reclama, para a viabilidade da pretensão ressarcitória, a presença dos seguintes requisitos: o “evento danoso”, o “nexo de causalidade”, e a “qualidade de agente na prática do ato”. (CAHALI, 2007, p. 67-88). Na presente hipótese, ressoa inequívoco estarem satisfeitos os três pressupostos, porquanto se trata de uma inação de um agente público, que inexoravelmente resultou em dano para os servidores públicos, que tiveram comprometidos o seu poder de compra em decorrência do fenômeno inflacionário.

Ademais, há de se considerar que o nosso ordenamento jurídico estabelece que o direito de ação exsurge a partir da lesão sofrida. Dessa sorte, declarada a lesão pelo Poder Judiciário, cumpre ao causador a reparação do dano. Destarte, nesse respeito, é interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, inclusive, a eficácia executiva da sentença declaratória, consoante se colhe do seguinte precedente:⁷

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SENTENÇA DECLARATÓRIA DO DIREITO DE CRÉDITO CONTRA A FAZENDA PARA FINS DE COMPENSAÇÃO. SUPERVENIENTE IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAR. EFICÁCIA EXECUTIVA DA SENTENÇA DECLARATÓRIA, PARA HAVER A REPETIÇÃO DO INDÉBITO POR MEIO DE PRECATÓRIO.

1. No atual estágio do sistema do processo civil brasileiro não há como insistir no dogma de que as sentenças declaratórias jamais têm eficácia executiva. O art. 4º, parágrafo único, do CPC considera "admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito", modificando, assim, o padrão clássico da tutela puramente declaratória, que a tinha como tipicamente preventiva. Atualmente, portanto, o Código dá ensejo a que a

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 588.202/PR. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Varasquim e CIA. LTDA. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2004, publicado no Diário da Justiça da União de 25 fev. 2004.

sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta.

2. Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional.

3. A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

Assim, é possível concluir-se, na hipótese em discussão que, para que ocorra a responsabilidade civil do Estado, é desnecessário se constituir em mora o Poder Executivo, pelo seu Chefe, o Presidente da República, em razão de não ter encaminhado para o Poder Legislativo, no prazo anual, projeto de lei que vise implementar a revisão determinada no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal de 1988, mesmo porque a inércia decorre de descumprimento direto do próprio texto constitucional.

Por fim, cumpre ressaltar que a matéria ainda será objeto de deliberação pela Corte Suprema brasileira, porquanto admitida repercussão geral do tema, *verbis*:⁸

VENCIMENTOS – REPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO – ATO OMISSIVO – INDENIZAÇÃO – INCISO X DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO DO TEMA. Ante a vala comum da inobservância da cláusula constitucional da reposição do poder aquisitivo dos vencimentos, surge com repercussão maior definir o direito dos servidores a indenização.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário nº 565.089-8/SP. Recorrente: Rubens Orsi Campos Filho e Outro (A/S). Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2007, publicado no Diário da Justiça eletrônico da União de 1º fev. 2008.

3.2 A ausência de lei regulamentadora do direito de greve no serviço público – a mudança de paradigma em relação ao mandado de injunção

Um importante instrumento processual apto a conjurar as omissões legislativas é o mandado de injunção, previsto em nosso texto constitucional de 1988, no artigo 5.º, inciso LXXI, *litteris*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Outrossim, referido *writ*, em vários julgados, limitou-se apenas em reconhecer a mora legislativa, sem, contudo, suprir a lacuna legislativa.

É o que se infere do acórdão proferido no Mandado de Injunção n.º 361-1/RJ, resumido na seguinte ementa:⁹

E M E N T A: I - Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, tem interesse comum na eficácia do art. 192, § 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais.

II. Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade.

A mora - que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário a efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n.º 361-1/RJ. Impetrante: SIMPEC RJ - Sindicato das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Comércio do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Congresso Nacional. Relator para acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 8 de abril de 1994, publicado no Diário da Justiça da União de 17 jun. 1994.

III. Juros reais (CF, art.192, § 3º): passados quase cinco anos da Constituição e dada a inequívoca relevância da decisão constituinte paralisada pela falta da lei complementar necessária a sua eficácia - conforme já assentado pelo STF (ADIn 4, DJ 25.06.93, Sanches) -, declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito, para que a supra o Congresso Nacional.

IV. Mandado de injunção: natureza mandamental (MI 107-QO, M. Alves, RTJ 133/11): descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando - por não ser o Estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora (v.g, MI 283, Pertence, RTJ 135/882) -, não seja possível cominar conseqüências a sua continuidade após o termo final da dilação assinada.

Ressalte-se que no precedente acima, e em outros da mesma época, havia uma corrente minoritária, capitaneada principalmente pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio de Mello, que entendia que o caráter mandamental da ação impunha a conjuração da omissão no caso *sub judice*.

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal viria a experimentar uma considerável mudança em seu paradigma. Na sessão Plenária do dia 15 de maio de 2003, o Ministro Maurício Corrêa, relator do Mandado de Injunção n.º 670-9/ES¹⁰ apresentou o feito para julgamento, e propôs a solução nos moldes do decidido no Mandado de Injunção n.º 438/GO, apenas para se declarar a mora do Poder Legislativo, extraíndo-se o seguinte excerto de sua fundamentação:

Ocorre que não pode o Poder Judiciário, nos limites especificamente do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir-se-ia ao legislador ordinário, o que extrapolaria o âmbito da competência prevista na Constituição. Também não lhe é facultado fixar prazo para que o Congresso Nacional aprove a respectiva proposição legislativa, nem anular sentença judicial, convolvando o mandado de injunção em tipo de recurso não previsto na legislação processual.

O Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo para melhor análise.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 670-9/ES. Impetrante: Sindicato dos servidores policiais civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator p/ acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 12 de abril de 2007, publicado no Diário da Justiça eletrônico da União de 30 out. 2008.

O Pleno retomou o julgamento na sessão do dia 7 de junho de 2006, ocasião em que o Ministro Gilmar Mendes propôs uma reflexão acerca do instituto constitucional do mandado de injunção. Colhe-se de seu voto os seguintes trechos:

O poder constituinte originário, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

[...]

Deve-se admitir, portanto, que, com a adoção desses peculiares mecanismos de controle da omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desenvolver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Se se partir do princípio de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de mandado de injunção e no controle abstrato da omissão, tem conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador e que a decisão que reconhece a subsistência de uma omissão parcial contém, ainda que implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superação da situação inconstitucional, mesmo nesses casos, deve ocorrer em duas etapas (*Zweiaktverfahren*).

[...]

Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção.

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção nºs 283 (Relator: Sepúlveda Pertence), 232 (Relator: Moreira Alves) e 284 (Relator: Celso de Mello) sinalizam uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.

Assim, no caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum (Cf., nesse sentido, MI nº 562-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 20.6.2003; e MI nº 543-DF, Rel. Min. Octavio Gallotiti, *DJ* 24.5.2002). Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida (Cf. MI nº 679, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.12.2002).

As decisões referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano.

[...]

A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos. Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte.

[...]

Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”.

[...]

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

[...]

Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, pode tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.

A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, e das sentenças aditivas no direito italiano, denota-se que se está, no caso do direito de greve dos servidores, diante de hipótese em que a omissão constitucional reclama uma solução diferenciada.

De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º).

[...]

A meu ver, tais condicionamentos político-institucionais permitem uma aproximação ao caso brasileiro da omissão legislativa quanto ao direito de greve dos servidores públicos.

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

É certo, igualmente, que a solução alvitada por essa posição não desborda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado.

Percebe-se inequivocamente que a proposta do Ministro Gilmar Mendes implicaria numa mudança da postura da Corte em relação ao mandado de injunção, como instrumento hábil a normatizar a lacuna no caso em concreto.

O julgamento não restou concluído naquela ocasião, por força de novos pedidos de vista.

Entretantes, a Corte evidentemente começaria a adotar um perfil mais ativo em decorrência das omissões legislativas suscitadas em mandados de injunção. É o que se percebe na ementa do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do Mandado de Injunção n.º 721-7/DF, na sessão Plenária do dia 27 de setembro de 2006, cuja ementa se reproduz a seguir:¹¹

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. 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.

Destarte, ficou ainda mais evidente a adoção do novo paradigma na Excelsa Corte, permitindo o preenchimento de lacunas legais que impedem o exercício dos direitos fundamentais e da cidadania.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Mandado de Injunção n.º 670-9/ES na sessão do dia 12 de abril de 2007, acompanhando o posicionamento apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes.¹²

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n.º 721-7/DF. Impetrante: Maria Aparecida Moreira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 30 de agosto de 2007, publicado no Diário da Justiça da União de 30 nov. 2007.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n.º 670-9/ES. Impetrante: Sindicato dos servidores policiais civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator p/ acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 12 de abril de 2007, publicado no Diário da Justiça eletrônico da União de 30 out. 2008.

Ademais, não se pode deixar de anotar as observações do Ministro Eros Roberto Grau no Mandado de Injunção n.º 721-7/DF, em sede de voto-vista, na sessão de 30 de agosto de 2007, assentando, por seu turno, que essa nova postura, longe de ferir a Separação dos Poderes, concretiza a vontade constitucional:

O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado.

Ademais, não há que falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.

Em face do considerado, percebe-se que esse novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal deu contornos eficazes a um instrumento, que até então não produzia efeitos palpáveis, mormente nos casos em que simplesmente declarava a omissão legislativa, proclamando a inércia do Congresso Nacional, ou mesmo do Poder Executivo, nas hipóteses de competência privativa do Presidente da República.

Por seu turno, absolutamente pertinentes as ponderações levadas na discussão, no sentido de que essa é exegese que mais se adequa às necessidades de quem se socorre no Judiciário, que se revela, em muitas situações, como a última porta que o aflito encontra para bater, e isso sem que haja ofensa às competências traçadas no próprio texto constitucional.

CONCLUSÕES

O ordenamento jurídico contemporâneo, no pós-positivismo, não pode mais ser concebido como um sistema fechado de regras, impermeável a valores principiológicos e éticos, que deveriam orientar, no máximo, a atividade do legislador. Os princípios, pelo contrário, ostentam normatividade, a dirigir não apenas a atividade legiferante, como também os atos do administrador público e as decisões dos magistrados. Com efeito, o registro histórico indica que o positivismo exacerbado, despido de valores éticos, forneceu base para que atrocidades fossem praticadas sob o crivo da legalidade.

Deveras, ressoa estreme que a Constituição brasileira de 1988 enumera uma série de princípios, extensíveis ao Estado e à Administração Pública, de sorte que é lícito que o magistrado, ante a sua reconhecida força normativa, use-os como fonte de motivação de sua decisão, mercê de o sistema híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro (concentrado e difuso) permitir que qualquer órgão do Poder Judiciário declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quando violado algum princípio constitucional.

Ademais, a colisão entre os princípios não anula um ou outro do ordenamento jurídico, mas impõe ao juiz, dentro de um processo de ponderação com base no caso concreto, definir o que ostenta maior peso, cuidando também que haja o menor sacrifício possível a direitos fundamentais.

Cumprе ressaltar que os princípios não surgem com o propósito de conjurar as regras, mas recomenda-se que o ordenamento jurídico se apresente como um sistema flexível em que estejam inseridos tanto regras como princípios, evitando-se a prolação de decisões arbitrárias, conferindo mais objetividade e ao

mesmo tempo permitindo o amoldamento das soluções à luz das particularidades observadas no caso concreto, promovendo a segurança jurídica.

Não se pode olvidar que a realidade brasileira demonstra que o país encontra-se em estágio de desenvolvimento, mormente nos campos político, educativo e social, em que a inércia do administrador público, quanto a políticas públicas sociais básicas, aliadas à omissão do Poder Legislativo, tanto em emanar normas para a consecução dos ideais traçados na Constituição, quanto na fiscalização do próprio Executivo, tem ocasionado o desrespeito a direitos fundamentais e de exclusão social.

Porém, resta evidente que, para que as necessárias mudanças ocorram, é preciso mais do que a evolução da própria sociedade, e que a constituição seja apenas um reflexo do próprio povo. A fórmula, ao que tudo indica, é a combinação de dirigismo, sem se descartar o estágio evolutivo que vai se observando ao longo do tempo, adaptando as metas na medida adequada ao progresso verificado. Não logrará êxito se procurar estabelecer metas e vincular a atividades dos Poderes do Estado, se esses estiverem dissociados da realidade cultural e social do país, ao mesmo tempo em que é necessário um planejamento – um programa – normativo vinculante do legislador, do administrador, do juiz e da própria sociedade, conformando tanto de forma negativa quanto positiva, estruturando o Estado Social e a própria democracia.

Nesse sentido, o texto constitucional brasileiro, de 1988, que estabelece uma série de programas e metas, tendo por escopo o desenvolvimento social e o progresso da nação, e a essas devem ser emprestadas efetividade, sendo certo que o ponto de partida é o planejamento de políticas públicas, com o envolvimento acentuado do Poder Executivo e do Legislativo. No entanto, quando esse

planejamento desrespeita diretamente o comando constitucional, ou há potencial perigo de ofensa a preceitos constitucionais, a intervenção do Poder Judiciário é medida que se impõe, como restou evidente no caso da citada ADPF nº 45. Cumpre ressaltar que, nesse mesmo caso, o poder da representação popular se operou, quando a pretensão foi satisfeita dentro do próprio Poder Legislativo, culminando na própria perda de objeto da ação constitucional, o que demonstra que o amadurecimento da cultura política não é algo que deva ser desconsiderado.

Destarte, o papel do Judiciário no presente contexto histórico demonstra a sua importância para se efetivar a tutela de direitos básicos sociais – um mínimo existencial – sem o quê se perde a própria *ratio essendi* de uma Constituição social. No entanto, suas decisões podem, em dadas circunstâncias, provocar efeitos que refogem a relação *inter parts*, potencialmente capazes de provocarem efeitos comprometedores para toda a estrutura governamental e, *a fortiori*, social.

O fato de os magistrados não serem escolhidos dentro de um processo democrático não tira a legitimidade de agirem em defesa do ordenamento jurídico, informado que é tanto por regras quanto princípios contidos na própria Constituição, sendo que esta, fruto do próprio anseio, é que lhes concede suporte e legitimidade.

Ademais, o Poder Judiciário não deve ser visto como a cura para todos os males que afligem a sociedade, mas tem-se revelado um importante elemento em conferir maior efetividade na concretização do ideário social da Constituição Federal de 1988, dando mais eficácia a instrumentos outrora esquecidos, como sói ocorrer com o próprio mandado de injunção, que passou a suprir as lacunas normativas, e não apenas declarar a mora Legislativa, na elaboração e tramitação, ou mesmo do Executivo, nas matérias de sua competência privativa.

No primeiro caso examinado, não se pode desconsiderar que a inércia do Presidente da República em revisar os vencimentos dos servidores públicos causou-lhes efetivo prejuízo por força do fenômeno inflacionário. Assim, a despeito da proposta do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, mostra-se de somenos importância a prévia declaração de omissão legislativa para estar caracterizada a responsabilidade civil do Estado e a sua responsabilidade de indenizar.

Já no que respeita ao mandado de injunção, sem desconsiderar seu impressionante resgate como ação mandamental apta a suprir omissões legais, é importante ressaltar que compete ao Congresso Nacional a discussão democrática de temas de relevante interesse nacional. Dessa feita, para se conciliar a necessidade de preenchimento de uma lacuna legal no caso concreto com a de debate dentro da esfera legislativa, recomenda-se que, uma vez declarada a mora do Poder Executivo ou Legislativo em determinada ação, quer em controle difuso, quer em controle concentrado, seja fixado um prazo razoável para deflagrar ou dar efetivo trâmite ao processo legislativo, sob pena de sobrestamento da apreciação de outros temas, como sói ocorrer com as medidas provisórias, à luz do disposto no artigo 62, parágrafo 6.º, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001.

Por fim, tem-se dito que o Poder Judiciário se apresenta como a “última porta que o aflito encontra para bater”. E isso induz a uma profunda reflexão: a de que não deve ser a *primeira*, e nem a *única*. Isso ficou bastante evidente com a aprovação de uma lei complementar, de iniciativa popular, fixando critérios de inelegibilidade, com o escopo de se exigir maior moralidade de candidatos a cargos

eletivos¹³. Dessa sorte, a harmonia entre os Poderes da República pressupõe a sua harmoniosa interdependência, cabendo aos segmentos da sociedade uma participação mais ativa também nas outras esferas de poder, objetivando o contínuo progresso da nação.

¹³ BRASIL. Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Brasília, 7 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2010.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b.

_____. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. v. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008c.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista eletrônica Atualidades Jurídicas**. OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro de 2009. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Lei n.º 10.777, 24 de novembro de 2003. Acresce parágrafos ao art. 59 da Lei n.º 10.707, de 30 de julho de 2003, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2004. Brasília, 25 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2010.

BRASIL. Lei n.º 10.707, de 30 de julho de 2003. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências. Brasília, 31 jul. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 588.202/PR. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Varasquim e CIA. LTDA. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2004, publicado no Diário da Justiça da União de 25 fev. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.061-7/DF. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 25 de abril de 2001, publicado no Diário da Justiça da União de 29 jun. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 421.828-3/DF. Agravante: Nelson Luiz de Oliveira e Outro (A/S). Agravado: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 28 de novembro de 2006, publicado no Diário da Justiça da União de 19 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado n.º 339, da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1963. In: **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal** – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 148.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF. Argüente: Partido da Social Democracia Brasileira. Argüido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004, publicado no Diário da Justiça da União de 4 mai. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 361-1/RJ. Impetrante: SIMPEC RJ - Sindicato das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Comércio do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Congresso Nacional. Relator para acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 8 de abril de 1994, publicado no Diário da Justiça da União de 17 jun. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 721-7/DF. Impetrante: Maria Aparecida Moreira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 30 de agosto de 2007, publicado no Diário da Justiça da União de 30 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 670-9/ES. Impetrante: Sindicato dos servidores policiais civis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator p/ acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 12 de abril de 2007, publicado no Diário da Justiça eletrônico da União de 30 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário nº 565.089-8/SP. Recorrente: Rubens Orsi Campos Filho e Outro (A/S). Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2007, publicado no Diário da Justiça eletrônico da União de 1º fev. 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Resenha de um “Prefácio” (Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, 2.^a edição). In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto. (org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio A. Frabis, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Fábio. A constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista brasileira de direito comparado**. n. 28. 1º semestre 2005. Rio de Janeiro. Instituto de direito comparado luso-brasileiro, 2005, semestral.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a05v1851.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.