

AATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO “LEGISLADOR POSITIVO” EM FACE DE OMISSÕES ESTATAIS OFENSIVAS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL*

Michelle Medeiros Nóbrega de Araújo

INTRODUÇÃO

Em respeito à soberania do Estado brasileiro, a atuação dos tribunais deve harmonizar-se com o princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, que estabelece o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si.

Nesse sentido, decorre uma repartição de funções principais a ser desempenhada pelos Poderes, que consistem em legislar, administrar e julgar, de modo que a interferência entre os Poderes seja apenas complementar.

Todavia, percebe-se no Estado brasileiro um desvirtuamento no desempenho de funções estatais, ora demonstrado pelo número excessivo de medidas provisórias, editadas pelo Poder Executivo, que, em nome da celeridade, atrasam a pauta de matérias a serem votadas pelo Legislativo, ora pela situação de inércia do Legislativo na disciplina de assuntos relevantes ao interesse social.

Diante desse paradigma tem se revelado legítima a intervenção jurisdicional sempre que a inércia do Poder Legislativo seja causa de ofensa aos direitos fundamentais e configure impedimento ao exercício de um direito público subjetivo. A respeito do assunto manifestou-se o i. Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, no seguinte sentido:

Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional.¹

Nesse contexto, para atender aos anseios sociais, há uma expansão da atuação dos tribunais que se traduz nas expressões “ativismo judicial” e “judicialização da política”.²

* Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco.

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Transcrição do voto do Ministro Gilmar Mendes no Informativo do STF n. 483. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo483.htm#transcricao1>>. Acesso em: 16 jan. 2009.

² CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2008, p. 2.

O ativismo judiciário, segundo Eduardo Apio, significa que “juízes não eleitos diretamente pela população trazem para si a incumbência de decidir questões tradicionalmente afetas aos demais Poderes da República”. Isto é, o fenômeno da “judicialização da política” traz a possibilidade de que decisões sobre políticas públicas sejam tomadas por aqueles que não foram eleitos para essa missão.³

Todavia, segundo explica Gisele Cittadino, “essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional, [que são] garantir os direitos dos cidadãos e (...) assegurar a soberania popular”, pois, ainda que o ativismo judicial problematize os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e:

inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos possam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.⁴

O Ministro Celso de Mello lembra que “práticas de ativismo judicial tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional”, entendendo que Poder Judiciário não se pode reduzir a uma posição de passividade, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição.⁵

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a compatibilidade da atuação excepcional do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo em face de omissões perpetradas pelos demais Poderes políticos ofensivas à Constituição Federal.

Para a abordagem do tema, parte-se da apresentação da organização dos Poderes da República Federativa do Brasil baseada no princípio da separação de poderes.

A seguir, busca-se explicar conceitos de hermenêutica jurídica como positivismo, constitucionalização do direito, ativismo judicial e judicialização da política, bem como demonstrar as decisões recentes proferidas pelo STF reveladoras de ativismo, a saber: políticas públicas, “mensalão”, mandados de injunção relativos a aposentadoria especial e greve, nepotismo e fidelidade partidária.

Ao final são apresentadas as teorias desenvolvidas no direito comparado como o “substancialismo”, o “procedimentalismo” e o alcance da “criatividade” judicial, bem como são analisadas as posições contrárias e favoráveis sobre a possibilidade de atuação judicial positiva no direito brasileiro e, em especial, no STF.

³ APIO, Eduardo. *Ativismo judiciário. Nepotismo: em uma democracia os fins nunca justificam os meios*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-ago-24/democracia_fins_nunca_justificam_meios>. Acesso em: 12 jan. 09.

⁴ CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2008, p. 2-3.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Discurso do Ministro Celso de Mello na posse do Ministro Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocm.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2009, p. 12.

Não se pretende nessa exposição o exaurimento do tema escolhido. A expectativa é que esse estudo possa ofertar as razões da expansão do ativismo judicial do STF e a compatibilidade dessa atuação com o princípio da separação de poderes e a proteção constitucional dos direitos fundamentais.

1 DOS PODERES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 determina, no artigo 2º, que: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Além disso, para preservar a soberania do Estado brasileiro, essa Lei fundamental erigiu a tripartição de Poderes como cláusula pétrea ao dispor no art. 60, § 4º, inciso III, que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes”.

1.1 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O princípio da separação de Poderes originou-se na Antiguidade grega por meio de Aristóteles, que lançou as bases teóricas da tripartição em sua obra *Política*, na qual vislumbrou a existência de três funções distintas exercidas pelo soberano, a saber: a edição de normas gerais, a serem observadas por todos; a aplicação das normas ao caso concreto e o julgamento dos conflitos oriundos da aplicação das normas.⁶

Em face do momento histórico, Aristóteles descreveu a concentração do exercício dessas funções na figura única do soberano, o qual detinha um grande poder de mando, como foi relatado na famosa frase de Luís XIV: “*L’État c’est moi*”, isto é, “o Estado sou eu”.⁷

A passagem seguinte, extraída da obra *Política*, ilustra o pensamento de Aristóteles sobre as funções desempenhadas pelo Estado: “O título de função pública, em poucas palavras, aplica-se principalmente a todas as funções cujos ocupantes têm o encargo de deliberar sobre certos assuntos, de agir como juízes e de emitir ordens – especialmente o último, pois dar ordens é característica por excelência da autoridade”.⁸

Após muitos anos, Montesquieu, sob a égide do Estado liberal burguês, inovou a tese da tripartição aristotélica em sua obra *Do espírito das leis*, ao afirmar que as funções estatais relacionavam-se a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Isto é, em contraposição ao período absolutista, cada função corresponderia a um órgão, não se concentrando mais unicamente nas mãos do soberano.⁹

⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 323.

⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 323.

⁸ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: UnB, 1997, p. 155-156.

⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 324.

Essa nova concepção do princípio da separação de poderes influenciou as revoluções americana e francesa e refletiu-se nas Leis Fundamentais desses países. Além disso, erigiu-se como um dogma constitucional pela Revolução Francesa, consagrando-se no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,¹⁰ ao dispor que: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”¹¹

Embora seja comum o emprego da expressão “poderes”, José Afonso da Silva¹² esclarece que “o poder político é uno, indivisível e indelegável” e desdobra-se em funções que, fundamentalmente, são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

Nesse sentido, Pedro Lenza¹³ explica que poder é “um atributo do Estado que emana do povo”; função é “um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar a sua vontade”¹⁴ e órgãos são “instrumentos de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição.”¹⁵

Assim, segundo Emerson Garcia,¹⁶ “o poder político reflete as ideologias existentes na ordem social e a Constituição o limita e direciona” a partir de preceitos e valores sociais que orientam a aplicação de suas regras e que incorporam o conteúdo de seus princípios, como o da separação dos poderes.

Ou seja, a expressão “poder” indica tanto as funções que competem ao órgão executar como revela uma estrutura organizacional, individualizada, autônoma e não hierarquicamente subordinada. Nesse sentido, os órgãos brasileiros receberam a denominação de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.¹⁷

Por conseguinte, os órgãos, independentes entre si, atuam conforme uma parcela de competência constitucional, estabelecida e assegurada no momento da manifestação do poder constituinte originário.¹⁸

Entretanto, embora cada poder exerça uma função típica, a separação de funções não é absoluta, ocorrendo uma interligação de atribuições entre os poderes de modo que eles também executem funções que seriam tipicamente de outro poder. Assim explica Alexandre de Moraes: “cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 109.

¹¹ Ver em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacaopfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2009.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108.

¹³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 326.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 326.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 326.

¹⁶ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p.112-136, jan./jun. de 2005, p. 116.

¹⁷ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p.112-136, jan./jun. de 2005, p. 113.

¹⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 326.

caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.”¹⁹

Por conseguinte, segundo Pedro Lenza,²⁰ o Poder Legislativo tem por função típica: legislar e realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo; ao passo que possui a função atípica executiva de: dispor sobre a própria organização, provendo cargos e concedendo férias e licenças a seus servidores; e a função atípica jurisdicional de: por meio do Senado Federal, julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF).

Igualmente, o Poder Executivo tem por função típica: praticar atos de chefia de Estado, de governo e de administração; assim como tem a função atípica legislativa de: por intermédio do Presidente da República, criar medidas provisórias com força de lei (art. 62, CF) e a função atípica jurisdicional de: apreciar defesas e julgar recursos administrativos.

Além disso, o Poder Judiciário tem por função típica: julgar, aplicando as normas ao caso concreto, e dirimir os conflitos sobre a aplicação das leis; bem como tem a função atípica legislativa de: elaborar o regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, *a*, CF) e a função atípica executiva de: administração interna, ao conceder licenças e férias aos magistrados e aos serventuários.

As interferências recíprocas dos Poderes constituem o “sistema de freios e contrapesos”, caracterizado por mútua colaboração e controle, para evitar distorções, desmandos e promover o equilíbrio no desempenho de suas funções.²¹ No modelo norteamericano denomina-se *checks and balances*.

Ante o exposto, abordar-se-ão a seguir os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para o enriquecimento deste estudo.

1.2 PODER LEGISLATIVO

O Poder Legislativo Federal é exercido pelo Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal, em razão do unicameralismo, ele é exercido pelas Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais e Câmara Legislativa, respectivamente.²²

1.2.1 DO CONGRESSO NACIONAL

O Congresso Nacional atua por meio de legislaturas e sessões legislativas, ordinárias e extraordinárias. Cada legislatura dura quatro anos, o que corresponde a quatro sessões

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 389.

²⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 325.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 110-111.

²² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 389.

legislativas ordinárias, que se dividem em dois períodos: o primeiro que é de 2 de fevereiro a 17 de julho e o segundo que é de 1º de agosto a 22 de dezembro.²³

A convocação extraordinária do Congresso Nacional será feita pelo Presidente do Senado Federal nos casos de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República. Ela também poderá ocorrer pelo Presidente da República, pelos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados ou pela maioria dos membros de ambas as casas legislativas, nas situações de urgência ou interesse público relevante, e, por força da Emenda Constitucional n. 50/06, dependerá de aprovação da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.²⁴

Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, salvo se houver medidas provisórias em vigor nesse período, que deverão ser automaticamente incluídas em pauta, e é vedado o pagamento de parcela indenizatória aos parlamentares em razão dessa convocação.²⁵

Apesar do princípio do bicameralismo, que determina atuação e deliberação independentes em cada Casa, de acordo com suas atribuições, a Constituição Federal, no art. 57, §§ 3º e 5º, prevê hipóteses em que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta, e a direção dos trabalhos competirá à Mesa do Congresso Nacional, sob a direção do Presidente do Senado. São as hipóteses de: inauguração da sessão legislativa, elaboração do regimento comum e regulação da criação de serviços comuns, recepção do compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República, conhecimento e deliberação sobre o veto do Presidente da República.²⁶

As deliberações em cada Casa Legislativa e no Congresso, reunido em sessão conjunta, e em suas comissões serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros, salvo disposição constitucional em contrário, a qual prevê quóruns de deliberação por maioria absoluta (arts. 55, § 2º, 66, § 4º, e 69), por três quintos (art. 60, § 2º) e por dois terços dos membros da Casa (arts. 51, I, 52, parágrafo único, e 86).²⁷

O Congresso Nacional tem atribuições previstas nos artigos 48 e 49 da CF. Contudo, as atribuições do artigo 48 exigem a sanção do Presidente da República na disposição sobre matérias de competência da União, ao passo que o artigo 49 traz matérias que são de competência exclusiva do Congresso e serão tratadas por meio de decreto legislativo.²⁸

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 517.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 390-391.

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 391.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 520.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 520.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 392-393.

Assim, dispõe a Constituição Federal no artigo 48:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;

IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas;

VII - transferência temporária da sede do Governo Federal;

VIII - concessão de anistia;

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal;

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

XII - telecomunicações e radiodifusão;

XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, 19.12.2003).

Em relação às matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, o artigo 49 da Constituição determina que:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

VI - mudar temporariamente sua sede;

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Além dessas atribuições, nos termos dos artigos 70 e seguintes da CF, o Congresso Nacional exerce o controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Tanto o Congresso Nacional quanto as suas Casas legislativas possuirão comissões permanentes e temporárias, destacando-se entre estas as comissões parlamentares de inquérito, as quais serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, por requerimento de um terço de seus membros. Elas terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, para apurar fato determinado e por prazo certo, e remeterão, se o for caso, as suas conclusões ao Ministério Público, para responsabilização civil ou criminal dos infratores.

1.2.2 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

A Câmara dos Deputados, segundo o art. 45 da CF, compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. Por esse sistema o número de representantes de cada circunscrição eleitoral será dividido de acordo com o número de eleitores.²⁹

Por conseguinte, conforme o § 1º, o número total de deputados federais e a representação por Estado e pelo Distrito Federal serão estabelecidos por lei complementar, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma das unidades da federação tenha menos de oito ou mais de setenta deputados. Essa Lei Complementar é a 78/93, que fixou o número de deputados federais em 513. Apesar disso, os territórios, caso sejam criados, elegerão o número fixo de quatro deputados.³⁰

O mandato dos deputados federais é de quatro anos, tempo que corresponde à legislatura e delimita o período em que serão renovados, caso não sejam reeleitos.³¹

A Constituição Federal determina a competência privativa da Câmara dos Deputados, ao prever que:

²⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 393.

³⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 338.

³¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 338.

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

III - elaborar seu regimento interno;

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

Essas matérias, como relatado, independem de sanção presidencial e serão materializadas por meio de resoluções.³²

1.2.3 DO SENADO FEDERAL

O Senado Federal, nos termos do artigo 46 da CF, compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos conforme o princípio majoritário. Por esse critério considera-se eleito o candidato que obtiver o maior número de votos (maioria simples), em único turno de eleição, pois a CF adotou o sistema majoritário simples.³³

Conforme os parágrafos desse artigo, cada Estado e o Distrito Federal elegerão três senadores, com dois suplentes cada, para um mandato de oito anos, renovando-se a representação de cada Estado e do Distrito Federal a cada quatro anos, alternadamente, por um e dois terços. Isso acontece, porque essa Casa tem funcionamento contínuo, abrangendo duas legislaturas, e conta atualmente com 81 senadores.

A Constituição Federal estabelece a competência privativa do Senado Federal ao prever que:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e

³² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 339.

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 395-396.

os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 23, de 02.9.99)

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

- a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
- b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
- c) Governador de Território;
- d) Presidente e diretores do Banco Central;
- e) Procurador-Geral da República;
- f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

XII - elaborar seu regimento interno;

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

XIV - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003)

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Essas matérias citadas independem de sanção presidencial e serão exercidas por meio de resoluções.³⁴

1.3 PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo, segundo o artigo 76 da CF, é exercido pelo Presidente da República com o auxílio dos ministros de Estado, que são por ele nomeados em cargos de provimento em comissão, para a direção dos Ministérios.³⁵

O Brasil adotou o sistema de governo presidencialista, no qual o Presidente da República concentra as funções de chefe de Estado e de chefe de Governo. Na primeira, o Presidente representa o País em suas relações internacionais, conforme os incisos VII, VIII e IX da CF, e na unidade interna do Estado. Na segunda, o Presidente exerce atos de natureza política, como a participação no processo legislativo, e de natureza administrativa.³⁶

³⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 340.

³⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 461.

³⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 443.

O Presidente da República é eleito, simultaneamente, com o Vice-Presidente da República, entre brasileiros natos que possuam os requisitos de elegibilidade, previstos no art. 14 da CF,³⁷ para um mandato de quatro anos, com possibilidade de reeleição para um único período subsequente.³⁸

A eleição do Presidente e do Vice-Presidente conforme o artigo 77 da CF realiza-se no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. Para ser eleito Presidente, o candidato, registrado por partido político, deve alcançar a maioria absoluta dos votos, excluindo-se os brancos e os nulos. Caso nenhum candidato alcance a maioria absoluta na primeira eleição, far-se-á nova eleição até vinte dias após o resultado, com os dois candidatos mais votados, elegendo-se o que obtiver a maioria dos votos válidos.

A Constituição Federal estabelece a competência privativa do Presidente da República em rol exemplificativo, ao determinar que:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 543.

³⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 459.

- IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;
- X - decretar e executar a intervenção federal;
- XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;
- XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;
- XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 23, de 2.9.99)
- XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;
- XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;
- XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;
- XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;
- XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;
- XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;
- XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;
- XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;
- XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;
- XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

O exercício do poder regulamentar do Presidente da República, em obediência ao princípio da separação de poderes, não poderá alterar normas legais, nem criar obrigações diversas das previstas em disposição legislativa.³⁹

1.4 PODER JUDICIÁRIO

Estabelece o artigo 92 da CF que são órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I – A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Além disso, o dispositivo citado prevê que o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal, bem como que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

O Supremo Tribunal Federal situa-se como o órgão principal da Justiça brasileira, pois é o responsável final pelo controle de constitucionalidade das leis, atos normativos e decisões judiciais, resultando disso que todos os Tribunais Superiores convergem a ele.⁴⁰

Além da Corte Constitucional citada, destaca-se o Superior Tribunal de Justiça por suas decisões se sobreporem às decisões da Justiça Federal comum, da Justiça Estadual e da Justiça do Distrito Federal e Territórios.⁴¹

O estudo da estrutura judiciária brasileira envolve a divisão entre justiça comum e justiça especializada. A justiça comum abarca: a) Justiça Federal, composta pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; b) Justiça do Distrito Federal e Territórios, composta pelos Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios e c) Justiça Estadual comum ou

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 443.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 516.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 516.

ordinária, composta por juízos de segundo grau de jurisdição, como os Tribunais de Justiça, juízos de primeiro grau de jurisdição, incluindo os juizados especiais estaduais, e a justiça de paz. A justiça especializada compreende: a) Justiça do Trabalho, composta pelo Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juízes do Trabalho; b) Justiça Eleitoral, composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais; c) Justiça Militar c.1) da União, composta pelo Superior Tribunal Militar e Conselhos de Justiça (especial e permanente, situados nas sedes das Auditorias Militares) e c.2) dos Estados, Distrito Federal e Territórios, abrangendo a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça ou Tribunal de Justiça Militar, juízes auditores, e Conselhos de Justiça.⁴²

A fim de assegurar o exercício isento da atuação dos juízes, a Constituição Federal estabeleceu no artigo 95 garantias e vedações aos magistrados. As garantias são: a) vitaliciedade, que será adquirida, no primeiro grau de jurisdição, após a aprovação no concurso público de provas e títulos e o decurso do estágio probatório de dois anos e, “no segundo grau de jurisdição, com o ingresso pelo quinto constitucional, imediatamente com a posse”,⁴³ dependendo, em ambas as situações, a perda do cargo de sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, nos termos do art. 93, VIII, CF e c) irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos artigos 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Quanto às vedações citam-se, resumidamente: exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber a qualquer título ou pretexto custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber a qualquer título ou pretexto auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, salvo exceções legais; e exercer advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorrido o período de três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

1.4.1 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, possuindo as funções de jurisdição constitucional, guarda da Constituição e Corte Constitucional.⁴⁴

Nos termos do artigo 101 da CF, a Suprema Corte é composta por 11 Ministros, escolhidos entre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal.

⁴² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 517-518.

⁴³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 478. Comentário nosso: O quinto constitucional é a forma de ingresso na magistratura de segundo grau previsto no artigo 94 da CF, o qual prevê que 1/5 dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto por membros do Ministério Público, com mais de 10 anos de carreira, e de advogados, de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, ambos indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 559.

A Constituição Federal dispõe também sobre a competência do Supremo Tribunal Federal, ao prever que:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 23, de 1999)

d) o *habeas-corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas-data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

h) (Revogado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

i) o *habeas-corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 22, de 1999)

- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas-corpus*, o mandado de segurança, o *habeas-data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional n. 3, de 17.3.93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004). (sublinhas nossas).

Os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade previstos no art. 103 da CF são: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional e IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Além disso, dispõe o § 2º desse artigo que, caso seja declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, dar-se-á ciência ao Poder Competente para a adoção das medidas necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Uma das recentes inovações da Constituição Federal é o estabelecimento da prerrogativa de o Supremo Tribunal editar súmulas vinculantes, nos termos do artigo 103-A e na Lei 11.417/2006. O dispositivo em referência preceitua que:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Outra inovação mais antiga é criação do Conselho Nacional de Justiça voltado para o “controle externo do Poder Judiciário”.⁴⁵ Conforme o art. 103-B, ele é composto por quinze membros, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, e nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. A ele compete, entre outras atribuições, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

1.4.2 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, conforme o disposto no artigo 104 da CF, compõe-se de, no mínimo, trinta e três membros, que serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, após aprovada a escolha pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal.

A Constituição Federal estabelece a competência do STJ ao prever que:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 569.

Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os *habeas-data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 23, de 1999)

c) os *habeas-corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 23, de 1999)

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os *habeas-corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004). (sublinhas nossas).

1.4.3 DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E DOS JUÍZES FEDERAIS

Os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais são órgãos da Justiça Federal.

Consoante dispõe o artigo 107 da CF, os Tribunais Regionais Federais compõem-se, no mínimo, de sete juízes, recrutados quando possível na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos.

Entre as competências dos Tribunais Regionais Federais, nos termos do artigo 108 da CF, enumera-se a competência para processar e julgar originariamente os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados ou dos juízes federais da região; os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal, bem com julgar em grau recursal as causas decididas por juízes federais e por juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Quanto às competências dos juízes federais, menciona-se, resumidamente, conforme o art. 109 da CF, processar e julgar: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; as causas relativas a direitos humanos; os crimes contra a organização do trabalho, e nos casos legais, contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira, e a disputa sobre direitos indígenas.

1.4.4 DOS TRIBUNAIS E JUÍZES DO TRABALHO

A Constituição Federal prevê no artigo 111 que são órgãos da Justiça do Trabalho: I – o Tribunal Superior do Trabalho; II – os Tribunais Regionais do Trabalho e III – os Juízes do Trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho, consoante o artigo 111-A da CF, compõe-se de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal. O § 1º do dispositivo delegou à lei o estabelecimento da competência do TST, que foi determinada nos artigos 702 a 706 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A competência da Justiça do Trabalho está prevista no artigo 114 da CF, mencionando-se, resumidamente, que a ela compete processar e julgar: as ações oriundas da relação de trabalho, abrangendo os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; as ações que envolvam o exercício do direito de greve e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. Além disso, o § 2º destaca a competência dessa Justiça para o julgamento de dissídios coletivos de natureza econômica, oriundos de negociação coletiva ou arbitragem, respeitando-se as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho, e o § 3º a competência para o julgamento de dissídios coletivos oriundos de greve em serviços essenciais, com risco de lesão ao interesse público.

Os Tribunais Regionais do Trabalho, segundo o artigo 115 da CF, compõem-se, no mínimo, de sete juízes recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos. Nas Varas do Trabalho, nos termos do artigo 116 da CF, a jurisdição é exercida por um juiz singular.

1.4.5 DOS TRIBUNAIS E JUÍZES ELEITORAIS

A Constituição Federal prescreve, no artigo 118, que são órgãos da Justiça Eleitoral: I – o Tribunal Superior Eleitoral; II – os Tribunais Regionais Eleitorais; III – os Juízes Eleitorais e IV – as Juntas Eleitorais.

O Tribunal Superior Eleitoral, conforme o artigo 119 da CF, compõe-se, no mínimo, de sete membros, escolhidos a) pelo critério de eleição e por voto secreto: três juízes dentre Ministros do Supremo Tribunal Federal e dois juízes dentre Ministros do Superior Tribunal de Justiça e b) por nomeação do Presidente da República: dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, o parágrafo único do dispositivo prevê que o Presidente e o Vice-Presidente do TSE são eleitos dentre os Ministros do STF, enquanto o Corregedor Eleitoral é eleito dentre os Ministros do STJ.

O artigo 120 da CF prevê a existência de um Tribunal Regional Eleitoral na capital de cada Estado e no Distrito Federal, enquanto o artigo 121 estabelece que os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais possuem plenas garantias e são inamovíveis, bem como que os juízes eleitorais, salvo justificativa, servirão por um período mínimo de dois anos, impossibilitada a prorrogação por mais de dois biênios consecutivos.

Por conseguinte, o artigo 121, § 3º, determina a irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo se contrariarem a Constituição ou forem denegatórias de *habeas corpus* ou de mandado de segurança, enquanto o § 4º restringe as possibilidades de recurso aos Tribunais Regionais Eleitorais.

1.4.6 DOS TRIBUNAIS E JUÍZES MILITARES

A Constituição Federal preceitua no artigo 122 que são órgãos da Justiça Militar: I – o Superior Tribunal Militar e II – os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

O Superior Tribunal Militar, conforme o artigo 123 da CF, compõe-se de quinze ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército e três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, sendo todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, bem como cinco dentre civis. Os últimos são escolhidos pelo Presidente da República sendo a) três, dentre advogados de notório saber jurídico e de conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e b) dois, de forma paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

À Justiça Militar, nos termos do artigo 124 da CF, compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

1.4.7 DOS TRIBUNAIS E JUÍZES DOS ESTADOS

A Constituição Federal prevê, no artigo 125, que compete aos Estados organizar sua Justiça, observando-se os princípios constitucionais. Além disso, a competência dos

tribunais será definida na Constituição Estadual, e a lei de organização judiciária será de iniciativa do Tribunal de Justiça.

2 NOÇÕES DE HERMENÊUTICA JURÍDICA

2.1 POSITIVISMO JURÍDICO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O DIREITO COMPARADO

O positivismo jurídico, segundo Walber de Moura Agra,⁴⁶ desenvolveu-se ao lado da formação e da consolidação do Estado Moderno, atuando como instrumento para legitimar a expansão das atividades estatais no primado da legalidade. Isto é, o Estado, ao assumir a promulgação das normas jurídicas, retirou o caráter vinculante de outros ordenamentos não inseridos a ele, como as normas religiosas, morais e corporativas.

Além disso, esclarece o autor que o positivismo, a fim de evitar interferências valorativas de outros subsistemas sociais, ameaçadoras da autonomia jurídica, rejeita o uso de vetores axiológicos, ou seja, valorativos, na aplicação da lei, pois um de seus postulados é a separação entre o direito e a moral.⁴⁷

Nesse sentido, em defesa do formalismo, o positivismo não se preocupa com a efetividade dos dispositivos jurídicos ou com o conteúdo das decisões judiciais, mas com a observância das condições de validade normativa e dos procedimentos previstos para a concretização dos atos normativos.⁴⁸

De acordo com Luís Roberto Barroso,⁴⁹ a interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas premissas. A primeira refere-se ao papel da norma a quem compete oferecer um relato abstrato para a solução dos problemas jurídicos; enquanto a segunda relaciona-se ao papel do juiz, ao qual cabe identificar no ordenamento jurídico a norma aplicável ao problema jurídico. Isto é, nesse sistema, as normas são vistas como enunciados descritivos de condutas, a serem aplicadas mediante subsunção.

Em face dessas características essencialmente formais, o positivismo foi utilizado para legitimar o poder de regimes autoritários, o que provocou o seu declínio no século XX, consoante esclarece o autor citado:

⁴⁶ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos. (Coords). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 431.

⁴⁷ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos. (Coords). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 433.

⁴⁸ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos. (Coords). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 434.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 6-7.

Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.⁵⁰

Assim, o fim da Segunda Guerra Mundial consolida-se como o marco histórico do surgimento do Constitucionalismo na Europa, principalmente na Alemanha e na Itália.⁵¹

Por conseguinte, a norma constitucional passa a ter *status* de norma jurídica, superando o modelo até então vigente, no qual a constituição era compreendida como um documento essencialmente político, em que a concretização de suas propostas condicionava-se à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador e ao judiciário não se reconhecia um papel relevante de realização do conteúdo constitucional.⁵²

Antes de 1945, prevalecia na Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, baseado na doutrina inglesa de soberania do Parlamento e na concepção francesa de lei como expressão da vontade geral. Todavia, o pós-guerra permitiu o surgimento de novas constituições, inspiradas no modelo norte americano de supremacia da Constituição, caracterizado pela proteção aos direitos fundamentais.⁵³

Desse modo, relata Luís Roberto Barroso⁵⁴ a evolução do constitucionalismo em países europeus:

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 3-4.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 2.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 4.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 4.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 5.

na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*.

No Reino Unido, o constitucionalismo não é aplicável, pois, embora esse país seja precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto das regras legais, ele não possui uma constituição escrita e rígida, bem como inexiste a figura do controle de constitucionalidade no sistema inglês, em face da prevalência da supremacia do Parlamento sobre a Constituição.⁵⁵

Em relação à França, não existe a rigor técnico uma jurisdição constitucional, pois a Constituição de 1958 não previu o controle de constitucionalidade das normas nos modelos americano ou europeu, optando, pois, pelo controle prévio exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis.⁵⁶

Por outro lado, os Estados Unidos situam-se como referência no constitucionalismo escrito e no controle de constitucionalidade das normas. Curiosamente, embora a Constituição norte-americana tenha previsto o princípio da separação de poderes e aprimorado a doutrina de controle mútuo do sistema político, com a instituição da Suprema Corte, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade difuso naquele país decorreu do precedente jurisprudencial firmado no julgamento *Marbury v. Madison*, em 1803.⁵⁷

No Brasil, embora o controle incidental de constitucionalidade exista desde 1891, a jurisdição constitucional expandiu-se a partir do advento da CF/88 e o aprimoramento de mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Além disso, a Constituição assume o centro de sistema jurídico anteriormente ocupado pelo direito civil, o qual, em razão do advento do Estado Social e da percepção de desigualdade entre os indivíduos, começa a superar o individualismo em nome de fundamentos como solidariedade e função social.⁵⁸

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 10.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 4, p. 12.

⁵⁷ CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. In: *Revista de Sociologia e Política*, n. 28, p. 161-179, jun. 2007, p. 165.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 5, 15-16.

De fato, mais do que a existência de um texto constitucional, a noção de constitucionalização do direito invocada em questão associa-se ao efeito expansivo das normas constitucionais, que irradiam o seu conteúdo material e axiológico com força normativa por todo o sistema jurídico.⁵⁹

Em síntese, de acordo com Walber de Moura Agra,⁶⁰ o “neoconstitucionalismo” é impulsionado pelos seguintes aspectos: a) falência do padrão normativo que foi desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras e g) revalorização do direito.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O ativismo judicial é um movimento que decorre de “um efetivo pluralismo democrático de acesso ao judiciário e de crescente judicialização das questões postas na sociedade”, a fim de efetivar direitos e gerar estabilidade social com a expansão da atuação do Poder Judiciário em reforço a democracia.⁶¹

Nas palavras do constitucionalista Luiz Roberto Barroso,⁶² “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e pró-ativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. E mais: “Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Por outro lado, “a judicialização pode ser entendida como a possibilidade de interferência judicial em reformas implementadas por governos eleitos”, a qual é mais observada em sistemas que adotam a revisão judicial pelo controle abstrato.⁶³

Pode-se afirmar que a judicialização da política nasceu nos EUA pelo estabelecimento da doutrina do *judicial review*. Ela também sofreu influências do sistema de *common law* inglês, no qual o direito desenvolve-se a partir de decisões judiciais que se tornam precedentes para as decisões futuras, e seu marco inicial no direito norte americano foi o caso *Marbury*

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 9.

⁶⁰ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos. (Coords). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 435.

⁶¹ SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar., 2007, p. 278.

⁶² JORNAL DO BRASIL. Edição eletrônica. *A Suprema Corte e o ativismo judicial*. Disponível em: <http://jbonline.terra.com.br/leiajb/noticias/2008/12/29/pais/opiniaio_editorial_a_suprema_corte_e_o_ativismo_judicial.html>. Acesso em: 14 jan. 2009.

⁶³ CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. In: *Revista de Sociologia e Política*, n. 28, p. 161-179, jun. 2007, p. 174.

v. Madson, julgado em 1803, o qual levantou a discussão sobre a possibilidade de a Suprema Corte decidir, além do direito individual, sobre questões políticas.⁶⁴

Nesse sentido, Alceu Maurício Júnior cita como exemplo o caso *Lochner v. New York*, julgado pela Suprema Corte em 1905, no qual o tribunal declarou a inconstitucionalidade de uma lei que fixava a jornada máxima de trabalho para padeiros, com fundamento no direito de liberdade contratual.

2.3 DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS PELO STF REVELADORAS DE ATIVISMO JUDICIAL

2.3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS

Trata-se o caso da improcedência de agravo interposto pelo Município de Santo André contra decisão que proveu Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público de São Paulo, visando ao acesso de crianças de zero a seis anos em creches e unidades de pré-escola. Em face da alegação de interferência indevida do Poder Judiciário no poder discricionário do Executivo, desconsiderando a disponibilidade do erário, o STF entendeu que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, a qual impõe ao Estado o dever de criar condições objetivas a possibilitá-la sob pena de omissão governamental inaceitável, conforme demonstra a ementa seguinte:

Ementa: Recurso extraordinário – Criança de até seis anos de idade – Atendimento em creche e em pré-escola – Educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (Cf, art. 208, IV) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) – Recurso improvido. – A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder

⁶⁴ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Judicialização da política e a crise do Direito Constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental. *Revista de Direito do Estado – RDE*, n. 10, p. 125-142, abr./jun., 2008, p.128-129.

Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. – A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. – Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.(STF. RE 410.715-AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006 PP-00076 ement vol-02219-08 PP-01529 RTJ vol-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300)(sublinhas nossas).

2.3.2 “MENSALÃO”

O recebimento pelo Supremo Tribunal Federal da denúncia ofertada pelo Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza, foi amplamente noticiado por demonstrar a deflagração de uma atitude ativista por parte do STF, no sentido de agir contra a impunidade na classe política.⁶⁵ Isto é, o indiciamento dos 40 acusados possibilitou uma tramitação processual mais célere, evitando que desmembramentos em razão de foro por prerrogativa de função retardassem a solução do processo e beneficiassem determinados acusados com a prescrição, em face de ritos processuais diferenciados.

⁶⁵ RIBAS. *O ativismo judicial versus o formalismo jurídico*. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2007/11/o-ativismo-judicial-versus-o-formalismo.html>>. Acesso em: 14 jan. 2009.

Além disso, respondeu aos anseios da sociedade, perplexa com tamanha revelação de corrupção, demonstrando a atuação do Judiciário para o equilíbrio do sistema de freios e contrapesos em uma democracia fortalecida. Tal raciocínio coaduna-se com as palavras do Ministro Joaquim Barbosa, relator do processo, após o recebimento da denúncia, que ao ser questionado em entrevista sobre a mensagem fundamental daquele julgamento respondeu que: “as instituições funcionam perfeitamente, a pleno vapor, sem quaisquer sobressaltos”.⁶⁶

Segue um trecho do Informativo n. 477 do STF que relata o recebimento dessa denúncia, oriunda do Inquérito 2.245/MG.

Informativo 477. Título Inquérito do “Mensalão” 1 Artigo: Por entender presentes indícios de autoria e materialidade, o Tribunal recebeu, em parte, denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República contra 40 pessoas acusadas da suposta prática dos crimes de formação de quadrilha, falsidade ideológica, peculato, corrupção passiva e ativa (CP, artigos 288, 299, 312, 317 e 333, respectivamente), lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98, art. 1º, V, VI e VII), gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas (Lei 7.492/86, artigos 4º, 22 e parágrafo único), todos ligados ao esquema denominado “Mensalão”. Inicialmente, o Tribunal resolveu questões de ordem apresentadas pela Presidente, Min. Ellen Gracie, a fim de garantir o bom andamento dos trabalhos, no sentido de: a) nomear um defensor substituto a um dos acusados, verificada a ausência de comparecimento de advogado constituído, para o só efeito de representação no ato de apreciação da denúncia, com base na regra inscrita no art. 261, segundo a qual nenhum acusado será processado ou julgado sem defensor, e na prerrogativa do art. 265, ambos do CPP; b) indeferir o pedido de adiamento da sessão formulado por um dos causídicos, ante a falta de razoabilidade; c) indeferir, da mesma forma, o requerimento formulado pelo Procurador-Geral da República de alargar o prazo para sustentação oral; d) conceder prazo em dobro, para sustentação oral, a defensor de dois acusados, estendendo idêntico tratamento aos demais denunciados; e) indeferir requerimento formulado por defensor de um acusado relativamente à ordem do julgamento, haja vista que o procedimento sugerido ocasionaria mais tumulto processual e delonga, não encontrando, ademais, amparo legal. No que se refere à penúltima questão de ordem, o Min. Marco Aurélio divergiu para votar no sentido da observância do prazo simples, considerando o fato de ter-se, na espécie, denúncia

⁶⁶Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70987&caixaBusca=N>>. Acesso em: 12 maio 2009.

formalizada contra acusados com defensor único. O Tribunal, por maioria, ainda superou o reparo feito pelo Min. Marco Aurélio em questão de procedimento, o qual, tendo em conta a notícia de que um dos envolvidos não apresentara defesa prévia, entendia que, assim como se procedera quanto à sustentação oral, deveria ter havido, naquele caso, designação dativa, para não ficar o acusado indefeso no procedimento. (Inq 2.245/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 28.8.2007)

2.3.3 MANDADO DE INJUNÇÃO E APOSENTADORIA ESPECIAL

Em face da ausência de disciplina legal específica sobre a aposentadoria especial de servidor, o STF, nos Mandados de Injunção 721 e 788, não apenas declarou a omissão legislativa, mas determinou a aplicação do artigo 57, § 1º, da Lei 8.213/91, o qual disciplina a matéria para os trabalhadores em geral, conforme as ementas seguintes:

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. (STF. MI 721, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30.8.2007, DJe-152 divulg 29.11.2007 public 30.11.2007 DJ 30.11.2007 PP-00029 ement vol-02301-01 PP-00001 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142)

No mesmo sentido:

Ementa: Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de injunção. Servidora pública. Atividades exercidas em condições de risco ou insalubres. Aposentadoria especial. § 4º do art. 40 da Constituição Federal. Ausência de Lei Complementar. Mora Legislativa. Regime Geral da Previdência Social. 1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso

a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. 2. Precedente: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 3. Mandado de injunção deferido nesses termos. (STF. MI 788, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 15.4.2009, DJe-084 divulg 7.5.2009 public 8.5.2009 Ement vol-02359-01 PP-00013)

2.3.4 MANDADO DE INJUNÇÃO E LEI DE GREVE

A jurisprudência seguinte relata o julgamento do Mandado de Injunção 670, no qual o Plenário do STF alterou sua posição para, não apenas declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar a lei que regulamenta o direito de greve, mas optou por aplicar ao setor público a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o direito de greve no setor privado.

Ementa: Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis ns. 7.701/1988 e 7.783/1989. 1. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). 1.1. No julgamento do MI n. 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação

de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções “normativas” para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI n. 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI n. 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI n. 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI n. 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI n. 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI n. 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O Mandado de injunção e o direito de greve dos servidores públicos civis na jurisprudência do STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI n. 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI n. 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI n. 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. 2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI n. 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei n. 7.783/1989). 3. Direito de greve dos servidores públicos civis. Hipótese de omissão legislativa inconstitucional. Mora judicial, por diversas vezes, declarada pelo Plenário do STF. Riscos de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria. A experiência do direito comparado. Legitimidade de adoção de alternativas normativas e institucionais de superação da situação de omissão. 3.1. A permanência da situação de não regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas

e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira “lei da selva”. 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional n. 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º). 4. Direito de greve dos servidores públicos civis. Regulamentação da lei de greve dos trabalhadores em geral (Lei n. 7.783/1989). Fixação de parâmetros de controle judicial do exercício do direito de greve pelo legislador infraconstitucional. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às “atividades essenciais”, é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, *caput*, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de

reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão somente no sentido de que se aplique a Lei n. 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais”. 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*). 5. O processamento e o julgamento de eventuais dissídios de greve que envolvam servidores públicos civis devem obedecer ao modelo de competências e atribuições aplicável aos trabalhadores em geral (celetistas), nos termos da regulamentação da Lei n. 7.783/1989. A aplicação complementar da Lei n. 7.701/1988 visa à judicialização dos conflitos que envolvam os servidores públicos civis no contexto do atendimento de atividades relacionadas a necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem “em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” (Lei n. 7.783/1989, parágrafo único, art. 11). 5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI n. 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das “ações oriundas da relação de trabalho,

abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC n. 45/2004). 5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis. 5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei n. 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos – um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade. 6. Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação do tema no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis ns. 7.701/1988 e 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei n. 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de “serviços ou atividades essenciais” (Lei n. 7.783/1989, arts. 9º a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei n. 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos

do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, “a”, da Lei n. 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei n. 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei n. 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei n. 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei n. 7.783/1989, *in fine*). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paralista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos

servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis ns. 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. (STF. MI 670, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25.10.2007, DJe-206 divulg 30.10.2008 public 31.10.2008 ement vol-02339-01 PP-00001) (sublinhas nossas)

2.3.5 NEPOTISMO

O STF entendeu, no Recurso Extraordinário 579.951, que a vedação ao nepotismo não exigia a edição de lei formal, em decorrência dos princípios contidos no art. 37 da CF e proveu parcialmente o recurso para anular a nomeação de servidor parente de agente político, considerando que, embora a Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça discipline a matéria no âmbito judiciário, a prática do nepotismo nos demais Poderes é igualmente ilícita, nestes termos:

Ementa: Administração Pública. Vedação. Nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. Proibição que decorre do art. 37, caput, da CF. RE provido em parte. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (STF. RE 579.951, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20.8.2008, repercussão geral - mérito DJe-202 divulg 23.10.2008 public 24.10.2008 Ement Vol-02338-10 PP-01876)

Em face da repercussão, esse julgamento resultou na elaboração da Súmula Vinculante 13, concedendo à disciplina eficácia geral e aplicação obrigatória aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal:

Súmula Vinculante 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função

gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (STF. Data de Aprovação. Sessão Plenária de 21.8.2008. Fonte de Publicação: DJe n. 162/2008, p. 1, em 29.8.2008.)

2.3.6 FIDELIDADE PARTIDÁRIA

No julgamento dos Mandados de Segurança ns. 26.602, 26.603 e 26.604, o STF reconheceu o dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária, de modo a considerar constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral, como mecanismos para assegurá-la enquanto o Legislativo não se pronunciar sobre a matéria, consoante a ementa seguinte:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral 22.610/2007 e 22.733/2008. Disciplina dos procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo. Fidelidade partidária. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais arguidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que, ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, *caput* e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, *caput* e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova

atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato “pertenceria” ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente. (ADI 3.999, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12.11.2008, DJe-071 divulg 16.4.2009 public 17.4.2009 ement vol-02356-01 PP-00099).(sublinhas nossas).

3 POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO EXCEPCIONAL DO STF COMO “LEGISLADOR POSITIVO” EM FACE DE OMISSÕES ESTATAIS OFENSIVAS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1 AS TEORIAS “SUBSTANCIALISTA”, DE RONALD DWORKIN, E “PROCEDIMENTALISTA”, DE JÜRGEN HABERMAS

Ronald Dworkin e John Rawls, como representantes da teoria substancialista, baseiam-se na fundamentação moral e universal dos direitos fundamentais para situar a jurisdição constitucional como garantia da indisponibilidade desses direitos contra as maiorias legislativas eventuais.⁶⁷

⁶⁷ LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 210.

Em defesa da jurisdição constitucional como instrumento de proteção aos direitos fundamentais, Ronald Dworkin preocupa-se com a conciliação dessa jurisdição com a democracia, para evitar um voluntarismo hermenêutico; defendendo um “ativismo judicial construtivo”, justificado na racionalidade, a fim de evitar sua transformação em “um governo de juízes”.⁶⁸

Nesse sentido, Ronald Dworkin propõe a análise da Constituição como “um conjunto de princípios morais”, os quais “devem ser reconhecidos e respeitados pela legislação infraconstitucional e pelas decisões judiciais”. Além disso, o autor propõe que, diferentemente da hermenêutica jurídica tradicional, a qual utiliza o método subsuntivo, os princípios, e não somente as regras, sejam fontes do Direito.⁶⁹

Roberta Lemos⁷⁰ demonstra a posição de Ronald Dworkin, na defesa da concepção de princípio para legitimar a função contramajoritária da jurisdição constitucional, ao apresentar a diferenciação seguinte, proposta pelo autor, entre os argumentos de política e os argumentos de princípios:

Os argumentos de política são metas a serem perseguidas pelo Estado visando ao bem-estar econômico, político e social da sociedade como um todo, ou seja, são baseados no resultado que determinada política teria e que iria beneficiar a todos os cidadãos. Os argumentos de princípios, por sua vez, são modelos que devem ser observados, não para que ocorra uma melhoria na vida de uma determinada sociedade, mas porque constituem uma exigência de justiça e, uma vez desrespeitados, geram um resultado imoral, mesmo que esse resultado seja o desejado pela maioria.

Finalmente, aliado a posição de Ronald Dworkin, John Rawls entende que “a função do Tribunal Constitucional não se limita à função de legislador negativo”, mas tem ele a atribuição de “articular o debate público em torno dos princípios constitucionais”, a fim de levar os agentes políticos a respeitarem esses princípios no desenvolvimento do processo democrático.⁷¹

Em contraposição as idéias construtivistas de Ronald Dworkin, Roberta Lemos adverte que se seguiu uma onda conservadora nos Estados Unidos, a partir de 1980, com

⁶⁸ LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 211.

⁶⁹ LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 211.

⁷⁰ LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 212.

⁷¹ LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 213.

posições contrárias ao ativismo, fundadas no argumento de que construções jurisprudenciais realizadas além das disposições literais da Constituição são antidemocráticas.⁷²

Os adeptos dessas idéias antagônicas são Jürgen Habermas e John Hart Hely, defensores da teoria procedimentalista, os quais pregam que o intérprete da Constituição deve limitar-se à vontade original do legislador constituinte, de modo que “as construções jurídicas do Poder Judiciário que ultrapassam o texto constitucional corrompem o regime representativo”, pois ele “pressupõe que as decisões políticas fundamentais sejam tomadas por representantes do povo, eleitos segundo o sistema eleitoral vigente”.⁷³

Nesse sentido, enquanto John Hart Hely procura limitar o exercício da jurisdição constitucional com a defesa dos direitos de livre participação política e proteção das minorias; Jürgen Habermas critica a ingerência extrema do Direito na política e na sociedade, defendendo que no Estado Democrático de Direito a função central compete à função política e não ao Poder Judiciário.⁷⁴

Jürgen Habermas esclarece que, a partir do momento em que o Tribunal Constitucional procura a realização de valores materiais para a sociedade, ele transforma-se em uma instância autoritária, pois “a ingerência invasiva do Poder Judiciário desestimula a cidadania, tornando os cidadãos ainda mais apáticos”. Ou seja, em vez de lutarem pela concretização dos direitos constitucionais, eles delegarão essa função ao juiz e às leis.⁷⁵

Assim, Jürgen Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que propicie uma participação popular maior na deliberação política, defendendo que a democracia constitucional contemporânea seja baseada em procedimentos que garantam a justa tomada de decisões políticas, em vez de fundamentar-se em princípios substantivos.⁷⁶

3.2 PRÓS E CONTRAS DO AUMENTO DA CRIATIVIDADE DOS JUÍZES

Mauro Cappelletti,⁷⁷ em consistente análise sobre a matéria, adverte que, apesar de a interpretação judiciária ser e ter sido em alguma medida criativa do direito, a intensificação da função jurisdicional constitui um dado de fato do nosso século.

⁷² LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 214.

⁷³ LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 214.

⁷⁴ LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 214-215.

⁷⁵ LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 15.

⁷⁶ LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 15.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999, p. 31.

Com efeito, o autor demonstra a mudança de paradigma que resultou na superação do modelo de mera subsunção normativa ao caso concreto, ao constatar que:

o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa.⁷⁸

Uma das razões apontadas por Mauro Cappelletti para essa mudança de comportamento dos juízes é a proclamação, em um número crescente de países, de catálogos de direitos fundamentais do homem ou *Bill of Rights*, os quais, elevados à esfera constitucional, vinculam o legislador ordinário e constituem inclusive objeto de textos internacionais ou supranacionais, como a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Isto é, a tarefa dos tribunais de dar atuação a esses catálogos contribui para expandir o direito judiciário e aumentar a criatividade dos juízes.⁷⁹

Outro motivo apontado pelo autor para a acentuação da criatividade judicial é o crescimento dos próprios ramos políticos e o surgimento da necessidade de exercer junto a eles um controle efetivo.⁸⁰ Sobre esse aspecto manifesta-se o autor:

a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.⁸¹

A grande questão na obra de Mauro Cappelletti é saber se a criatividade judiciária em medida acentuada torna o juiz legislador. Nesse ponto, ele adverte que os juízes “são chamados a interpretar e, não raro, a criar *ex novo* o direito”, mas isso não significa que eles sejam legisladores.⁸²

Superada essa questão, o autor aponta pontos favoráveis e contrários a atuação criativa dos juízes. a) Em favor da criatividade judicial: o direito jurisprudencial, se não estiver preso a sistemas de *stare decisis* (precedentes vinculantes), tem potencial de flexibilidade, concretude e adaptabilidade maior ao caso, do que em princípio o direito

⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999, p. 32.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999, p. 61-62 e 66.

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999, p. 86-87.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999, p. 46-47.

⁸² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999, p. 85.

legislativo, qualidade que é valorizada em épocas de transformações sociais rápidas e profundas.⁸³ b) Contra a criatividade judicial situam-se três fatores: b.1) ausência aos juízes de instrumentos ao alcance das deliberações legislativas, como a possibilidade de investigar dados em pesquisas e dispor de recursos financeiros, em razão de a atividade judicial basear-se em informações fornecidas pelas partes;⁸⁴ b.2) limite às inovações dos tribunais que na sua atuação não podem suprimir as diferenças institucionais relativas às funções dos outros ramos políticos;⁸⁵ e c.1) o problema da legitimação democrática conferida em maior grau aos “legisladores democraticamente eleitos” e aos “administradores públicos politicamente responsáveis”.⁸⁶

3.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF NAS VISÕES CONSERVADORA E ATIVISTA

3.3.1 VISÃO CONSERVADORA

Do ponto de vista conservador, o Supremo Tribunal Federal possui uma jurisprudência assentada no sentido da proibição da atuação do Poder Judiciário como legislador positivo.

Nesse sentido, a redação antiga da súmula 339 do STF ilustra a posição contrária da Suprema Corte em relação a medidas judiciais configuradoras de intervenção legislativa indevida:

Súmula 339. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. Data de aprovação: Sessão Plenária de 13.12.1963.

A ementa seguinte confirma o enunciado citado ao dispor que:

Ementa: Remuneração funcional - Exclusão de benefício - Pretendida extensão jurisdicional, a servidor preterido, de determinada vantagem pecuniária - Inadmissibilidade - Reserva de lei e postulado da separação de poderes - Agravo improvido. - O Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – não pode conceder, a servidores públicos, sob fundamento de isonomia, mesmo que se trate de hipótese de exclusão de benefício, a extensão, por via jurisdicional, de vantagens pecuniárias que foram outorgadas, por lei, a determinada categoria de agentes estatais. – A Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal – que consagra específica projeção do princípio da separação de poderes – foi recebida pela Carta Política de 1988, revestindo-se, em consequência, de plena eficácia e de integral aplicabilidade sob a vigente ordem constitucional.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999, p. 85.

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999, p. 87.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999, p. 90.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999, p. 50.

Precedentes. (STF. AI 313.373-AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 13.8.2002, DJ 20.9.2002 PP-00109 ement vol-02083-05 PP-01003)

Além daquele julgado, muitos outros revelam a proibição da atuação judicial positiva, como v.g., o aresto seguinte:

Ementa: Recurso extraordinário - Matéria tributária - Substituição legal dos fatores de indexação - Alegada ofensa às garantias constitucionais do direito adquirido e da anterioridade tributária - Inocorrência - Simples atualização monetária que não se confunde com majoração do tributo - Recurso improvido. - Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes. - A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, “b”). - O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público – tratando-se, ou não, de matéria tributária – devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “*substantive due process of law*” (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes. (STF. RE 200.844-AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25.6.2002, DJ 16.8.2002 PP-00092 ement vol-02078-02 PP-00234 RTJ vol-00195-02 PP-00635).

Na doutrina brasileira, muitos autores manifestam-se contrariamente à atuação do Judiciário como legislador positivo. Nessa visão, Inocêncio Mártires Coelho⁸⁷ entende que a criatividade judicial constitui ofensa ao princípio da separação de poderes, o qual

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92.

prevê que a criação da lei ou de normas com força de lei constitui atividade própria dos órgãos de representação política, porque são legitimados em eleições livres e periódicas, bem como representam a expressão da vontade geral.

No mesmo sentido, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira⁸⁸ alerta para os riscos de uma acentuada função judicial ameaçarem o pluralismo político da sociedade em uma democracia, consoante o trecho seguinte:

Afinal, corre-se, assim sempre o risco de se atribuir ao Judiciário o papel de tutor da política, um superpoder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios a um Estado Democrático de Direito: seria a Corte Constitucional quem deveria zelar pela dignidade política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de “direitos” e de realização da democracia.

Por fim, cita-se a opinião de Alceu Maurício Júnior,⁸⁹ o qual defende a necessidade de fundamento normativo na atuação judicial sobre questões políticas:

a atuação judicial sobre questões políticas não pode ser tomada como normativamente correta simplesmente pelo fato de que, em um determinado momento histórico, privilegia uma concepção particular de justiça. Devemos portanto, procurar argumentos normativos para intervenção judicial, os quais, assim entendemos, estão ligados ao raio de alcance da Constituição sobre a condução da vida pública.

3.3.2 VISÃOATIVISTA

Enquanto na história recente do constitucionalismo brasileiro, após 1988, a crise da Constituição foi tratada inicialmente como uma crise de efetividade das normas, a crise surgida na primeira década do século XXI possui outros contornos. Ela não é definida pela timidez do Judiciário, mas pela intensiva intervenção do Supremo Tribunal Federal em questões antes consideradas políticas.⁹⁰

⁸⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Súmula Vinculante n. 4 do STF e o desvio hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 51.

⁸⁹ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Judicialização da política e a crise do Direito Constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental. *Revista de Direito do Estado – RDE*, n. 10, p. 125-142, abr./jun., 2008, p. 137.

⁹⁰ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Judicialização da política e a crise do Direito Constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental. *Revista de Direito do Estado – RDE*, n. 10, p. 125-142, abr./jun., 2008, p. 125-126.

Walber de Moura Agra,⁹¹ a partir da concepção de que a clássica doutrina da separação de poderes não cumpre mais a sua função e baseado no neoconstitucionalismo, defende a possibilidade da atuação judicial brasileira na defesa dos direitos fundamentais:

O neoconstitucionalismo não postula o surgimento de um *judicial power*, os marcos normativos devem ser obedecidos pelos poderes estatais. Entretanto em países periféricos como o nosso, o ativismo judicial pode ser admitido quando houver a premência de realização de direitos fundamentais, assegurando a ‘densidade suficiente’, estabelecida de forma conjunta pela seara política e pela seara jurídica.

Nesse sentido, o autor retrata a importância dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional a ponto de justificar uma função de criação normativa para evitar que tais direitos deixem de ser exercitados por ausência de regulamentação infraconstitucional:

Os direitos fundamentais se estabelecem como os mais importantes elementos para a configuração do neoconstitucionalismo. Quando o processo de expansão da atuação da jurisdição constitucional se ampara sobre seus fundamentos, até mesmo as decisões que incidem sobre controversas searas políticas encontram respaldo na sociedade, desempenhando o órgão que exerce a jurisdição constitucional um papel de guardião dos direitos agasalhados pela Constituição. No atendimento das demandas sociais pós-modernas, a jurisdição constitucional é chamada a incidir cada vez de forma mais constante na seara política, chegando, inclusive, a desempenhar uma função normogenética, quando um direito fundamental não puder ser exercido por falta de regulamentação do legislador infraconstitucional.⁹²

Aliada ao papel desempenhado pelos valores ofertados pelo neoconstitucionalismo, a crise de moralidade vivida pelo Poder Legislativo brasileiro deslocou a credibilidade dos governados para o Poder Judiciário e propiciou o ambiente ideal para a atuação ativista perpetrada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

Os exemplos de julgamentos oferecidos no segundo capítulo sobre: efetivação de políticas públicas fundamentais, “mensalão”, aposentadoria especial, greve, nepotismo e fidelidade partidária revelam a mudança de paradigma ocorrida no Supremo Tribunal Federal, o qual, apesar de defender a proibição de uma atuação legislativa por parte do Judiciário, agiu com acentuado ativismo judicial.

⁹¹ AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos. (Coords). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 436.

⁹² AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos. (Coords). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 442-443.

Assim, o fundamento dessa ação excepcional na Suprema Corte está no combate às omissões legislativas inconstitucionais, consoante revela o Ministro Gilmar Mendes em seus julgados.

Ante o exposto e sem perder de vista a advertência de Luís Roberto Barroso⁹³ de que o controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação constitucional, voltada para pronunciar a invalidade de enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, mas proibida de inovar na ordem jurídica, obtém-se o fundamento da atuação excepcional do STF como “legislador positivo” na tentativa de combater as omissões estatais ofensivas ao texto constitucional e inviabilizadoras da efetivação dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição.

CONCLUSÃO

Inspiradas nas idéias de Aristóteles e Montesquieu, as democracias modernas adotaram como fundamento o princípio da separação de poderes, determinando a separação das funções estatais em legislativa, administrativa e jurisdicional e assegurando o controle mútuo das ações dos três poderes pelo mecanismo de *checks and balances*.

Posteriormente, os Estados Modernos apegaram-se ao positivismo e erigiram o princípio da legalidade como o fundamento para seus governos, afastando-se de outras normas como as morais e religiosas, e estabeleceram que na sua atuação o juiz deveria aplicar a norma ao caso concreto, sem a aplicação de juízos valorativos.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial e diante dos prejuízos causados pelo autoritarismo de países como Alemanha e Itália, que usaram o primado da lei para fundamentar suas condutas, surgiu na Europa um movimento conhecido como neoconstitucionalismo, voltado para o fortalecimento das Constituições e com vistas a efetivar a proteção dos direitos fundamentais.

Atualmente, as constituições deixaram de ser cartas políticas e passaram a ter a proteção jurídica do direito. Além disso, adquiriram tamanha importância a ponto de serem consideradas como vetores de interpretação do sistema, que, irradiando os seus valores, princípios e regras, condicionam a validade e o sentido das normas de direito infraconstitucional.

Além disso, o desenvolvimento da doutrina do controle de constitucionalidade no direito norte-americano, aliado às práticas de ativismo judicial daquele país, inspirou os ordenamentos jurídicos democráticos atuais como o brasileiro.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009, p. 14.

Nesse contexto, as falhas de prestação dos demais Poderes, como o excesso de medidas provisórias editadas pelo Executivo ou a ausência de regulamentação legal, impeditiva do exercício de direitos fundamentais, provocada pelo legislativo, somadas à desmoralização das instituições políticas, em face de episódios recentes de corrupção, levam a sociedade a depositar os seus anseios no Poder Judiciário.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, em sua recente composição, reflete essas mudanças da sociedade e do contexto político brasileiro, editando decisões judiciais que interferem nas atribuições dos demais poderes, a fim de dar efetividade aos direitos fundamentais, atender aos anseios sociais e fortalecer a confiança nas instituições democráticas.

Todavia, é necessário haver uma compatibilização da atuação jurisdicional com o ordenamento jurídico. Para isso, ela deve encontrar os limites no princípio da separação de poderes. Isto é, uma vez que o Poder Judiciário não é legitimado democraticamente para inovar no ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal não pode agir como legislador positivo. Entretanto, para garantir a proteção dos direitos fundamentais, ele pode invalidar normas legislativas ofensivas ao texto constitucional, por meio do controle de constitucionalidade das leis, e buscar soluções na interpretação criativa do Direito, mas não de forma livre, a fim de realizar com idoneidade a sua função precípua de interpretação das normas e solução dos casos concretos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos. (Coords). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008.

APIO, Eduardo. *Ativismo judiciário. Nepotismo: em uma democracia os fins nunca justificam os meios*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-ago-24/democracia_fins_nunca_justificam_meios>. Acesso em: 12 jan. 09.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: UnB, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 jan. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1999.

CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia e Política*, n. 28, p. 161-179, jun. 2007.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2008.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacaopfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 22 mar. 2009.

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p.112-136, jan./jun. de 2005.

JORNAL DO BRASIL. Edição eletrônica. *A Suprema Corte e o ativismo judicial*. Disponível em: <http://jbonline.terra.com.br/leiajb/noticias/2008/12/29/pais/opinio_editorial_a_suprema_corte_e_o_ativismo_judicial.html>. Acesso em: 14 jan. 2009.

LEMONS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Judicialização da política e a crise do Direito Constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental. *Revista de Direito do Estado – RDE*, n. 10, p. 125-142, abr./jun., 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Súmula Vinculante n. 4 do STF e o desvio hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Coords.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RIBAS. *O ativismo judicial versus o formalismo jurídico*. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2007/11/o-ativismo-judicial-versus-o-formalismo.html>>. Acesso em: 14 jan. 2009.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar., 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Discurso do Ministro Celso de Mello na posse do Ministro Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Transcrição do voto do Ministro Gilmar Mendes no Informativo do STF n. 483. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo483.htm#transcricao1>>. Acesso em: 16 jan. 2009.