



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

Mestrado em Direito Constitucional

**JULGAMENTOS DE PERFIL ADITIVO NOS MANDADOS DE INJUNÇÃO 670,
708 E 712: Reflexos políticos, jurídicos e sociais**

Ivete Maria de Oliveira Alves

Brasília – DF

2011

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

Mestrado em Direito Constitucional

**JULGAMENTOS DE PERFIL ADITIVO NOS MANDADOS DE INJUNÇÃO 670,
708 E 712: Reflexos políticos, jurídicos e sociais**

Ivete Maria de Oliveira Alves

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientadora: Prof.^a Júlia Maurmann Ximenes

Brasília - DF

2011

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

Mestrado em Direito Constitucional

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**JULGAMENTOS DE PERFIL ADITIVO NOS MANDADOS DE INJUNÇÃO 670,
708 E 712: Reflexos políticos, jurídicos e sociais**

Ivete Maria de Oliveira Alves

Orientador: **Professora Júlia Maurmann Ximenes**
Professora titular do IDP

Banca: Professor Inocêncio Mártires Coelho
Professor titular do IDP

Professor Roberto Freitas
Prof. Titular do Uniceub

Dedico este trabalho à memória de D. Nely, que não frequentou bancos escolares, mas transmitiu-me o desejo de aprender.

AGRADECIMENTOS...

Senhor Deus criador do universo;
Maurício companheiro de todas as horas;
Bárbara, Mônica e Salomão, os melhores filhos do mundo;
Maria, Marayres e Lenymara, pelo acolhimento em Brasília;
Diretoria, coordenação do curso de direito e colegas do NPJ do Inesc, pela solidariedade no cumprimento das tarefas;
Dra. Giselle, pelo zelo com o escritório;
Funcionários do IDP, que me fizeram sentir em casa;
Colegas do IDP, especialmente André “amigo anjo”;
Professores, pelas magníficas aulas;
Professora Júlia, pelo carinho e sábia orientação;
Vocês moram no meu coração.
A todos, muito obrigada!

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Federativa do Brasil.” (Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade
ADlo – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
AL - Alagoas
Art - Artigo
CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das leis trabalhistas
DF – Distrito Federal
ES – Espírito Santo
MI – Mandado de injunção
MT – Mato Grosso
OIT – Organização internacional do trabalho
PA - Pará
PL – Projeto de lei
RCL - Reclamação
RN – Rio Grande do Norte
SINJEP – Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará
SINDPOL – Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo
SINPOL – Sindicato dos Policiais Cíveis do Distrito Federal
SINTEP – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
TJ – Tribunal de Justiça
TO - Tocantins

RESUMO

Trata-se de uma reflexão sobre o ativismo judicial. O objeto de estudo são as chamadas decisões de perfil aditivo proferidas nos mandados de injunção 670, 708 e 712, relativos ao direito de greve dos servidores públicos civis. O estudo desenvolve-se com a preocupação de compreender-se as razões e os reflexos dessas decisões. Parte-se do seguinte problema: Em que medida os julgamentos de perfil aditivo proferidos nos mandados de injunção números 670, 708 e 712, contribuem para a efetivação do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988? Estabelece-se inicialmente a seguinte hipótese: Os julgamentos com perfil aditivo, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em sede dos mandados de injunção números 670, 708 e 712, garantem a efetivação de um direito social, contribuindo positivamente para a concretização do modelo de Estado instituído pela Constituição Federal de 1988. A análise do conteúdo das decisões na busca de identificar-se essa contribuição, é o objetivo geral da pesquisa. Para alcançar este objetivo geral, são traçados objetivos específicos que serão desenvolvidos ao longo de cada capítulo. A reflexão debruça-se sobre aspectos filosóficos conceituais do direito e sua imersão social, sua pretensão de eficácia, validade, racionalidade e seus fracassos. Pretende-se conceituar o ativismo judicial, busca-se sua inspiração no realismo americano, suas características, limites e legitimidade. A análise de conteúdo é feita com o objetivo de conhecer casos concretos de omissão constitucional que transforma direitos sociais em meros direitos simbólicos inseridos na lei maior, pois penderes de regulamentação. Ao final, observa-se a importância dessas três decisões e suas consequências no campo político, jurídico e social.

Palavras-chaves: Constituição. Ativismo judicial. Direito de greve.

ABSTRACT

This is a reflection on judicial activism. The object of study are called additive profile decisions handed down in the Writs of Injunction 670, 708 and 712, concerning the right to strike of civil servants. The study is developed with the concern to understand the reasons and consequences of those decisions. It starts with the following issue: to what extent the judgments delivered in the profile additive Injunctive numbers 670, 708 and 712, contribute to the realization of the democratic rule of law established by the Federal Constitution of 1988? It is established initially the following hypothesis: the trials with profile additive, delivered by the Supreme Court, the seat of the Writs of Injunction numbers 670, 708 and 712, ensure the effectiveness of a social right, positively contributing to the achievement of the state model established by the Federal Constitution of 1988. The analysis of the content of decisions in seeking to identify whether this contribution is the overall goal of the research. To achieve this general objective, specific goals that are drawn will be developed throughout each chapter. The discussion focuses on conceptual philosophical aspects of law and its social embeddedness, its claim to effectiveness, validity, rationality, and its failures. It is intended to conceptualize judicial activism, seek to their inspiration in American realism, its characteristics, limits and legitimacy. Content analysis is performed in order to meet specific cases of constitutional omission that transforms social rights in mere symbolic rights inserted in the higher law, but pending legislation. At the end, there is the importance of these three decisions and their consequences in the political, legal and social issues.

Keywords: Constitution. Judicial activism. Right to strike.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – DIREITO E NORMA	16
1.1- O que é direito	16
1.2- Vigência, eficácia e validade da norma	25
1.3- O legislador racional e a dogmática jurídica	27
1.4- Legislação simbólica	33
CAPÍTULO II – JULGAMENTOS DE PERFIL ADITIVO	39
2.1- Do Realismo jurídico ao ativismo judicial	39
2.2- Judicialização e ativismo judicial	42
2.3- Características, limites e legitimidade do ativismo	50
2.4- O guardião das promessas	64
CAPÍTULO III – ESTUDOS JURISPRUDENCIAIS	70
3.1- O Mandado de injunção no direito brasileiro	70
3.2- O direito de greve do servidor público civil brasileiro	73
3.3- A jurisprudência anterior do STF	80
3.4- A virada jurisprudencial	86
CAPÍTULO IV – REFLEXOS DOS JULGAMENTOS DE PERFIL ADITIVO NOS MI'S 670, 708 E 712	95
4.1 – Reflexos políticos	95
4.2 – Reflexos jurídicos	100
4.3 – Reflexos sociais	104
CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112
ANEXO I	120
ANEXO II	127
ANEXO III.....	134

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto os julgamentos de perfil aditivo proferidos pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro nos MIs n. 670, 708 e 712 e seus reflexos políticos, jurídicos e sociais. Trata-se do direito de greve dos servidores públicos civis.

O direito de greve está previsto no capítulo dois da Constituição da República Federativa do Brasil, que elenca os direitos sociais, os quais estão inseridos no título dois que trata dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, o direito de greve é um dos direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional em vigor.

Diante das peculiaridades da administração pública, o legislador originário deixou que lei ordinária regulamentasse o direito de greve do servidor público. Parece ter desconfiado do legislador ordinário, e no próprio texto constitucional instituiu o processo do mandado de injunção, para garantir a efetivação dos direitos concedidos, porém não concretizados por falta de regulamentação.

No caso do direito de greve¹ para os servidores públicos civis a omissão do legislador ordinário já se arrasta por mais de vinte anos.

Essa omissão legislativa, no tocante à elaboração de norma que regule os direitos garantidos na Constituição, porém não aplicáveis pela ausência de norma que lhe dê condições de existência, é um tema que está sendo amplamente discutido no mundo acadêmico jurídico e na imprensa de um modo geral. Isso se deve à grande instabilidade e frustração que tem se instaurado para os cidadãos que têm direitos garantidos, todavia não podem exercê-los pela inoperância do poder legislativo, que não elabora lei prevista na Constituição Federal. Não cabe ao legislativo conceder ou não o direito à greve aos servidores públicos civis, mas apenas regulamentá-lo. Assim, convivem com uma omissão do legislativo em relação a um direito previsto constitucionalmente.

A posição clássica do Supremo Tribunal, era por reconhecer a inviabilização do exercício de direitos constitucionalmente garantidos pela falta de regulamentação

¹ Art. 37 da CF/88

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

legal, limitando-se a declarar a omissão ou mora legislativa dando ciência ao poder competente para a colmatação da lacuna, sendo apenas este o resultado possível de um mandado de injunção. Porém, em outubro de 2007, uma histórica decisão do Supremo reorganiza esse assunto. A partir da decisão dos MI 670, 708 e 712, ajuizados respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindipol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep). A ruptura jurisprudencial ocorre quando a Corte inova e decide aplicar a Lei 7.783/80, a qual rege a greve dos trabalhadores da iniciativa privada, às relações de direito público do trabalho.

Segundo Valle (2009), a postura ativista adotada pelo Supremo, redefine os limites da sua própria competência jurisdicional e altera seu próprio peso político na relação entre os poderes que compõem o Estado brasileiro.

O estudo é relevante uma vez que busca analisar as razões da atuação deste chamado novo Supremo² que tem revelado em suas decisões mais recentes uma mudança de paradigma, particularmente no que tange ao julgamento da inconstitucionalidade por omissão.

O tema tem estreita relação com o conteúdo da linha de pesquisa “Direitos Fundamentais e Processos Constitucionais” do programa de Mestrado Acadêmico em Direito – Área de concentração “Constituição e Sociedade”, do Instituto Brasiliense de Direito Público. Uma vez que, o mandado de injunção, é um processo constitucional instituído pela Constituição de 1988, que tem por objeto suprir omissões do legislador, com objetivo de garantir direitos e prerrogativas previstos na Constituição Federal.

Pretende-se, neste estudo, dar uma contribuição acadêmica, na medida em que o estudo vai procurar identificar as razões e os reflexos políticos, jurídicos e sociais desses três casos sob estudo.

O problema é: Em que medida os julgamentos de perfil aditivo proferidos nos mandados de injunção números 670, 708 e 712, contribuem para a efetivação do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988? Cabe ressaltar que em um Estado Democrático de Direito, todos submetem-se à lei que

² O autor Elnatan Júnior (2008) faz uma reflexão sobre a mudança de postura do STF brasileiro, que lentamente deixa sua característica passiva e passa a atuar positivamente em defesa dos direitos constitucionais, a essa nova postura o autor chama de novo Supremo.

deve representar a vontade geral e seu maior objetivo é construir uma sociedade mais justa possível para todos. Tarefa na qual pode ser fundamental a atuação do poder judiciário.

Compreender a partir da análise do conteúdo das decisões de perfil aditivo proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede dos mandados de injunção números 670, 708 e 712, suas razões e os seus reflexos políticos, jurídicos e sociais, na busca de identificar sua contribuição para a concretização ou não do modelo de Estado instituído pela Constituição Federal de 1988, é o objetivo geral do estudo pretendido.

Como objetivos específicos da pesquisa, pretende-se:

- * compreender o que é o direito;
- * analisar o contexto da atividade jurisdicional no Brasil;
- * identificar as razões de uma decisão de perfil aditivo;
- * identificar as características e legitimidade de uma decisão ativista;
- * analisar o conteúdo dos votos antes e após a virada jurisprudencial;
- * observar as conseqüências destas decisões;

A pesquisa será desenvolvida para ao final se confirmar, ou não, a hipótese apresentada.

Delimita-se a seguinte hipótese:

* Os julgamentos com perfil aditivo, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em sede dos mandados de injunção números 670, 708 e 712, garantem a efetivação de um direito social, e contribuem positivamente para a concretização do modelo de Estado instituído pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, inicialmente será feita uma reflexão sobre o conceito de direito e sua manifestação através do sistema jurídico. Sistema composto não apenas de normas, mas também de princípios, precedentes judiciais, costumes e visões de mundo, ou pré-compreensões de seus operadores. Sistema intrincado que tem por missão contribuir para a harmonia social. Nessa missão utiliza-se da dogmática, com sua pretensão de validade e racionalidade, mas muitas vezes reduzida à mera simbologia.

No capítulo dois, aspira-se compreender em que consiste o denominado ativismo judicial, identificando sua inspiração no realismo americano; suas características, limites, legitimidade e contribuição para realização dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal.

No terceiro capítulo, pretende-se conhecer melhor o mandado de injunção, a evolução histórica de seu entendimento e aplicação pelo STF. Busca-se conhecer também o instituto da greve, que deixou de ser um delito penal para tornar-se um direito fundamental. Será feita uma análise no conteúdo dos votos proferidos em MIs relativos ao direito de greve do servidor público civil, antes e depois da virada jurisprudencial da Corte Constitucional.

No quarto e último capítulo, são observados os reflexos políticos, jurídicos e sociais dessas três decisões.

A metodologia consistirá em levantamentos bibliográficos. Realização de um estudo analítico do conteúdo³ das decisões objeto desta reflexão, com o objetivo de identificar as características do chamado ativismo judicial praticado e as argumentações apresentadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, principais atores nesta decisão, que passo a passo vão se afastando da posição defensiva de característica procedimentalista para assumir posição mais ativa, com aspecto substancialista. Almeja-se fazer um estudo dos projetos de lei relativos à matéria, encaminhados ao Congresso nacional, das reclamações feitas ao STF após os MIs. E finalmente, realizar entrevistas semiestruturadas com dirigentes sindicais e servidores públicos civis, com o objetivo de identificar nos dados obtidos os reflexos políticos, jurídicos e sociais destas decisões e sua contribuição ou não

³ A análise de conteúdo é uma técnica de pesquisa documental, pois realizada a partir da utilização de processos judiciais. Processos são documentos históricos e oficiais, e o trabalho com esses documentos traz, ao menos, duas implicações metodológicas: a questão do poder e a da interpretação. Estes questionamentos surgem principalmente quando se trabalha qualitativamente com os dados, quando a preocupação está em buscar a lógica e os códigos que estão informando as palavras para inferir sobre grupos sociais específicos. Como se trata de um documento oficial, a questão do poder aparece porque o Estado pode ser considerado o verdadeiro produtor do que está escrito, encobrendo a expressão de qualquer grupo social que esteja contida no documento em forma de um depoimento, por exemplo, ou mesmo na argumentação do juiz que, além de membro de um dos poderes do Estado também pode ser visto como membro de uma corporação profissional. Já a questão da interpretação surge porque estamos trabalhando com o que está escrito e não, com o acontecimento em si, ou ainda porque não estamos interpretando por meio da observação direta, mas por meio da palavra escrita, e isto é fonte de inúmeros questionamentos, que envolvem a questão da subjetividade. A preocupação está, então, na apreensão dos valores, regras e condutas que entram em jogo na luta simbólica em que estão envolvidas as representações do mundo social (OLIVEIRA E SILVA, 2005).

com a concretização do Estado democrático de direito pretendido pela Carta Magna de 1988.

Assim, aspira-se neste estudo, fazer uma reflexão sobre a atual jurisdição constitucional no Brasil, a partir do estudo de três decisões do STF, para se compreender o significado destas, como uma expressão da judicialização da política, o novo paradigma da sociedade atual.

CAPÍTULO I – DIREITO E NORMA

Neste primeiro capítulo, pretende-se fazer uma reflexão acerca do conceito do conceito de direito e sua manifestação através das normas escolhidas para regular os comportamentos da sociedade; sua dogmática, validade, pretensão de racionalidade e, ao final, sua redução à mera simbologia. A compreensão do conceito de direito atribuído por cada sociedade, é fundamental para identificar-se a legitimidade das decisões judiciais proferidas por seus tribunais.

1.1 – O QUE É DIREITO?

A palavra direito é usada pelo homem em diferentes situações, adquirindo diferentes significados. Reale (2010) ensina que a palavra direito é marcada pela ambigüidade, possuindo diferentes significados. Muitas vezes usa-se a palavra direito como sinônimo de lei, como ciência jurídica e até mesmo como justiça. É comum a confusão com seu objeto. É simultaneamente fato histórico-social, uma ordem de valores e um conjunto de normas.

“Direito” significa, por conseguinte, tanto o ordenamento jurídico, ou seja, o sistema de normas ou regras jurídicas que traça aos homens determinadas formas de comportamento, conferindo-lhes possibilidades de agir, como o tipo de ciência que o estuda, a Ciência do Direito ou Jurisprudência (REALE, 2010, p. 62).

O direito é também objeto de diferentes ciências, como a história do direito, que estuda seu desenvolvimento no tempo; a sociologia jurídica, que estuda o fenômeno jurídico e a ciência jurídica propriamente dita. Assim, não é possível existir um extremado rigor terminológico no conceito de direito, que fatalmente se ajustará à complexa conduta humana.

O próprio Kelsen (2000), ao tentar isolar o direito, como um objeto puro e científico, considerando direito apenas os atos passíveis de adequação dentro de uma moldura legal, acaba admitindo que o direito positivo não é apenas aquele previsto nas normas postas pelo Estado na legislação, mas também as decisões dos tribunais, desde que de acordo com o fundamento de validade do ordenamento jurídico, ou seja, desde que de acordo com a norma fundamental.

É comum a identificação do direito com a lei, todavia adverte Lyra Filho (2007) que a lei sempre emana do Estado e permanece ligada à classe dominante, que

rege as sociedades politicamente organizadas, não sendo possível acreditar-se que a lei seja a expressão de um direito autêntico, legítimo e indiscutível. Portanto não seria correto aprisionar o direito à lei, ou ao conjunto de normas estatais; este deve ter alargado o seu foco, para alcançar o interesse das minorias geralmente excluídas do processo legislativo.

Nesta perspectiva, quando buscamos o que o Direito é, estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social. Isto não significa, porém, que é impossível determinar a “essência” do Direito – o que, apesar de tudo, ele é, enquanto vai sendo: o que surge de constante, na diversidade, e que se denomina, tecnicamente, ontologia. Apenas fica ressalvado que uma ontologia dialética, tal como indicava o filósofo húngaro Lukács, tem base nos fenômenos e é a partir deles que procura deduzir o “ser” de alguma coisa, buscado, assim, no interior da própria cadeia de transformações (LYRA FILHO, 2007, p. 12).

Os fenômenos sociais vão dando novas feições ao direito. Novas teorias vão surgindo. E certo é que a elaboração das cartas políticas que instituem os Estados depende de uma teoria do direito que lhes dê sustentação.

Direito é uma ciência social e como tal, não apenas descreve os sistemas reais, ocupa-se também do estudo e elaboração dos sistemas ideais, em outras palavras, é a prescrição do dever ser. Afirma Barroso (2000), que o direito não se limita a explicar os fenômenos sociais, mas investe-se de caráter normativo, estabelece normas de comportamento que impostas à realidade devem produzir efeito aperfeiçoador.

Estas normas de comportamento juridicizadas formam o direito objetivo, cuja expressão máxima é a Constituição de cada Estado.

A Constituição, já se teve oportunidade de assinalar, é um sistema de normas jurídicas. Ela institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados (BARROSO, 2000, p. 77).

A Constituição Federal institui o tipo de Estado e define sua organização e funcionamento e também assegura direitos e garantias individuais. Faz também promessas para as gerações futuras e estabelece perspectivas de realização de um Estado social, que deve ser almejado.

Desse modo, entendo que as perspectivas de realização do Estado Social, implícito no texto constitucional, não estão esgotadas, e, ao contrário do entendimento habermasiano, o papel da justiça constitucional não deve ficar reservado à compreensão

procedimental da Constituição. Ou seja, enquanto o proceduralismo habermasiano sustenta que o Tribunal Constitucional não deve ser o guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais, entendendo que a realização dos valores substanciais, a pretexto da jurisdicização da política, não podem ser negados à sociedade. Por outro lado, ao contrário do paradigma proceduralista, que entende que a Constituição não deve ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor, *a priori*, uma determinada forma de vida sobre a sociedade, sustento que o constitucionalismo, exurgente do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo (*constitui-a-ação*) do Estado!(STRECK, 2002, p. 19).

Garantir esta ação do Estado, quando a realização do direito não se efetiva por omissão do legislador ordinário, é tarefa nada simples. É o que Konrad Hesse (1991) chama de força normativa da Constituição, que faz com que a mesma não se reduza a mera folha de papel, mas adquira força normativa.

O Estado constitucional em uma sociedade pluralista como a atual, deve primar pela coexistência de valores e princípios, sob pena do direito não ter utilidade.

A coexistência de valores e princípios, sobre em que deve basear-se necessariamente uma constituição para não renunciar a suas atribuições de unidade e integração e ao mesmo tempo não se fazer incompatível com sua base material pluralista, exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os que deve conviver (ZAGREBELSKY, 2007, pg. 14)⁴.

Diante da complexidade não é também possível que uma Constituição preveja ou regule tudo; desse modo, é preciso que assuntos complexos e socialmente relevantes sejam delegados ao legislador ordinário (SILVA, 2008). Como é o caso do direito de greve aos servidores públicos civis que foi garantido pela norma Constitucional, todavia depende de norma específica, o que é esperado há duas décadas, tornando-se mero direito simbólico que não se materializava em razão da omissão legislativa. Omissão agora suprida pela nova postura ativista da corte, que enquanto não publicada a lei, determina que a lei que regula a greve para os trabalhadores da iniciativa privada, regule também a greve dos servidores públicos civis.

Na prática o denominado ativismo leva o Tribunal a ir além da interpretação, para garantir a concretização dos direitos subjetivos dos cidadãos.

Menos que defender a Constituição (que já não parecia alvo de riscos reais e imediatos), aquilo de que se passam a ocupar as cortes constitucionais, trata-se de garantir os enunciados

⁴ Tradução livre do texto original em espanhol de responsabilidade da autora.

prospectivos desse mesmo texto fundante, buscando a sua eficácia (VALLE, 2009, p. 27).

Portanto o conceito de direito é fundamental para se compreender o ativismo judicial. Afinal o direito é um pensamento formador ou conformador da realidade social? Para Saul Leal (2010) contribuir para concretizar direitos já positivados pelo legislador não é ativismo, é apenas ser uma corte comprometida com a Constituição.

Por outro lado, para os legalistas ir além do texto é quase que uma tirania judicial. O direito é o que se extrai do conteúdo da norma positiva. Este foi o grande conceito que Kelsen (1998) sustentou em sua teoria pura do direito; escrita com dois objetivos básicos. Primeiro: aproximar seus leitores dos elementos básicos de sua teoria pura, afastando-os do direito consuetudinário; e em segundo lugar dar a esta teoria elementos que os capacitem a compreender seus problemas e instituições exclusivamente dentro de uma moldura normativa. Porém, esta moldura se alarga, admitindo interpretações da lei pelos julgadores, deste que esta interpretação esteja conforme o fundamento de validade da estrutura social. Estrutura que é formada sob o modelo hierárquico, tendo como fundamento de validade uma norma fundamental hipotética, que dá condições de validade a toda a estrutura normativa.

Pressupondo-se a norma fundamental, a Constituição é o nível mais alto. A constituição formal é documento solene, norma de difícil alteração. A constituição material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais. Todavia, tais normas gerais sofrem, no processo de criação, a influência do direito estatutário e do direito consuetudinário. Na hierarquia das normas, as jurídicas gerais ocupam lugar após a Constituição. E serão aplicadas pelos órgãos competentes. Tais normas têm dupla função: Primeiro determinam os órgãos aplicadores do direito e o devido processo, que corresponde ao direito adjetivo, formal, o que hodiernamente é chamado direito processual ou direito instrumental; e, em segundo lugar, determinar os atos judiciais e administração desses órgãos o que corresponde ao direito substantivo ou material. As normas individuais, assim como as gerais fazem parte do direito. Toda norma jurídica é fonte de outra norma cuja criação ela regula ao determinar o processo de criação e o conteúdo da norma a ser criada.

Desta forma, a norma superior é fonte da norma inferior; e ambas são fonte do direito. Todo ato criador de direito deve ser determinado pela ordem jurídica. Para

Kelsen (1998) é possível compreender os elementos essenciais do direito através do estudo das normas jurídicas, pois estas prescrevem a conduta humana.

Para explicar o direito e sua relação com a conduta humana, Norberto Bobbio (2003) identifica na linguagem três funções fundamentais: descritiva, expressiva e prescritiva. Estas dão origem a três tipos de linguagens, a científica, a poética e a normativa. A função normativa consiste em dar comandos, recomendações, advertências, influencia comportamentos alheios, modificando-os. Aí residem as maiores tensões. Não se discute se as normas prescritivas são verdadeiras ou falsas, justas ou injustas da mesma maneira como se discute se as normas científicas são verdadeiras ou falsas, para estas é suficiente um exercício de demonstração e lógica; para aquelas é necessário um exercício de retórica ou teoria da persuasão.

Hart (1994) faz um estudo sobre a questão da obediência às normas jurídicas e sobre a persistência do direito, partindo do princípio de que em qualquer sociedade em que há direito existe um soberano⁵ e um súdito⁶. E ainda, que não se pode limitar a nossa perspectiva das leis ao tempo de vida dos seus criadores. Combate também o realismo jurídico, que nega o estatuto de direito a qualquer lei elaborada por um soberano do passado ou do presente, antes de sua aplicação efetiva pelos tribunais.

Aplicar o direito aos fatos ocorridos dentro da sociedade tem sido o objeto principal da dogmática desde o século XIX. Nos estados constitucionais a principal fonte do direito é a Constituição, mas também são fontes de direito as leis complementares, ordinárias, delegadas, leis federais, estaduais e municipais. Segundo o professor Tércio Sampaio (1999), o moderno Estado-gestor tornou complexa a legislação que hoje abarca também atos, resoluções, regimentos, instruções normativas, circulares, ordens de serviços e portarias os quais são organizados de forma hierárquica, sendo a Constituição a norma superior. Muitas destas leis são compiladas e dão origem aos códigos⁷ e consolidações⁸. Os tratados e convenções internacionais também são fontes do direito; assim como os costumes e a jurisprudência. Estas seriam as fontes objetivas do direito. Quanto às

⁵ Um soberano pode ser uma pessoa ou até mesmo um corpo de pessoas.

⁶ Um súdito é uma maioria de pessoas. Em um Estado de direito os súditos se tornam cidadãos.

⁷ Código é uma regulação unitária de um ramo do direito.

⁸ Consolidação é uma compilação de leis preexistentes.

fontes de baixo grau de objetividade⁹, não se está diante de fontes do direito, pois estas reportam-se à estrutura do sistema.

O positivismo jurídico não admite o direito como direito natural, imutável, ideal, transcendente e justo. Para Kelsen (1999) é impossível se deduzir normas da natureza; ademais, a natureza humana nem sempre é boa, apresenta impulsos egoístas e escolhe o mal em detrimento do bem; refuta o fundamento metafísico religioso do naturalismo¹⁰.

No exercício de aplicar o direito, que segundo Kelsen (1999) está contido na norma, o intérprete se submete a uma relativa vinculação de seu ato à norma. Em certos casos, a própria norma superior deixa ao aplicador opções de escolha, como por exemplo, lei penal com penas alternativas. Ou, ainda há situações em que a indeterminação ocorre pelas diferentes e até discrepante significação das palavras, que nem sempre são utilizadas de acordo com a vontade de quem estabeleceu a norma. Deste modo, a interpretação deveria desenvolver um método que possibilite tomar o direito como uma moldura dentro da qual existem várias hipóteses de aplicação. Todos os métodos de interpretação têm conduzido a resultados possíveis, nunca a um único resultado correto. A atividade interpretativa que cria normas gerais e abstratas, ou normas individuais e concretas são interpretações autênticas, pois criam direito. Já a interpretação não autêntica parte do significado das normas, o que é repudiado por sua “teoria pura”.

Contudo, esta pureza do direito parece-me incompatível com a complexidade e impureza da realidade social. A realização prática do direito, ou seja, a concretização da norma, não se limita a sua interpretação, este é apenas um de seus elementos. Ensina Müller (2000) que a norma somente faz sentido com vista a um caso concreto a ser solucionado por ela. O artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal revela com clareza que o direito de greve não é mais passível de escolha pelo legislador ordinário, o servidor público civil tem o direito de greve.

Enquanto forem indicadas como “métodos” da práxis e da ciência jurídica somente regras da interpretação, a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada. A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no

⁹ Para Tércio Sampaio (1999) são fontes de baixo grau de objetividade: doutrina, princípios gerais do direito, equidade e demais fontes negociais.

¹⁰ Principais expoentes do direito natural foram Tomás de Aquino e Grócio.

sentido abrangente da práxis efetiva. Não pode aferrar-se nem ao dogma da evidência nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar os problemas da “ pré-compreensão” da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso. Ela deve partir *in totum* de uma teoria da norma que deixa para trás o positivismo legalista (MÜLLER, 2000, p.61).

Parece-me bastante prudente o pensamento de Muller, uma vez que concebe uma teoria da norma de modo abrangente; estruturada com base na norma, mas não apenas nela. Assim, a melhor interpretação será aquela que, no caso concreto, realizar o comando descrito na norma.

Para compreender o positivismo jurídico, Bobbio (2003) diz que é preciso retornar a Thomas Hobbes, pois este afirmava que não existe outro critério do justo e injusto fora da lei positiva, ou seja, fora do comando imposto por um soberano. Este soberano teria recebido dos homens todos os seus direitos naturais, na passagem do estado de natureza ao Estado civil. Assim, em Hobbes¹¹, a validade e a justiça não se distinguem porque a justiça e a injustiça nascem juntas com o direito positivo, isto é, juntas com a validade. Sem esta distinção, o autor conclui que estaríamos reduzindo a justiça à força. E identifica três momentos distintos em que foi concebido o direito. O primeiro momento é representado pela escola histórica do direito, cujo maior expoente foi Savigny¹² o qual concebe o direito como fenômeno histórico e social que nasce espontaneamente do espírito do povo, reabilitando o costume como fonte do direito. O segundo momento é representado por uma concepção sociológica do direito, o direito elaborado pelos juízes no labor de adaptação da lei às necessidades concretas emergentes da sociedade¹³. O terceiro momento logrou êxito nos Estados Unidos, com a concepção radical do realismo jurídico que concebia o direito como de exclusiva criação do juiz.

¹¹ O leitor pode aprofundar no tema lendo a obra de Hobbes: HOOBES, Thomas. **Leviathan**. ORG. Richard Tuck. Cambridge: Cambridge University Press, 1651.

¹² Sem dúvida leitura valiosa é a obra de Savigny: SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema Del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. Torino, 1886. 8 v.

¹³ Jurisprudência dos conceitos: Característica de uma fase formalista de aplicação do direito, defendida pela Escola da Exegese, que considera a literalidade e sentido unívoco da vontade do legislador (auto-referência). Valoriza a doutrina e os conceitos jurídicos na tarefa de interpretação. Jurisprudência dos interesses: Foi uma reação realista à fase anterior (hetero-referência). Expressa pelo movimento do direito livre. A ciência do direito não leva a nada, o direito é o que diz o intérprete. (Anotações de aula da disciplina Fundamentos da teoria geral de direito, ministrada pelo professor doutor Marcelo Neves em 17 de abril de 2009, no Instituto de Direito Público de Brasília-DF.

Zagrebeslky (2007) aduz que os muitos juristas puros e orgulhosos são inúteis. Uma vez que o intérprete não está a serviço de uma ou outra teoria do direito, mas sim, faz uso de todas elas de uma só vez. Não é possível ficar com os pés nas nuvens e nem com a cabeça fora da terra. O intérprete parte de um caso, e em um procedimento circular, o que o autor chama de “círculo interpretativo”, busca atender às exigências concretas deste, e as pretensões das regras jurídicas.

Certo é que na compreensão, interpretação e aplicação das normas integrantes do ordenamento jurídico, a dimensão valorativa do direito jamais deixará de existir. Sendo mais ou menos relevante de acordo com a teoria hermenêutica adotada. Dessa forma, o positivismo não está superado. As novas doutrinas partem da metodologia positivista, sob pena de não haver segurança jurídica. O direito parte do Estado sob a forma de leis editadas hierarquicamente e com pretensão de completude e coerência. O positivismo não produz necessariamente um saber autoconcentrado, estéril e desvinculado da realidade social; é possível desenvolver um conhecimento dogmático que não perca a capacidade de refletir sobre si mesmo, o que é fundamental para uma ciência normativa. É o que o professor Elival chama de positivismo reflexivo, integral ou moderado. “Além de um positivismo reflexivo, propugno por um positivismo integral, isto é, que leve em conta a tríplice estrutura do fenômeno jurídico tão bem caracterizada na obra filosófica de Miguel Reale” (RAMOS, 2010, p. 61).

No Brasil deste século XXI, tem crescido a participação do intérprete na criação do direito. Como ensina Ana Paula de Barcellos (2005), por duas razões fundamentais:

Em primeiro lugar, os sistemas jurídicos contemporâneos, e em particular o brasileiro, conferem ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo. Retomando o que se registrou na introdução, a utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, dentre outros mecanismos, transfere ao Judiciário contemporâneo um amplo poder na definição do que é, afinal, o direito. Sob pena de serem acusadas de puramente arbitrárias e ilegítimas em um Estado democrático de direito, as escolhas do intérprete nesse ambiente demandam justificativas.

Por outro lado, e em segundo lugar, o processo de redemocratização do País, nos últimos vinte anos, a reorganização da sociedade civil e a liberdade de imprensa passaram a submeter o Judiciário à crítica a que estão sujeitos todos os poderes estatais. Obviamente, a necessidade de o agente público demonstrar a legitimidade de seus atos cresce à medida que haja mais controle (BARCELLOS, 2005).

Assim, o direito adquire cada vez mais, um caráter de decisão prática. Modernamente existe uma nova hermenêutica, que permite que o sistema efetivamente funcione, influenciando diretamente na vida dos cidadãos brasileiros.

Miguel Reale (1978) ensina que cada época fixa as normas e os limites da exegese do direito, em função dos valores culturais dominantes. Valores que oscilam ao passar do tempo. O direito está, pois, em contínuo movimento.

A formação do consenso para generalizar comportamentos humanos não é tarefa fácil, e o processo legislativo é complexo. A hermenêutica atual permite que o magistrado ao julgar os casos concretos, cumprindo seu dever de prestar a tutela jurisdicional, deixe a mera subsunção mecânica e observe o conteúdo da norma, o seu sentido, parta para uma interpretação mais aberta na elaboração da norma decisão, que é a sentença. O intérprete agindo assim não apenas declara o direito, mas também contribui efetivamente com a sua formação.

O que hoje se constata é que os magistrados, longe de meramente declarar ou reproduzir um direito preexistente, contribuem para a sua configuração, entretanto, não de forma livre ou inteiramente desvinculada e sim a partir do texto a aplicar, cujo teor normativo resulta, precisamente, da atividade de concretização (RAMOS, 2010, p. 82-83).

Neste contexto a atuação do judiciário se modifica. O tribunal constitucional se torna menos defensivo, e tem se revelado muitas vezes criadora do direito, como na edição de súmulas vinculantes e exatamente como ocorreu no caso dos mandados de injunção sob estudo, onde foi suprida uma omissão legislativa para garantir direito fundamental, revelando-se típica atividade concretizadora, vinculada a uma norma definida no texto do artigo 37, inciso VII da Carta Constitucional. Havia mais de vinte anos de espera pela produção legislativa. O Supremo foi provocado e precisava se manifestar, para cumprir sua missão de julgar casos concretos de cidadãos que tinham tolhidos o exercício de direito já conferido pelo legislador originário no texto constitucional. Certamente que legislar não é tarefa da corte, todavia os fatos insistiam em empurrar os ministros para uma atitude corajosa, talvez perigosa, mas que parecia inevitável, sob pena de configurar nítida omissão judicial. Se a norma vigente não consegue cumprir sua função de contribuir para a solução das controvérsias, então o direito não serve para quase nada.

1.2 – VIGÊNCIA, EFICÁCIA E VALIDADE DA NORMA

Vigência, eficácia e validade da norma, três conceitos que traduzem os três aspectos essenciais da experiência jurídica. Miguel Reale (1994) fez talvez a mais profunda reflexão sobre o conceito de direito, desenvolvendo a sua Teoria tridimensional, onde demonstra como estes três conceitos se integram, correspondendo respectivamente aos elementos fato, valor e norma. Estes elementos se envolvem ao mesmo tempo em todas as formas de realização do direito, seja na vida privada, como na esfera pública.

Se a norma jurídica não tem eficácia, o direito não faz sentido. Norberto Bobbio (2003) concebe as normas em dois sentidos: um sentido formal¹⁴, apenas prescritiva e um sentido material¹⁵. Ressalta que a norma nem sempre é acompanhada da sanção, muitas vezes é obedecida por seu prestígio, ascendência ou autoridade das pessoas que ordenam. Pode-se afirmar que as normas são obedecidas por temor, estima e respeito. Se não obedecidas haverá algum tipo de sanção. Paulo de Barros Carvalho afirma que “inexistem regras jurídicas sem as correspondentes sanções, isto é, normas sancionatórias” (CARVALHO, 2006, 34). Certo é que a norma jurídica pressupõe uma relação de alteridade, envolve pelo menos dois indivíduos e está no plano do *dever ser*, fundado em expectativas normativas.

Estas expectativas normativas são concretizadas sob a forma de normas que se dividem em princípios e regras. Segundo Ronald Dworkin (2002), a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, ambos apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, assim em nada contribui para a decisão. Ao revés, os princípios são os padrões de comportamento que não são regras, mas devem ser observados, não porque vão assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Este autor elabora uma teoria dos princípios.

¹⁴ A norma em sentido formal: Apenas prescreve uma conduta, independente de seu conteúdo, na sua estrutura lógico-linguística que pode ser preenchida com mais diversos conteúdos.

¹⁵ A norma em sentido material: Verifica-se seu conteúdo que poderá ser válido ou inválido, justo ou injusto.

A teoria dos princípios de Dworkin é uma resposta ao positivismo defendido por Hart¹⁶, porque quando a norma incorpora os valores morais, a moral passa a fazer parte do ordenamento jurídico. O autor não aceita que a resposta tenha que ficar dentro da moldura normativa legal. Para se encontrar a resposta certa, mesmo para os casos difíceis, o aplicador deve levar em conta toda a história do instituto e fazer uma sintonia fina com as necessidades atuais, sob o império da justiça. O direito desenvolve-se como um romance que não pode desprezar sua integridade. Se a corte decide desprezando esta realidade pode se tornar altista. Fato que pode conduzir a uma situação de ineficácia social de suas decisões judiciais, pois desconectada de sua história.

O direito corta a realidade social com a incisão profunda da juridicidade, devendo o destinatário da norma, orientar-se segundo a conduta ali prescrita. Ressalta Paulo de Barros Carvalho (2006), que tais normas jurídicas deverão ter validade, vigência, eficácia técnica, jurídica e social. Estas características perpassam-se, sendo que é válida a norma que faz parte do sistema; será vigente aquela que se encontra apta a produzir efeitos, uma vez ocorrida a hipótese de incidência; terá eficácia técnica quando pronta a irradiar efeitos jurídicos, sem obstáculos materiais ou impossibilidades sintáticas; terá eficácia jurídica ou semântica quando apta a produzir resultados; e, finalmente terá eficácia social quando sua aplicação condiz com as intenções do legislador.

As regras, não raramente, carecem de aplicabilidade.

A regra contida no artigo 37, inciso VII da Constituição, carece de aplicabilidade, é norma de eficácia limitada. Aguarda por regulamentação ano após ano. E o Supremo Tribunal tem esperado pela atuação do legislativo, que já fora alertado em várias oportunidades com a comunicação oficial da mora; permanecendo inerte. Inércia que foi lentamente contribuindo para uma mudança no pensamento dos ministros que preocupados com a harmonia dos poderes do Estado, mas conscientes da necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais, passam a dar vida ao processo constitucional do mandado de injunção, com a adoção de moderadas sentenças de perfil aditivo.

¹⁶ Obra valiosa sobre o positivismo jurídico: HART, H. L. A. (1961). **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press (reimpressão Oxford: Clarendon Press, 1972). O interessante é que Dworkin fora discípulo e sucessor de Hart na Universidade.

Os julgamentos de perfil aditivo procuram dar eficácia a estas normas que carecem de aplicabilidade e negam direitos garantidos pelo legislador constituinte. Evitam que a Carta Constitucional se torne mero símbolo de garantias que não se concretizam. Se o direito não cumpre sua finalidade, então não faz sentido. Se a Constituição é mera folha de papel, então não existe um Estado Constitucional.

A norma jurídica para cumprir sua função deve representar a síntese da vontade de seus subordinados. Contudo, esta não é uma tarefa fácil e somente pode ser desempenhada por um legislador racional, comprometido com a realidade de seu tempo. E completada pela interpretação de magistrados esclarecidos e também racionais.

1.3 – O LEGISLADOR RACIONAL E A DOGMÁTICA JURÍDICA

O ordenamento jurídico possui propriedades materiais e formais, sendo estas formuladas não como hipóteses a serem verificadas pelos fatos, mas como pressupostos dogmáticos excluídos da contrastação fática. E o responsável pela criação deste ordenamento jurídico é o chamado “legislador racional”.

Os juristas utilizam um modelo de legislador que pouco assemelha-se com os legisladores reais, de carne e osso, que elaboram as leis.

Carlos Nino (1974) ensina que o legislador racional persegue um propósito a ser atingido pela lei e compreende claramente quais os seus objetivos. O legislador racional conhece todas as circunstâncias fáticas abarcadas pela norma que edita. A vontade do Legislador racional permanece vigente indefinitivamente. O legislador racional é justo; é coerente; é onicompreensivo; é econômico, não edita normas redundantes. O legislador racional é operativo, não edita normas inaplicáveis. É preciso, sua vontade real não sofre a influência da imperfeição da linguagem. Concluindo: O legislador racional é quase um Deus!

Todavia, os legisladores reais de carne e osso não têm todas essas características. Ao revés, eles muitas vezes sequer conhecem o texto votado; muitos têm propósitos distintos, defendem interesses particulares; são injustos e incoerentes; são contraditórios; nem sempre são operativos e estão sempre sujeitos às imperfeições da linguagem. Em suma, a teoria do legislador racional não existe, é

um mito. Contudo, é uma teoria que desempenha importante função para o jurista atual.

Apesar de o legislador racional ser diferente do legislador real, em outras palavras, apesar de não existir um legislador realmente racional, esta expressão tem função relevante no discurso do jurista. É um termo teórico. A teoria do legislador racional justifica a dogmática jurídica. Esta é sua principal função.

Tércio Sampaio (1994) distingue dois tipos de dogmática:

- Dogmática analítica: que parte da lei.
- Dogmática hermenêutica: que parte do significado (do sentido) da lei.

A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica. Trata-se de uma finalidade prática, no que se distingue de objetivos semelhantes das demais ciências humanas. Na verdade, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema. Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento. No capítulo precedente nos ocupamos da dogmática de modelo analítico, cuja tarefa gira em torno da identificação do direito. Para cumpri-la, em face do princípio da inegabilidade dos pontos de partida, utiliza-se de um conceito fundamental: a validade. É preciso reconhecer a norma jurídica, ponto de partida do saber dogmático (JÚNIOR FERRAZ, 1994, pg. 256).

A função do jurista vai além de compreender o texto normativo, ele dele utiliza-se para resolver um conflito, influenciando e até determinando o comportamento das pessoas. Portanto, necessita atribuir ao texto positivado uma força maior, sob pena de não conseguir cumprir sua missão.

Vale ressaltar que a dogmática constitucional, de maneira peculiar, não pode ser rígida, pois o direito constitucional não pode se ater apenas a conceitos fechados ou sólidos.

A dogmática constitucional deve ser como o líquido de onde as substâncias se originam – os conceitos – mantendo sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, ainda com certos movimentos de oscilação, e, em todo caso, sem que jamais um só componente possa impor-se ou eliminar os demais (ZAGREBELSKY, 2007, pg. 17)¹⁷

¹⁷ Tradução livre do texto original em espanhol de responsabilidade da autora.

Apesar de toda a liquidez ou flexibilidade da interpretação constitucional, parece ser impossível abrir-se mão dos conceitos e da positividade do direito.

A ficção do legislador racional tem também a função de legitimar o direito positivo, pois decorrente de uma vontade especial que ele representa. Se o direito positivo representa a vontade geral, então é legítimo e deverá ser obedecido.

Aqui, cabe a reflexão: Vontade de quem?

Já dizia Friedrich Müller (2009) que povo é um conceito operacional que oscila sob o império do poder realmente dominante, mas que é a pedra fundamental imóvel da teoria da soberania popular e fornece como lugar-comum de retórica à justificativa para qualquer ação do Estado. Este autor argumenta que supor uma única vontade do povo permanente por trás de um ordenamento jurídico é uma ficção sumamente cômoda. Pois, elimina o problema da falta de legitimidade. Mas reconhece que o legislador de carne e osso sofre sob as circunstâncias fáticas e oscilações valorativas e nem sempre representa a vontade dos seus representados. Ademais a vontade geral de Rosseau, aquela que não erra, somente seria possível a um povo de Deuses. Mesmo que o povo de carne e osso não seja um povo de Deuses, ele é o titular do poder originário, que segundo Bobbio (1999), é o somatório das forças políticas que, num determinado momento histórico, dominaram as regras e instauraram um novo ordenamento jurídico; assim a força é um instrumento necessário ao poder, porém não o justifica, apenas é necessária para a edificação do Direito. A construção de um ordenamento jurídico é uma guerra de forças contrárias em busca do consenso, ou seja, da vontade geral¹⁸.

Júlia Ximenes (2010), ao analisar o processo de elaboração do texto constituinte de 1988, busca “desnudar” os interesses e as lutas de forças contrárias travadas na relação entre os campos jurídico, político e social; destaca questões conflituosas que ora venceram os liberais, ora venceram os comunitaristas, ora foram feitos ajustes. Conclui que o consenso é quase impossível e a vontade geral¹⁹ não é sempre identificada, quanto mais, obedecida.

¹⁸ Para Rosseau (1981) somente a vontade geral manifestada pelo povo em deliberação pública é legítima para estabelecer as regras que deverão obedecer.

¹⁹ Atualmente a vontade geral tipificada no texto legal é obtida através de processo legislativo, onde labutam representantes do povo brasileiro eleitos para este fim. Contudo o sistema político possui limitações, uma vez que o número excessivo de partidos dificulta a definição da maioria, torna-a instável, às vezes incoerente, favorece barganhas. Alguns partidos se dividem em alas e acabam por defender interesses particulares e de seus financiadores de campanha (FERREIRA FILHO, 2003).

Apesar disto, o certo é que a dogmática imputa à vontade do Legislador racional a menor quantidade de erros possíveis e uma proximidade maior possível com a justiça, na tentativa de legitimar-se. Aqui vale lembrar os ensinamentos de Miguel Reale (2005), para quem não existe problema mais complexo e difícil que legitimar a conquista e o poder.

Na realidade, argumenta Carlos Santiago Nino, a racionalidade do legislador é uma “quasehipótese” que se aceita dogmaticamente, sem submetê-la a uma verificação empírica. “Não é uma tese metodológica, senão uma pauta normativa que prescreve que os juristas devem interpretar o direito como se o legislador fosse racional” (NINO, 1974, pg. 90).

Em outras palavras, este seria um conceito fechado, absoluto, como também os valores morais e políticos vigentes à época do jurista.

A análise dos ordenamentos jurídicos vigentes revela que o legislador real se contradiz, não tem em conta todos os casos relevantes, o ordenamento apresenta lacunas, contradições e outras imperfeições.

O diagnóstico refere-se a um ordenamento ótimo, com afirmações que se inferem das referidas a um legislador ideal. Esta otimização na ideologia do jurista, ainda não nos fatos, não consiste em reformular o direito positivo senão em descobrir toda sua perfeição, oculta aos olhos pouco agudos.

Da teoria normativa do “legislador racional”, apresentada sob aparência descritiva, é possível inferir regras de interpretação formuladas como proposições acerca do direito positivo.

Neste ponto, Carlos Nino (1974) passa a apresentar seis proposições e suas regras de aplicação.

Primeira proposição: O ordenamento jurídico não tem contradições.

Regra: Não se admite interpretações contrárias às normas, se duas normas se contradizem, deve-se aplicar a norma superior, especial ou a posterior, para que o ordenamento apresente uma unidade sistemática.

Segunda proposição: O ordenamento jurídico é operativo.

Regra: Entre duas interpretações é melhor a de acordo com as palavras da lei. A que tem maior probabilidade de compreensão e obediência. A interpretação não deve concluir que a norma não se aplica a nenhum caso. E nem deve implicar que ela estabelece as mesmas consequências para os mesmos fatos que outra norma

jurídica. Uma interpretação assim contribui para que o ordenamento jurídico se torne viável, ou seja, funcione.

Terceira proposição: O ordenamento jurídico não tem lacunas.

Regra: A interpretação não deve concluir que não há solução para um caso determinado. Deve-se presumir a generalidade e admitir-se a analogia, para que o ordenamento seja completo e evite-se a impunidade.

Quarta proposição: O ordenamento jurídico é preciso.

Regra: A conclusão de uma interpretação não pode estabelecer que uma norma jurídica é vaga ou ambígua. Há que se primar pela técnica, evitando-se palavras com sentidos duplos ou falta de sentido.

Quinta proposição: O ordenamento jurídico é dinâmico.

Regra: A melhor interpretação é aquela que acompanhe a oscilação das pautas valorativas vigentes na sociedade, que alcançarão maior grau de confirmação.

Sexta proposição: O ordenamento jurídico é finalista.

Regra: Não se admite interpretação que não atenda aos fins sociais. A interpretação não deve seguir na contramão do desenvolvimento social, para que a decisão seja reconhecida socialmente.

Estas regras não são excludentes e nem sua enumeração exaustiva ou sistemática. Umas são derivadas de ideais racionais, outras indicam a concretização desses ideais. Pretendem evitar conflitos quando da resolução de casos problemáticos reais. Todavia, o conflito é inevitável, mesmo em um modelo que se pretende ideal.

Na aplicação das normas, os comandos estabelecidos nas regras apresentadas podem entrar em conflito. Busca-se superá-los com regras de procedimento e mesmo com argumentos, quase ou totalmente, retóricos.

São notáveis os esforços dos dogmáticos para preservar algum âmbito de aplicação entre normas que apresentam conflitos na aplicação. O jurista que se pretende racional, quase sempre abandona a regra da operatividade ou vigência em prol da coerência, na busca de legitimar com uma boa argumentação a sua decisão.

Bobbio (1999) reconhece a dificuldade de se chamar o ordenamento jurídico de sistema jurídico, pois que cheio de normas conflitantes, que são admitidas no ordenamento pelo exclusivo critério da formalidade. Concluindo que é um sistema dinâmico, no qual duas normas em oposição entre si podem ser perfeitamente

legítimas. Cabe, pois ao intérprete encontrar o melhor sentido que permita uma decisão o mais justa possível.

A decisão mais justa possível é sempre buscada pelo aplicador da lei ao caso concreto, que tem em seu mister o empenho de fazer justiça. Diante dos conflitos normativos, esta não é uma tarefa fácil. Uma dogmática fechada parece já não ser suficiente para realização desta missão. Mas sua total ausência também não pode ser admitida, sob pena de não haver um ponto de partida. Zaccaria (2004) ensina que a dogmática ainda desempenha uma função importante na medida em que a estabilização e controle do direito positivo se abre para a flexibilidade e dinâmica da práxis social e afasta-se da rigidez em que foi concebida, aceitando a influência de parâmetros tipológicos que incluem valorizações.

Uma dogmática aberta à valorizações viabiliza a tarefa do magistrado, que se supõe, seja racional. Ou seja, o magistrado racional tenta suprir a ausência de racionalidade do legislador. Mas, a realidade revela que pode não existir esta almejada racionalidade também entre os magistrados.

Como a realidade não se curva às ficções, a experiência jurídica se encarregou de mostrar que o legislador nem sempre é racional e muito menos perfeito e que, por isso mesmo, os ordenamentos jurídicos podem, sim, apresentar redundâncias, lacunas e contradições, a demandarem soluções adequadas a cada situação hermenêutica. Nesse caso, o legislador irracional cede o lugar ao aplicador racional, um e outro puras abstrações, se concebidos como realidades... (COELHO, 2010, p. 281).

Assim, diante de uma sociedade hipercomplexa e uma realidade que não aceita ficções ou mitos, a busca por um direito que realize sua função de contribuir para a harmonia social e realização do modelo de Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, e não se transforme em mera legislação simbólica²⁰ que nunca se realiza, continua sendo um grande desafio a ser enfrentado por legisladores e juristas.

1.4 – A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

O moderno Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 é construído sobre princípios constitucionais que garantem a cidadania, o

²⁰ Marcelo Neves (2007) apresenta a teoria da Constitucionalização simbólica, fato que geralmente ocorre nos países periféricos, que têm Constituições repletas de direitos; porém a realidade do país não permite que estes se materializem.

trabalho e a dignidade da pessoa humana, princípios que perpassam pela efetivação dos direitos fundamentais.

Princípios que são desconsiderados e direitos que são ultrajados pela crucial realidade de um país periférico como o Brasil, que possui obstáculos graves à concretização deste Estado. Marcelo Neves (2008) ressalta que muitas vezes os direitos são negados de forma velada. Não havendo uma ditadura ou violência expressa e direta, mas disfarçada em um Estado que se diz democrático e de direito.

É certo que houve considerável e positiva evolução no Estado de Direito instituído nas constituições nacionais, especialmente na Constituição vigente, que positiva os direitos sociais, guindando-os à categoria de direitos fundamentais. Porém, falta concretização.

O Brasil foi marcado por imensos ciclos de atraso: escravidão, coronelismo, golpismos, manipulação eleitoral, ditaduras e outros entraves ao desenvolvimento da cidadania popular. A Constituição era mera carta política, sem qualquer compromisso com a justiça social. Sem qualquer preocupação com direitos sociais dos trabalhadores brasileiros. Aceitar esta realidade é aceitar um papel mesquinho e indigno para o Direito. Em um Estado que se pretende democrático é fundamental que se busque reduzir as desigualdades. “A democracia, assim entendida, se relaciona naturalmente com a totalidade dos direitos humanos, - civis, políticos, econômicos, sociais e culturais” (TRINDADE, 1994).

A proteção dos direitos fundamentais é o propósito básico de um Estado constitucional e o exercício da democracia contribui para a realização destes. O que caracteriza um Estado Constitucional Democrático de Direito, como pretende ser o Brasil.

Esta pretensão está longe de se tornar realidade. Segundo a professora Marilena Chauí (2007), esta dificuldade advém inicialmente do tipo de colonização a que foi submetido o Brasil. Foi uma colonização de exploração e não de povoamento. No primeiro tipo de colonização a economia é voltada para o mercado externo metropolitano e a produção se organiza na grande propriedade escravista, ajustada às exigências do sistema econômico da metrópole. Enquanto que no segundo tipo de colonização, a produção se processa mais em função do consumo interno da colônia, com predomínio das pequenas propriedades e independência do sistema metropolitano. O tipo de colonização estabelecido por Portugal, a

transferência da sede do governo português para o Brasil, não permitiu que a nação brasileira instituisse um Estado, mas sim o Estado Português veio para o Brasil e foi se alterando com o passar do tempo. Até mesmo a Proclamação da República, não adveio do meio do povo, mas sim de ajustes de um Estado já existente.

Repare que esta situação se repetiu quando do fim da ditadura militar. O povo brasileiro, pacífico e amante da ordem e do progresso, assistiu à transformação do Estado e não à criação de um Estado brasileiro realmente novo. E também a nova Constituição de 1988 não partiu de um poder realmente originário dos anseios do povo, mas foi fruto de uma emenda constitucional²¹.

Mesmo com uma origem talvez não tão legítima, a Constituição de 1988, se propôs ser uma Constituição cidadã, imbuída do propósito de contribuir para a redução das desigualdades, proteção aos direitos fundamentais e consolidação democrática.

Este pensamento é reflexo de uma ruptura de paradigmas levada a cabo no século XX, quando a norma constitucional deixa de ser mero instrumento de manipulação política e adquire o status de norma jurídica, gozando de imperatividade hierarquicamente superior e poder de sanção a que se submetem todos, inclusive o próprio Estado (BARROSO, 2006).

A Constituição organiza o poder político do Estado, define os direitos fundamentais do povo, estabelece princípios e fins a serem alcançados. Certamente não poderá ter a pretensão de salvar o país com regras e princípios inalcançáveis. O legislador constituinte é mais avançado que o legislador originário, mas não está livre dos fatores reais de poder. Ferdinand Lassale (1998) descreve com clareza e simplicidade a dura realidade a que se submete o legislador constituinte para elaborar a Constituição. Mesmo que hipoteticamente não exista nenhum texto

²¹ A "Constituinte" de 1987 foi convocada por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição então vigente (de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, e as posteriores alterações que lhe integravam o texto).

Esta Emenda Constitucional n. 26 estabeleceu no art. 1º que "os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional".

Este texto é propositalmente enganoso. Falando em "Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana", deu = e isto foi proposital em razão de motivos políticos – a idéia de que haveria manifestação do Poder Constituinte originário.

Tal não ocorreu, porém. Inexistiu a ruptura revolucionária que normalmente condiciona as manifestações do Poder Constituinte originário.

A ordem constitucional vigente no País é, portanto, resultado de reforma da Constituição anterior, estabelecida com restrita obediência às regras então vigentes, mas que, por resultar num texto totalmente refeito e profundamente alterado, deu origem a uma nova Constituição (FERREIRA FILHO, 1989, pg. 27-28).

anterior, o constituinte jamais será totalmente livre para elaborar as leis ao seu livre convencimento. Em qualquer época e em todos os lugares, o legislador está sempre submetido a uma força ativa que representa os interesses preponderantes na sociedade. “Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALE, 1998, p. 26).

É a realidade local, com suas virtudes e vícios, que determinará a Constituição que rege a vida de um povo. Assim, a Constituição contém também as virtudes e, não raras vezes, consagra valores que buscam reduzir a distância entre aqueles que detêm os fatores reais de poder e o povo. Também é verdade que adquire força própria, e nem sempre se sucumbirá frente aos fatores reais de poder. É o que Konrad Hesse (1991) chama de força normativa da Constituição, que faz com a mesma não se reduza a mera folha de papel, mas adquira força normativa.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas (HESSE, 1991, p. 15).

Para que a Constituição se torne efetiva o legislador tem que ter senso da realidade, boa técnica legislativa e o poder público deverá ter vontade política de torná-la realidade. Para se tornar realidade é preciso ser efetiva, aplicada e observada. Se o direito existe, mas não pode ser exercido, não serve para nada. Foi meramente simbólico. A garantia constitucional não foi efetivamente concretizada.

Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 2006, p. 71).

Somente com a busca pela efetividade das normas constitucionais, os direitos fundamentais estarão garantidos e o Estado democrático de direito concretizado.

A teoria da efetividade dos direitos adveio da própria realidade, como ressalta Barroso (2006), decorreu de uma necessidade histórica que se incorporou à vivência jurídica após 1988: descobriu-se o óbvio após longo tempo de procura: Norma jurídica não respeitada é direito violado. Em muitas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal²², tem ocorrido a aplicação das normas constitucionais com maior clareza e coragem que no passado, principalmente, com o maior uso do processo de mandado de injunção, buscando garantir direitos já consagrados pela Carta Magna e que pendem de concretização por omissão do legislativo.

Não se pode negar, ademais, que a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de fato, à mercê da vontade do legislador. É, exatamente, a proteção judicial e controle de constitucionalidade que outorgam efetividade a essas garantias. (MENDES, 1994).

A concretização ainda é mais difícil quando a inconstitucionalidade se dá por omissão. O direito existe e não é exercido por falta de regulamentação, como no caso do direito de greve do servidor público civil, que adquiriu um direito social, reconhecido pelo texto Constitucional como direito fundamental e, no entanto, não pode ser usufruído. Se o objetivo não se realiza, se a norma constitucional não tem eficácia; então, para que serve o direito? Se o servidor público civil não puder exercer o direito de greve para lutar por melhores condições de trabalho, então a norma contida no artigo 37, inciso VII da Constituição de 1988, é mero direito simbólico, que não atende às expectativas dos servidores.

O direito é uma generalização de expectativas. Nessa sociedade complexa e contingente, para que haja harmonia social é preciso haver reduções que possibilitem a existência de expectativas comportamentais diversas e recíprocas, que se relacionam e são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Estas generalizações de expectativas se dão em três dimensões: Inicialmente na dimensão temporal, estas expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização; na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso e na dimensão

²² 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 nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. Para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI nº 543/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI nº 679/DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJ 17.12.2002; e MI nº 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003 (MI nº 670/ES pg. 2).

prática ou material esta generalização ocorre através de uma identificação de sentidos. Realizar esta generalização é a tarefa do Direito (LUHMANN, 1983).

Essa tarefa é por demais complexa, em face das peculiaridades de interesses e diferenças na distribuição dos fatores reais de poder. A generalização significa exigências altamente discrepantes e mecanismos de seleção heterogêneos em cada uma das dimensões. Para isto serve o direito, esta deve ser a sua função.

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática. A coação relevante para o direito em termos constitutivos reside na obrigatoriedade de selecionar expectativas, a qual, por seu lado, em poucos, mas importantes casos pode motivar a imposição de determinados comportamentos. A necessidade de segurança que molda o direito se refere inicialmente à segurança das expectativas próprias, principalmente enquanto expectativas sobre expectativas, referindo-se apenas secundariamente à segurança do preenchimento dessas expectativas através do comportamento esperado. Apenas após assegurar-se a congruência das expectativas através do direito do sistema social é que podem se desenvolver formas mais elevadas da generalização específica a cada dimensão, assim como congruências ao plano reflexivo das expectativas sobre expectativas. Nesse sentido o direito é uma das bases imprescindíveis da evolução social (LUHMANN, 1998, p. 115).

O servidor público que tem o direito de greve garantido por norma Constitucional e não podia exercê-lo por falta de regulamentação tinha uma expectativa frustrada, em razão da omissão do legislador. Então a generalização da expectativa não foi congruente. O direito não cumpriu sua função de redução da complexidade social. Se o direito não cumpre sua finalidade, então não faz sentido. Se a Constituição é mera folha de papel, então o Estado Constitucional é um mito.

A doutrina da efetividade incorporou ao direito constitucional o princípio do direito subjetivo do direito civil, que é nada mais nada menos que o direito de ação, assente no direito objetivo²³, destinado à satisfação de um interesse que terá que ser efetivado por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro destinatário da norma. Estes direitos serão exigidos via poder judiciário, portanto o poder judiciário é decisivo na concretização da Constituição que se não concretizada na vida do cidadão se torna simples pedaço de papel; torna-se símbolo de direitos

²³ “Pela doutrina tradicional, enquanto o Direito objetivo era chamado por *norma agendi*, designando o conjunto de preceitos que organiza a sociedade, o subjetivo foi conceituado como *facultas agendi*, ou seja, como faculdade de agir garantida pelas regras jurídicas” (PAULO NADER, 2000, pg. 298).

que não se materializam; símbolo de um sistema que não se autorreproduz. Mas, que pelos diferentes graus de diferenciação, os códigos mais fracos se submetem aos mais fortes (jurídico sucumbe perante o econômico). Chegando ao ponto de o modelo jurídico se reproduzir contrário à Constituição; ou à situação em que a Constituição se revela mera bandeira, ou símbolo de fachada de uma sociedade que não existe (NEVES, 2007).

Garantir o direito ao cidadão é um avanço, mas não é o suficiente. Materializar os direitos garantidos pelo legislador constituinte é tarefa de um judiciário que não pode estar apenas adstrito à pura letra da lei, exige muito mais que isto. O juiz deste século XXI deve conhecer mais que a mera letra da norma, ele enfrenta o desafio de desenvolver técnicas de decisão adequadas a promover a concretização da vontade constitucional. Decisões que garantam os direitos fundamentais sem, contudo, destruir a segurança jurídica e abalar os pilares democráticos.

Uma tentativa de contribuir, com uma reflexão sobre o ainda indefinido conceito de ativismo judicial; e as características e a legitimidade desta atuação ativa dos magistrados, será o objeto do próximo capítulo.

CAPÍTULO II – JULGAMENTOS DE PERFIL ADITIVO

Neste segundo capítulo pretende-se compreender o movimento conhecido nos Estados Unidos, como realismo jurídico e suas relações com o denominado ativismo judicial²⁴ brasileiro. Observa-se que ativismo não é o mesmo que judicialização da política. Para esta distinção é fundamental o conhecimento das características de uma decisão ativista, seus limites e legitimidade. E ao final do capítulo aborda-se o papel do novo juiz, mais ativo e comprometido com as promessas constitucionais.

2.1 – DO REALISMO JURÍDICO AO ATIVISMO JUDICIAL

No Brasil Oscar Vilhena (1999) já ensinava que a nova postura do judiciário é uma reação ao normativismo formalista e ingênuo com uma retomada ao realismo jurídico, defendido por Oliver W. Holmes (1995) e Jerome Frank (1970). Frank (1970) demonstra com pesquisas empíricas que os juízes tratam diferentemente casos iguais, que colocam em suas decisões sua maneira de ver o mundo, refletindo seu temperamento, personalidade, educação e outras características pessoais. Para os realistas o direito é o que diz o juiz, são suas decisões judiciais.

De fato, o realismo foi um movimento jurídico inspirado filosoficamente pelo pragmatismo que Holmes havia sido o primeiro a aplicar ao direito. Em seus escritos, e sobre tudo em suas sentenças, Holmes havia aberto brechas no muro do antigo pensamento jurídico decimoniano sobre as que, Pound primeiro, e os realistas depois, golpearam com tenacidade. Dito em termos menos metafóricos, Holmes havia enfatizado (e havia atuado sobre) muitos dos pontos que logo passaram a formar parte do programa realista. Entre eles, os seguintes: a separação, para efeito de análises, entre direito e moral (entre o ser e o dever ser do direito); a consideração primordial do direito como um instrumento para a consecução de fins sociais; a necessidade de trasladar o foco de atenção aos efeitos reais que produzem o direito sobre a sociedade; a conseqüente abertura dos estudos jurídicos aos estudos sociais empíricos; ou a desconfiança na capacidade das regras para determinar por si só os resultados dos processos jurídicos (SEBASTIÁ, 2006, p. 19).

O que unia os realistas era uma atitude de fé combativa e valente no direito como formador da realidade social. O juiz Holmes chegou a escrever:

²⁴ A expressão ativismo judicial utilizada aqui, será também utilizada em outras partes do texto, no mesmo sentido em que é corriqueiramente atribuído nos discursos jurídicos e acadêmicos, ou seja, simplesmente quando os julgadores decidem fundamentados não apenas na letra da lei.

“Que é o direito?” Encontrareis que certos autores os digam que é algo distinto do que decidem os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema da razão, que é dedução a partir de princípios de ética ou axiomas universalmente aceitos ou coisa parecida, que pode ou não coincidir com as sentenças judiciais. Mas se adotamos o ponto de vista de nosso amigo o homem mal, veremos que a este importa pouco os axiomas ou deduções, mas que por outro lado lhe interessa saber que é que de fato tem resolvido os problemas dos tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra. Eu opino de maneira bastante parecida. Eu entendo por “Direito” as profecias acerca do que os tribunais falam em concreto; nada mais nem nada menos (HOLMES, apud SEBASTIÁ, 2006, pg. 20-21).

Para o juiz Holmes, o direito não advém da lógica, mas da experiência; concentra-se mais nas ações dos homens do que nos livros jurídicos. Busca em seus julgamentos identificar o sentido da norma, as circunstâncias sociais e atacar as questões problemáticas com profundidade. Esta natureza prática, nunca foi aceita pelos positivistas.

Sob um cotejo realista o intérprete ao buscar fundamentação para sua decisão, deve ter absoluta liberdade, deve estar desembaraçado de toda e qualquer moldura normativa previamente fixada. Não faz sentido o debate entre objetivismo e subjetivismo, uma vez que o aplicador não se aterá ao direito preexistente. Mas não em uma atuação livre ou inconstante, mas diretamente ligada às fontes materiais, ou seja, aos fatores sociais. “Substitui-se o subjetivismo legalista da Escola da Exegese pelo subjetivismo do magistrado” (Ramos, 2010, p. 75).

O realismo não despreza as fontes formais do direito, apenas as considera como fatos sociais. O direito propriamente dito somente aflora depois de sua concretização na decisão judicial. É uma nítida aproximação do realismo ao pragmatismo jurídico.

O direito tornar-se-ia positivo ou positivado após ser aplicado pelo juiz e não quando promulgado pelo legislador. Ou seja, antes de ser aplicada, a norma jurídica constituiria apenas um dentre os diversos recursos e materiais dos quais o juiz pode se valer. Ele seria, sim, uma fonte autoritativa, mas não seria ainda uma norma válida. O que confere validade às normas para os pragmatistas é a sua aplicação (POGREBISNSCHI, 2000, p. 128).

O juiz pragmatista preocupa-se fundamentalmente com a consequência de sua decisão. Antes de decidir ele avalia todas as possibilidades de decisão e escolhe a

que lhe parecer melhor. Nos casos dos julgamentos, objeto deste estudo, esta preocupação fica clara em muitos momentos dos votos²⁵.

O ceticismo atual com relação à produção da norma faltante é o mesmo que dominava os realistas que não acreditavam na eficiência de normas gerais e abstratas, produzidas sem considerar as peculiaridades do caso concreto. Valorizam o intérprete e não o legislador.

Há que se reparar que o intérprete também traz consigo suas pré-compreensões e seus pré-conceitos, que podem macular a sua decisão com sua arbitrariedade, tornando-a ilegítima.

Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas nas coisas, tal é a tarefa da compreensão. Aqui não existe outra objetividade a não ser a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. Pois o que é que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas senão o fato de que no processo de sua execução acabam sendo aniquiladas? A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade (GADAMER, 2007, p. 356).

O grande problema do realismo e pragmatismo é a insegurança jurídica, o medo da excessiva liberdade do julgador, o que foi percebido desde sua concepção. Para os positivistas, o realismo com sua discricionariedade desenfreada era um pesadelo horrível. Para o bem da segurança jurídica, na elaboração da norma decisão, o intérprete deve se ater aos parâmetros dogmáticos estabelecidos pelo ordenamento.

Bobbio (2003) aborda o realismo jurídico como uma contraposição ao jusnaturalismo que fazia uma concepção ideal do direito e ao positivismo com sua concepção formal. Os realistas ou conteudistas não veem o direito como um dever ser, mas como efetivamente é. E nem como complexo de normas válidas, mas como normas efetivamente aplicadas em uma determinada sociedade.

Os juízes são seres humanos, possuem uma vida com diversas experiências e sua personalidade, como todas as pessoas, refletem-se em suas atitudes; inclusive

²⁵ A preocupação com as consequências da decisão aparece nitidamente nos votos proferidos nas decisões sob estudo, peculiarmente na fundamentação da adoção do efeito *erga omnes*, o que será objeto do item 3.4 deste trabalho.

no julgamento de casos concretos de conflitos sociais. Segundo Gabriel Mora (2009), sob uma perspectiva mais detalhada, significa que os juízes possuem ideias sobre o mundo e sobre as relações humanas e, quando assumem posições diante dos mais transcendentais problemas das pessoas, revelam suas posições quanto a sua ideia de família, estado, cidadãos, religião e política. Ao decidirem, podem fundamentar sua decisão em razões apenas de justiça e por motivos não propriamente racionais ou jurídicos.

Dworkin (1999) ensina que não se pode supor que realistas e pragmatistas ignorem por completo a presença normativa limitadora no fenômeno jurídico, sob a qual se guiarão na fundamentação de suas decisões, que apenas se ampliará pela lógica das necessidades sociais.

O poder discricionário do juiz existe, mas para Dworkin (2002) não é tão forte assim, sua resposta ao julgar um caso judicial será baseada em elementos estruturantes do sistema jurídico e não em seus próprios princípios e valores; ou seja, é um poder discricionário em sentido fraco. Reside aí a legitimidade de sua atuação.

No caso brasileiro pós 1988, a tarefa do magistrado é bastante complexa, pois a Constituição é nitidamente compromissária e imbuída de questões valorativas e principiológicas. Ao optar por uma decisão de perfil ativista, o magistrado retoma aspectos nitidamente realistas e pragmatistas do direito; preocupa-se com as consequências da decisão, com sua possibilidade de cumprimento e com seus reflexos jurídicos, políticos e sociais.

2.2 – JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

No Estado Constitucional, a Constituição é a norma fundamental, que resulta do amplo debate que deve existir antes de sua promulgação e representa o compromisso feito pelos legisladores originários, representando a vontade geral. LASSALE (1998) diz que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes, existindo uma correlação de forças que resulta na Constituição real do país; chega a afirmar que a Constituição Jurídica é mero pedaço de papel que se rasga frente à Constituição real. Todavia, nem sempre o confronto entre as duas

deve se dar em favor da constituição real. Aceitar que a Constituição jurídica seja mera folha de papel é atribuir a ela função indigna e medíocre de justificar as relações dominantes.

Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes (HESSE, 1991).

A Constituição não apenas organiza o Estado, vai além, e estabelece em que tipo de Estado o povo pretende viver. Se é um Estado autoritário ou democrático; se tende à justiça social efetiva ou apenas demagógica; se condena qualquer legislação ou atitude que deseja paralisar o progresso através de ditaduras burocrático-policiais. Conforme afirma o professor Roberto Lyra Filho (2007), sejam elas cínicas e ostensivas ou hipócritas e disfarçadas. Certo é que a Constituição institui o tipo de Estado a que se submeterá seu povo.

Hans Kelsen (1999) afirma que se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica e se todo Estado é um estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. Todavia, ela é utilizada para designar um tipo especial de Estado, em outras palavras, é um Estado que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. É uma ordem jurídica relativamente centralizada, na qual o chefe de governo, seus membros, tribunais e cidadãos se submetem às leis criadas pelos representantes do povo.

Segundo Canotilho (1997), as constituições servem para estabelecer mecanismos constitucionais com o objetivo de assegurar a subsistência do compromisso-consenso constitucional evitando conflitos. As sociedades autovinculam-se através da Constituição para resolver os problemas advindos da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades. Também pode haver uma autovinculação positiva; em outras palavras, as constituições criam condições institucionais adequadas à autorrealização e autoaperfeiçoamento da sociedade. As regras e princípios constitucionais servirão para legitimar a formação e educação das próprias preferências individuais e das gerações que virão.

A Constituição possui uma pretensão de eficácia, e torná-la efetiva é tarefa de todas as instituições, particularmente do judiciário, que através de sua Corte constitucional assume esta tarefa com maior clareza, ao adotar posturas de interpretação ativas do texto constitucional em suas decisões, procurando garantir a concretização de direitos dos seus jurisdicionados. Deixa de ser mero legislador

negativo e assume nova postura de perfil criativo na defesa dos direitos constitucionais. Fato que tem provocado caloroso debate em razão do princípio constitucional da separação dos poderes.

Nesse quadro de mudança do papel dos juízes, como se conceberia a função jurisdicional, tradicionalmente deferida ao Poder Judiciário? A interpretação do direito feita pelos juízes em suas decisões e sentenças equiparar-se-ia à atividade criativa do direito, desenvolvida pelo legislador? Se isso é verdade, em que então elas se diferenciam? Estaria o Poder Judiciário, ao contrário, invadindo as funções dos dois outros? (SIFUENTES, 2005, p. 75).

Estas questões têm fomentado intensos debates acadêmicos e políticos, são certamente perguntas que devem conduzir a profundas reflexões. Afinal, quem deve garantir que a Constituição seja cumprida? Quem deve ser o guardião da Constituição?

Essa questão foi o tema de rico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, sobre o caráter da crise político institucional que agitava a Europa e particularmente o Reino Alemão, sob a Constituição de 11 de agosto de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar. O escritor austríaco desempenhou papel relevante na instituição e funcionamento do Tribunal Constitucional Alemão, fazendo esforços no sentido de concretizar as garantias constitucionais, as quais considerava o núcleo da Constituição e que deveriam ser defendidas pelo Tribunal Constitucional. Ao revés, Schmitt sustenta que o Presidente do Reino, deve ser o defensor ou guardião da Constituição; pois possui o respaldo da maioria do povo e detém um poder chamado “neutro” de agir sem atingir a democracia (GASIÓ, 1995). Regimes totalitários se apropriaram das idéias de Schmitt para justificar seus governos minoritários.

No Brasil, sob o império da Constituição de 1988, o defensor da Constituição é o Judiciário, sob o comando do Supremo Tribunal Federal.²⁶ O constituinte parece ter desconfiado do legislador ordinário, buscando limitar e controlar sua atuação, estabelecendo mecanismos como as ações de inconstitucionalidade e os mandados de injunção. Quando o cidadão faz esta descoberta surge o fenômeno chamado judicialização da política. “Tem-se, assim, uma judicialização da política cuja origem está na descoberta, por parte da sociedade civil, da obra do legislador constituinte de 1988, e não nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário” (VIANNA, 1999, p. 43).

²⁶ Art. 102 da Constituição de 1988

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

Ademais, este é um fenômeno que vem marcando este início de século XXI em todas as democracias ocidentais. Em outras palavras, está havendo a transferência de poderes do legislativo para o judiciário, o que pode evidenciar um interesse político das cortes constitucionais. A judicialização de questões polêmicas pode reduzir o custo eleitoral de sua resolução legislativa, evitando a discussão aberta de questões difíceis pela sociedade. O que denota uma deficiência da concretização democrática.

A judicialização da política tem inúmeras causas. O professor BARROSO (2009) destaca entre elas: a redemocratização que culminou com a Constituição de 1988, que fortaleceu o judiciário e aumentou a demanda por justiça na sociedade; a segunda causa foi a constitucionalização abrangente, ou seja, muitas matérias foram agora trazidas para o texto constitucional, numa tentativa de garantir sua aplicação; a terceira causa é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina os sistemas americano e europeu, com o controle difuso ou concreto exercido por qualquer juiz ou tribunal e controle concentrado ou abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que pode alcançar qualquer questão política ou moralmente relevante.

Vianna (1999) atribui o crescimento da judicialização de questões políticas e sociais, à adoção e desenvolvimento do sistema de controle abstrato de constitucionalidade, com a convocação da chamada comunidade de intérpretes da Constituição como consequência de um amadurecimento do judiciário brasileiro, que assume seu compromisso com os direitos da cidadania e com a racionalização da administração pública. Esta judicialização representa o descontentamento das minorias contra as maiorias parlamentares. Contudo, a corte foi cautelosa evitando inicialmente o ativismo judicial; foi migrando silenciosamente da posição de ator coadjuvante na produção legislativa para a de guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana. A judicialização da política decorre da vontade do legislador constituinte que elaborou uma Constituição analítica que permite discussões de origem política e moral nas ações judiciais.

Quanto mais os cidadãos conhecerem os seus direitos contidos na Constituição de 1988 e os instrumentos de controle de constitucionalidade, mais ativa será a participação do judiciário nas decisões políticas do país. Garapon (2001) teme que um excesso de participação do judiciário possa ser nocivo para o Estado Democrático, uma vez que poderá conduzir a uma ditadura de minorias, ou até

mesmo a uma falta de identidade do povo; lembra que ao se multiplicarem os direitos corre-se o perigo de perder-se a noção do direito. Porém, a judicialização da política não é ativismo judicial. Barroso (2009) explica que os dois institutos são primos, porém são distintos. A judicialização decorre do modelo constitucional adotado, enquanto o ativismo decorre da vontade de uma atitude do magistrado na escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, normalmente em situações de retração do Poder Legislativo, em que existe um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

As decisões ativistas buscam mais que defender a Constituição, trata-se de garantir os enunciados prospectivos desse texto fundante, buscando sua eficácia. Aqui está sua importância para a ordem social estabelecida na Carta Magna. Uma postura ativista da Corte pode contribuir eficazmente para a realização das promessas contidas na ordem social.

A dificuldade de se identificar o ativismo judicial está na dificuldade de se interpretar o texto constitucional. A corte será ativista apenas quando ultrapassa os limites dados pelo texto normativo, ultrapassando os meros cânones aceitos pela interpretação. O que fatalmente dependerá de que conceito o tribunal tem acerca do direito (VALLE, 2009).

Dworkin (1999) concebe o direito sob a perspectiva da integralidade, em que se frise a coerência. Assim, o juiz deve identificar direitos e deveres de cidadãos que vivem em uma comunidade regida por princípios e regras comuns. Devendo observar os precedentes elaborados em momentos anteriores, como romances escritos por diversos autores, dos quais um completa o outro e conhecendo a comunidade, seus desejos e expectativas, encontra uma resposta coerente, mesmo para os casos difíceis. Ressalte-se que esta resposta nem sempre se dará com base

em regras, mas também em princípios, e será dada por um super juiz, chamado Hércules. Kelsen (2007) identifica o direito com a norma que estabelece uma conduta a ser seguida, pois ao contrário, ocorrerá a aplicação de uma sanção, independente de seu conteúdo, sendo que as normas são dispostas hierarquicamente; uma é pressuposto de validade da outra, as quais coexistem formando um sistema. Lumann (1983) entende o direito ligado a sua função, sendo uma generalização de expectativas fácticas orientadas na busca de uma estabilização social através da garantia das expectativas normativas ou contrafactuais; Holmes (apud, Valle, 2009) afirma que todo direito é criado pelos tribunais; para Hart (apud, Valle, 2009) a criação do direito está circunscrita à penumbra que envolve o núcleo de certeza das proposições jurídicas em geral.

Parece-me então, que o ativismo deriva do sentido subjetivo das normas. E também vai acontecer quando o judiciário atua na omissão do legislador, em defesa das minorias, em defesa de direitos e valores que não estão na lei. Suprir uma omissão legislativa não é ser contra a democracia, ao revés é concretizá-la.

Decisões que inovem o direito, que vão além do texto literal da lei, deverão ser motivadas e a jurisdição constitucional deve ter o cuidado de preservar as regras do jogo democrático, garantindo direitos de minorias insulares para garantir o Estado democrático, sob pena de se instalar uma ditadura das minorias, ou o chamado governo dos juízes. Não há dúvida de que ativismo e jurisdição constitucional se relacionam, especialmente quando a Constituição abriga valores como é o caso brasileiro. Esta preocupação parece não afetar os norte americanos, uma vez que a democracia ali, é da essência da constituição de seu Estado.

Segundo Valle (2009), nos Estados Unidos da América, o termo ativismo não foi uma construção jurídica ou acadêmica, mas criação de um jornalista ao publicar um artigo sob o título: "*The supreme Court. 1947*", no qual classificava os magistrados em ativistas, autolimitados e de centro, segundo o perfil mais liberal ou conservador de cada um. Naquele país o ativismo apresenta-se sob três sentidos: surge especialmente nos julgamentos dos chamados casos difíceis, quando o judiciário ao decidir repudia ato do poder legislativo; ou quando se afasta dos precedentes judiciais; ou ainda no terceiro sentido, quando a corte ultrapassa os limites dados pelo texto normativo. Mesmo diante da imprecisão conceitual e falta de parâmetros claros, o ativismo tem encontrado expressivo desenvolvimento na corte norte-americana tendo, inclusive, apresentado aspecto conservador.

Na Alemanha a corte tem atuado de forma admonitória, advertindo o legislador das suas deficiências, omissões e contradições. A corte busca caminhos para concretizar o texto constitucional no mundo da vida, através da construção de um diálogo institucional evitando problemas que afetem o equilíbrio e harmonia entre os poderes e maior garantia do resultado de suas próprias decisões (KOMMERS, 1997).

Segundo Guarnieri (2003), desde a criação da Corte Constitucional na Itália, e sua polarização com a Corte de Cassação no conflito pela atribuição de fixar a interpretação da lei, antes monopólio desta, e ainda com o imperativo da superação de uma legislação passada incompatível com o texto constitucional e que o legislativo não se animava a reformar, foi determinante a atuação mais ativista da Corte, que se vale das chamadas sentenças interpretativas e aditivas, além da modulação de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e as chamadas sentenças de própria pronúncia, que objetivam alcançar uma maior igualdade material.

Bredley Cânon (1983) fixa cinco critérios que determinam se uma decisão será ativista: Primeiramente, deve-se considerar ativista uma decisão que apresenta um alto grau de superação das decisões tomadas pelo legislativo e executivo. Estas decisões serão tomadas na defesa dos direitos fundamentais, mesmo assim, podem causar uma tensão entre democracia e jurisdição constitucional. No segundo critério, o autor americano cita a ruptura com a jurisprudência anterior, em outras palavras, ruptura com a estabilidade interpretativa. Repare que toda mudança paradigmática deve ser fundamentada com clareza sob pena de se tornar obscura e acusada de ilegitimidade. Como terceiro critério, aponta a fidelidade interpretativa, ou seja, a nova interpretação foge ao sentido comum das palavras. Não está de acordo com o consenso anterior. Como quarto critério, a decisão ativista interferirá no jogo democrático, se apenas garante direitos de minorias insulares, a decisão não seria ativista. O quinto e último critério estabelecido é que a decisão ativista é aquela que inova o direito, criando direito antes inexistente. As decisões objeto deste estudo parecem ativistas segundo os critérios estabelecidos pelo autor. Sob este cotejo, talvez possamos até chamar a todas as decisões judiciais que garantam a efetividade dos direitos sociais de ativistas.

Por outro lado, para Saul Leal (2010), se o magistrado assegura direitos constitucionais, a decisão não é ativista; apenas faz cumprir a Constituição.

Para o professor Elival Ramos (2010), o ativismo ocorre quando acontece um desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, fatalmente contribuindo para o enfraquecimento democrático²⁷.

No Brasil o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado sua posição no sentido de contribuir para garantir direitos constitucionais, como no voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF:

...É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional (ADI 1.351/DF).

Esta postura representa uma corajosa ruptura de paradigma dentro da Corte brasileira, razão por que as decisões ativistas têm sido robustamente fundamentadas. Frise-se que em todas elas o Supremo foi provocado a se manifestar e não poderia deixar de prestar a tutela jurisdicional.

Parece-me que o termo ativismo tem sido empregado para rotular diferentes realidades e tem sido manejado desenfreadamente por distintas ideologias. Por esta razão para se conceber uma decisão como ativista é necessário previamente saber a qual conceito de direito vincula-se. Para os positivistas, qualquer decisão que fugir da moldura normativa será ativista. Para os seguidores de Dworkin e Lunhuman, somente será ativista a decisão que sinalizar na contramão do ordenamento jurídico vigente. Em outras palavras, aquela que for contrária à concretização da sociedade pretendida pelo texto constitucional.

Para contribuir com a concretização do modelo de Estado instituído pela Constituição, esta postura ativista deve obedecer a parâmetros e limites constitucionais. Para Garapon (2001), o ativismo evidencia-se quando o juiz ao decidir, faz escolhas fundamentadas na sua vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la. Seja progressivo ou retrógrado, a questão é crucial sob o aspecto do princípio da separação dos poderes, que é um dos pilares de sustentação do moderno Estado Constitucional e Democrático de Direito, instituído no Brasil pela Constituição de 1988.

²⁷ Para a autora deste trabalho, as decisões proferidas nos Mis 670, 708 e 712 apenas deram condições de concretização de um direito fundamental já previsto no texto constitucional.

2.3 - CARACTERÍSTICAS, LIMITES E LEGITIMIDADE DO ATIVISMO

O mundo moderno ainda não conseguiu uma forma mais eficaz de se evitar as ditaduras do que a divisão do poder Estatal. O poder é uno, porém deve ser dividido entre diferentes titulares, para se evitar abusos ditatoriais e aprimorar o Estado de Direito.

Segundo Branco (2009), as duas medidas utilizadas com o objetivo de conter o arbítrio e impor a moderação ao governante são a separação dos poderes e a proclamação dos direitos fundamentais. Ressalta, porém, que a separação dos poderes, conforme inicialmente concebida, servia para constringer o poder de julgar a uma posição de menor tomo.

A Revolução Gloriosa marcou o início da supremacia do Parlamento em contrapeso à Coroa. Foi reafirmada a titularidade do rei no Executivo, mas o Bill of Rights limitou-lhe os poderes. Esta arquitetura foi refinada por Montesquieu.

Montesquieu defendia a Monarquia, mas embebida em princípios liberais, especialmente na separação dos poderes, como o mais eficaz instrumento contra o despotismo absolutista. O homem que possui poder é tentado a abusar dele, por esta razão é necessário que um poder freie o outro poder. Montesquieu identifica três poderes no Estado: o executivo, o legislativo e o poder de julgar. Sendo que o executivo ficaria a cargo do rei; o legislativo dividido entre a Câmara alta e a Câmara baixa, um neutralizaria o outro. Estes seriam efetivamente os três poderes, pois o poder de julgar não seria, na concepção de Montesquieu, um poder independente, pois se neutralizaria a si mesmo, uma vez que transitório e vinculado à lei, não podendo moderar nem a força e nem o rigor da lei (MONTESQUIEU, 1979).

...se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fosse uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos (MONTESQUIEU, 1979, p. 120).

A preocupação fundamental em Montesquieu é a segurança jurídica, a clareza dos compromissos assumidos, questão essencial para a vida em sociedade e, principalmente evitar o absolutismo do soberano.

O arranjo de poderes constante do Capítulo VI do Livro XI de O espírito das leis deve ser compreendido no seu respectivo contexto histórico. Isso porque ele cumpriu um propósito específico: prevenir

o absolutismo, que fora derrotado nas revoluções liberais (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 65).

Rousseau (1981) relata que Roma em todo seu esplendor, foi vítima de crimes e tirania em razão de ter reunido nas mesmas pessoas a autoridade legislativa e o poder soberano.

Entre os constitucionalistas brasileiros, destaco o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1988) que entende inegável a necessidade de separação dos poderes estatais de forma absoluta:

A justicialidade pressupõe a separação absoluta entre quem diz o direito e quem o edita ou executa. Ou, pelo menos, se o ideal é inatingível, a maior separação ou especialização possível entre jurisdição, legislação e administração. Assim, é inegável existir um vínculo entre a fórmula clássica que é a separação de poderes e o Estado de Direito (FERREIRA FILHO, 1988, p. 33).

Nestes primeiros anos do século XXI, esta continua sendo uma preocupação dos Estados Constitucionais. Limitar o poder para evitar abusos. Um poder depende do outro, perpassam-se. Ademais, o poder estatal é único; porém, deve estar dividido para garantir que será exercido na defesa do povo, seu titular originário, legítimo e soberano.

Sustenta Bruce Ackerman (2009) que o modelo de Estado presidencialista facilita a concentração de poder nas mãos do chefe do executivo, facilitando o surgimento de ditaduras, o que é mais difícil no sistema parlamentar. Pois, no sistema parlamentar, o chefe do governo está atrelado à maioria parlamentar, gozando de menor poder individual que o presidente, modelo que predomina no continente americano, sob a influência dos Estados Unidos da América. Acontecimentos recentes em vários países da América Latina parecem confirmar esta tese; presidentes têm consolidado longa permanência no poder, legitimados por instrumentos democráticos.

Tradicionalmente, ao presidente, ou primeiro ministro, chefe do poder executivo, cabe executar a lei e movimentar a máquina administrativa do Estado; ao judiciário cabe julgar os conflitos surgidos, fazendo cumprir a lei; e ao legislativo cabe elaborar a lei. Garapon (2001) demonstra que em muitos países já não é o parlamento quem elabora a lei, mas especialistas tecnocratas, que não representam a vontade geral do povo soberano. Este fato certamente contribui para a ineficácia dos textos legais, que são elaborados mediante o jogo político de coalizões e

alianças que se afastam da vontade geral. A lei se torna um produto inacabado e necessita da atuação do juiz para aproximá-la da realidade do povo.

Outro motivo que enfraquece a lei de um Estado é a relevância que se tem dado, em um contexto mundial, às fontes supranacionais do direito. O Direito Comunitário na União Européia, as Convenções e Tratados Internacionais, especialmente os Tratados de Direitos Humanos, a *Lex Exportiva*, a *Lex Mercatoris*, enunciam princípios que norteiam a aplicação do direito aos casos concretos de forma supranacional, não podendo mais o juiz decidir os casos concretos a ele submetidos isolado do contexto jurídico global.

No Brasil, o princípio da separação dos poderes tem *status* de *cláusula pétrea*, imune a emendas, reformas ou revisões. Apesar deste sentido inicial forte, modernamente esse velho dogma da sabedoria política tem sofrido flexibilização diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação do executivo através de Medidas Provisórias, bem como da atuação ativista dos tribunais. (MENDES, et al, 2008).

Os poderes legislativo, executivo e judiciário exercem controle, um sobre o outro, na defesa da democracia e dos direitos fundamentais, em obediência à Constituição. E o judiciário é o defensor da Constituição. Fato que acaba levando grande número de conflitos e questões de interesse eminentemente político, ao Judiciário, uma vez que ao Supremo Tribunal cabe o exercício do controle de constitucionalidade. Especialmente em razão do modelo adotado pelo Brasil, que contempla os controles concreto e abstrato de constitucionalidade. “Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um Tribunal. Nem muito menos legitima a arrogância judicial” (BARROSO, 2009, p. 15).

Parece-me que a judicialização de questões políticas e sobretudo as decisões de perfil aditivo do Tribunal (aquelas em que o Tribunal vai além do texto legal), devem se limitar a dar cumprimento às promessas feitas pelo legislador originário de 1988, contribuindo para a garantia dos direitos positivados na Lei Maior e a construção do modelo de Estado instituído pelo Constituinte originário. Sob pena de um Tribunal com super poder, o que pode ser um risco para o Estado Democrático. Frise-se aqui, Bradley Cânon (1983), que ensina que as decisões ativistas devem ser livres de componentes ideológicos e sem qualquer interesse político partidário, mas firmes na defesa da concretização dos direitos constitucionais.

Ademais, no Estado Democrático Constitucional, o poder emana do povo, que escolhe seus representantes e vota as leis que julga necessárias para garantir a ordem e o progresso da sociedade. Estabelecem uma constituição que será a lei maior, que organiza o Estado, escolhe os direitos fundamentais a serem garantidos e norteia a elaboração das outras leis. É o império da Lei. Império este definido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁸. Neste modelo o juiz será mero aplicador da lei, sem qualquer poder criativo, como nos ensina Mônica Sifuentes (2005), será mero burocrata.

A função do juiz, nesse modelo, é praticamente a de um burocrata, administrador da justiça definida por outro intérprete, mera “voz ou boca” do direito feito pelo legislador, na imagem monstesquiiana e ao típico estilo napoleônico. Dessa imagem sairá o paradigma europeu-continental do juiz-burocrata, ou profissional (SIFUENTES, 2005, p. 42/43).

Vale ressaltar que na França a chave das instituições judiciárias estão nas mãos dos políticos, em razão de não ser o judiciário um poder distinto, mas sim mera autoridade. Desta forma, a atuação do juiz se limita à mera aplicação da lei aos casos concretos. Limitando suas decisões ao que a lei estabelece, sem quaisquer influências principiológicas ou juízos valorativos. Esta obediência à lei é o resultado da aplicação do princípio norteador de supremacia do poder do povo, representados por seus eleitos, em outras palavras, é a vontade da maioria que deve prevalecer sobre a vontade da minoria representada pelo cidadão que busca a tutela jurisdicional.

Mesmo na França, o papel do juiz tem sofrido grandes mudanças. Garapon (2001) relata que o juiz tem sido cada vez mais procurado para resolver questões sociais e políticas, para se manifestar em inúmeros setores da vida social, atuando como árbitro, jurista, conciliador e pacificador das relações sociais. Esta demanda por justiça parece ser universal; em todo o mundo os cidadãos têm procurado no juiz um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar a complexidade gerada por elas mesmas.

Quanto mais a democracia - sob sua dupla forma de organização política e social – se emancipa, mais ela procura na justiça uma espécie de salvaguarda, o que traduz a profunda unidade no fenômeno do aumento de poder da justiça. A salvaguarda – tal como a informática – é vinculada à fragilidade e à memória. O destino das sociedades é esquecer suas tradições, refutar suas heranças para

²⁸ Art 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Tudo aquilo que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena.”

reinventar seu destino, mas poder-se-ia viver sem memória? O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiam à justiça a guarda de seus juramentos (GARAPON, 2001, p. 27).

A atuação do juiz é decisiva para a manutenção dos valores escolhidos pelo povo para guiar a vida social, na garantia de que não pereçam quando vierem as gerações futuras. No estado de direito, o direito limita a democracia para poder preservá-la.

Um Estado Constitucional é aquele que se rege por um texto maior, dotado de respeito pelos seus súditos, que nutrem por este Estado um sentimento de pertença que legitima suas ações. Nem sempre o Estado Constitucional foi um Estado Democrático; nem sempre o Estado Constitucional de Direito foi um Estado onde o direito fosse comum a todos os seus cidadãos. Hitler fundamentava suas ações discriminatórias no Estado de Direito Constitucional Alemão.

Michel Rosenfeld (2009, p. 189) ressalta que: “Em essência, o Estado de Direito requer que todas as relações e conflitos interpessoais dentro do Estado sejam sujeitos a regras e padrões regulares, aplicáveis de modo geral, e que nenhuma pessoa, nem mesmo o chefe do Estado, esteja acima deles.”

Em um Estado de Direito, a lei deve ser a mesma para todos. Independente de suas características pessoais, fortuna, poder, raça ou sua fé.

Repare que a humanidade tem trilhado longos caminhos em busca de um modelo de Estado que permita uma maior harmonia entre as pessoas. Estes caminhos têm sido marcados por longos períodos de exploração dos fracos pelos fortes; revoluções sangrentas são levadas a efeito em nome da liberdade e igualdade. Certo é que o indivíduo abriu mão de sua autonomia através de sua submissão ao Estado, por reconhecer que no estado de natureza, onde todos mandam em todos não há harmonia possível. John Locke (LOCKE, 2002) ensina que no estado de natureza qualquer homem pode castigar outro homem que tenha praticado ato contrário à boa convivência. De onde advém a idéia de que o governo civil é o melhor remédio para os inconvenientes de cada homem ser juiz em causa própria. Mas que tipo de governo pode ser legítimo? Qual modelo de governo é ideal para tomar sobre si o poder de comandar todo um povo? Qual a legitimidade deste soberano de tolher a liberdade de seus súditos? Rosseau (1981) ao dar uma solução para esta problemática, em seu genial contrato social, ensina que esta

submissão do povo ao soberano, será legitimada por uma espécie de convenção; na qual o povo se associa e cada associado abre mão igualmente de parte de sua liberdade em prol do bem de todos; escolhem uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum as pessoas e seus bens. Apesar de terem individualmente vontades distintas, em nome de um bem maior, estabelecem uma vontade geral que é materializada através das leis elaboradas por seus representantes e norteiam toda a vida em sociedade. “Há apenas uma lei que, pela sua natureza, exige o consenso unânime. É o pacto social, porque a associação civil é o acto mais voluntário do mundo” (ROSSEAU, 1981, p. 105).

No Estado de Direito, o soberano se submete ao Direito por ele mesmo criado. E este direito tem como fonte principal o texto constitucional. Ensina Canotilho (1997) que a Constituição se refere à organização da comunidade política que escolhe e define parâmetros de existência de um determinado modelo de Estado. Criando o Estado Constitucional. Para os constitucionalistas modernos não se concebe um Estado Constitucional que não tenha em sua base a democracia e o direito. Em outras palavras, o direito deve ser escolhido pelo povo de forma transparente e livre, para depois tornar-se lei, e abranger a todos: governo e cidadãos.

O americano Ronald Dworkin concebe o sistema jurídico como um modelo complexo, formado por regras, princípios e políticas, cabe aos juristas operar com regras e princípios e deixar a política a cargo dos parlamentares; uma vez que os fundamentos políticos devem ser utilizados apenas por cidadãos eleitos como representantes do povo, pois somente estes possuem legitimidade democrática. Ou seja,

...as decisões políticas, segundo esse argumento, devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo, que possam ser substituídos periodicamente da mesma maneira ... Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular. Esse é o conhecido argumento da democracia (Dworkin, 2005, pg. 17).

A escolha dos direitos a serem inseridos no texto constitucional é feita pelo povo, através de seus representantes eleitos²⁹; são os chamados legisladores originários que atuam em nome do povo; este sim, o legítimo titular do poder soberano de escolher como pretende viver e a que normas de comportamento aceita submeter-se. Somente será legítimo o Estado onde os súditos são transformados em cidadãos e participam livremente das escolhas políticas. “É preciso perquirir se o itinerário seguido pelo Estado, e a forma jurídica por ele empreendida, resultaram em um processo político de inclusão e reconhecimento que logrou transformar súditos em cidadãos” (MOREIRA, 2007, p. xiii).

Os cidadãos, ao elegerem livremente seus representantes, outorgam-lhes poderes de promulgarem a Constituição e a ela se submetem.

Assim, o poder soberano dos sujeitos de direito é obra da liberdade e da igualdade. Sendo criação de todos os cidadãos, torna também universal a obrigatoriedade jurídica (isonomia). Uma obrigatoriedade, prescritiva e a posteriori, que por meio dos sujeitos de direito institucionaliza a liberdade e a igualdade em sociedades complexas e que têm no Direito o *medium* ao mesmo tempo normativo e democrático (MOREIRA, 2007, 36).

Assim, a Constituição deve ser obedecida por todos, pois representa a vontade da maioria do povo, legítimo titular do poder originário. Larry D. Kramer (2009) chega a defender que inclusive o significado, interpretação e controle da constitucionalidade seja realizado pelo povo, é o que ele chama de “Constitucionalismo popular”.

Assim, o constitucionalismo popular pauta-se em e depende de uma cultura política na qual autoridades públicas, líderes comunitários e cidadãos comuns acreditam na distinção entre lei e política, compartilham um conjunto de convenções sobre como argumentar dentro de cada domínio e levam a sério a diferença de papéis que isso produz. Em um sistema de constitucionalismo popular os participantes respondem a diferentes argumentos em cada cenário e tratam questões de interpretação constitucional como problemas “jurídicos” que podem ser resolvidos apenas pelo recurso à “lei”, assim como entendida pelas normas interpretativas, tais como teoria, história e precedente” (KRAMER, 2009, p. 89).

No Brasil, o legislador constituinte de 1988 não fez menção ao constitucionalismo popular. Ao revés, parece até mesmo ter desconfiado dos

²⁹ Segundo Chauí (2007), a política brasileira, ainda padece de males como o paternalismo, populismo, clientelismo e troca de favores, pois não conseguiu maturidade suficiente para se desvincular da origem de sacração do governante, que considerava o governo como representante de Deus e não do povo.

legisladores futuros. Quis blindar o texto constitucional contra possíveis reformas que poderiam propiciar novas ditaduras; dotou o texto de instrumentos de reserva, as chamadas cláusulas pétreas; atribuiu a tarefa de interpretar a constituição e principalmente de controlar a constitucionalidade das normas futuras ao poder judiciário. Esta tarefa não foi deixada ao povo e sequer ao parlamento; também não foi criado um Tribunal Constitucional, como queriam os comunitaristas³⁰; venceram os liberais, mantendo o Supremo Tribunal Federal e atribuindo-lhe a missão de exercer o controle da constitucionalidade.

Apesar de não se ter sido criado um autêntico Tribunal Constitucional, o Supremo brasileiro revela nítida influência dos direitos Português, Italiano e Espanhol que por sua vez são influenciados pelo direito Alemão, onde o Tribunal Constitucional representa, nas palavras de Ingeborg Maus (2010) o superego da sociedade, que reconhece um direito suprapositivo que vincula a todos, ao legislador constitucional inclusive; e com poder para aferir todo o direito posto. “O Tribunal Constitucional alemão reconhece a existência de um direito suprapositivo que também vincula o legislador constitucional e tem competência para aferir por ele o direito posto (INGEBORG MAUS, 2010, p. 25)”.

O Controle de Constitucionalidade somente tem sentido em um Estado onde se presume a supremacia do texto Constitucional e que dispõe em seu texto de mecanismos de garantia para anulação dos atos inconstitucionais.

Repare que o Estado Brasileiro instituído em 1988 adotou o sistema de controle misto. Porém, deu maior ênfase ao controle concentrado ou abstrato, permitindo que todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo

³⁰ O processo de elaboração do texto constitucional de 1988 foi pautado por muitas discussões políticas que envolviam interesses diversos e muito difíceis de serem conciliados. Segundo a professora Júlia Ximenes (2010), havia dois grandes grupos de atores principais atuando no processo de elaboração do texto da futura Constituição: os liberais e os comunitaristas. Estes últimos defendem a importância das entidades sociais e uma configuração de valores compartilhados por uma comunidade política, com maior participação do cidadão no debate democrático e nas questões políticas com primazia das identidades sociais, eram representados por Charles Taylor (2000) e Michael Walzer (1990, 2003). Por outro lado; os liberais fundamentados na discussão feita por John Rawls (1997) interpretam o pluralismo a partir do indivíduo, com primazia das liberdades individuais. As discussões dificilmente chegavam a um consenso, sendo que o texto constitucional é o resultado de acordos e concessões de ambos os lados na tentativa de garantir seus interesses. Os comunitaristas conseguiram marcar a constituição de 1988 em vários aspectos, como na ampliação dos entes que podem solicitar a ADI, tornando o STF mais aberto às demandas sociais. Todavia, mesmo estes entes comunitários não têm demonstrado maturidade suficiente para consolidar e representar os interesses comunitários e o próprio STF, ao exercer o controle de constitucionalidade adotou uma postura inicialmente de contenção, mas que vem pouco a pouco se tornando mais ousada com as chamadas decisões de perfil aditivo.

Tribunal Federal. Sob a influência do mundo europeu do pós-guerra, tem pautado seu cenário jurídico pela presença do movimento chamado neoconstitucionalismo³¹. Este movimento se caracteriza pela efetiva proteção às normas constitucionais e prestígio máximo aos direitos fundamentais inseridos na Constituição (BRANCO, 2009).

Desta forma, cabe aos Tribunais o papel de garantir que estes direitos sejam materializados e não se tornem meros símbolos transcritos na norma Constitucional. O juiz, ao decidir um caso concreto, passa a exercer função de intérprete do texto, na tarefa de extrair sua essência e fazer justiça ao jurisdicionado.

Em um Estado Constitucional Democrático de Direito o controle jurisdicional de Constitucionalidade é apenas uma medida para dar coerência e unidade ao sistema jurídico. Não prescinde do parlamento, local adequado para o debate e deliberações na busca de consenso.

Somente na democracia é que a legitimidade se organiza de modo que os poderes se submetam à orientação que decorre das urnas. Foi assim que no segundo livro, obedecendo à lógica que é a democracia que converte o arbítrio estatal em poder, foi levantado o problema dos limites do controle de constitucionalidade, de modo que ficasse claro que tal controle é apenas uma medida apta a institucionalizar a coerência entre os atos estatais e a constituição e não um instrumento com o qual se valida a submissão da Política a um governo dos juízes, despótico por definição (BIGONHA e MOREIRA, 2010,p. 1).

Ao dar coerência ao sistema, o Controle Jurisdicional de Constitucionalidade pauta-se por decisões fundamentadas e fincadas no texto constitucional e na defesa dos direitos fundamentais. Sua legitimidade depende de seus limites, para se evitar um Estado Judicial de Direitos.

Para Bigonha e Moreira (2009), o risco de um Estado Judicial de Direitos no Brasil é iminente, a semelhança do “governo dos juízes”³², uma vez que houve uma apropriação pelos juristas, da carta política de 1988, quando a democracia, a política e o parlamento foram progressivamente mitigados e em seu lugar houve a

³¹ Sob esse título autores de diversos matizes ideológicos vêem no modelo constitucional europeu do pós-guerra um paradigma singular na História, marcado pela materialização das constituições, expressa por normas constitucionais densas de conteúdos significativos, proclamando direitos individuais substantivos, e não apenas cuidando de regular aspectos de procedimento do poder. O momento “neoconstitucionalista” também é tido como peculiar pela efetiva proteção das normas constitucionais por meio de uma judicatura independente dos órgãos legiferantes (BRANCO, 2009, pg. 130-131).

³² O chamado governo dos juízes existiu nos EUA por volta dos anos de 1937, foi protagonizado por uma Suprema Corte que se opõe às novas políticas sociais e econômicas tomadas pelo Executivo e pelo Legislativo federais (OLIVEIRA, 1998).

construção de uma teoria que, a pretexto de proteger os direitos fundamentais, os substituiu pela supremacia judicial, operada pelo controle de constitucionalidade e pela mutação constitucional. Neste quadro, segundo Bigonha e Moreira (2009), o parlamento caminha para ser tido como desnecessário. Apesar de legítimo, uma vez que é a vontade expressa através do mandato que lhe é conferido pelos cidadãos que o institui. Os autores chegam a afirmar que a técnica está a substituir a democracia e o controle de constitucionalidade a substituir o voto.

Essa é uma das grandes armadilhas da modernidade, pois ao obstruir o Poder Legislativo, a Teoria do Poder Constituinte faz com que a Política seja interdita, de modo que fica aberto o caminho para que técnica submetam a democracia, para que o controle de constitucionalidade substitua o voto, para que os tribunais sejam protagonistas e submetam os demais poderes (BIGONHA, MOREIRA, 2009, p. 4).

Frise-se que o Brasil, apesar das desigualdades na distribuição de renda, tem caminhado a passos largos na consolidação da democracia e, até aqui, o STF não tem dado sinais de propiciar a criação de um Estado judicial; ao revés, tem sempre demonstrado profundo respeito pelas instituições democráticas³³.

Michel Rosenfeld (2009) faz uma reflexão sobre os paradoxos da Jurisdição Constitucional nos Estados Unidos e na Europa. E observa que nos Estados Unidos a atividade dos Tribunais é mais atacada, em razão da maior liberdade dos juízes e da tradição do precedente. Enquanto na Europa o magistrado de tradição no direito civil tende a circunscrever o âmbito de aplicação da interpretação judicial de forma muito mais estreita. Sua legitimidade depende de sua conformação com o Estado democrático de direito³⁴. Lembra o autor que, em uma democracia, a lei parlamentar é majoritária e sua invalidação por um pequeno grupo de juízes não eleitos e nem responsáveis perante o eleitorado é ilegítima por que contramajoritária, sua única chance de alcançar legitimidade é a formação de um consenso quanto aos valores fundamentais de cada povo. Vilhena (1999) traz ensinamentos de Rawls (1977) para o paradoxo entre jurisdição constitucional e democracia e parece encontrar um ponto de equilíbrio nesta zona cinzenta de conflito entre os poderes legislativo e judiciário.

³³ Este respeito é comprovado pela análise realizada no conteúdo dos votos objeto deste estudo, e que compõe o capítulo três.

³⁴ A política pressupõe fazer escolhas livres. Parece-me, contudo, que em um Estado democrático de direito, as escolhas feitas pelos magistrados somente serão legítimas se fundamentadas em direitos previamente escolhidos pela sociedade, diretamente ou por seus representantes.

Os tribunais são efetivamente antimajoritários em relação ao legislador, mas a autoridade superior do povo, cristalizada na Constituição, autoriza essa intervenção. Ao aceitar a visão dualista da política Rawls não coloca a Corte como sendo a guardiã última da Constituição, pois o seu papel de intérprete definitivo da constituição limita-se à ação do Legislativo. É que no governo constitucional não são o Legislativo, o Executivo e muito menos o Judiciário que devem dar a última palavra, pois essa pertence ao povo (VILHENA, 1999, p. 211).

Neste sentido, o Tribunal não seria contramajoritário e o controle jurisdicional de constitucionalidade não ilegítimo. Em outras palavras, o limite constitucional delinea a legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade. O judiciário pode ser um defensor ativo dos direitos constitucionais, colaborando com a construção de um Estado Democrático e Social de Direito, onde sejam assegurados os direitos sociais e individuais, para todos os brasileiros.

O intérprete, ou seja, o magistrado deve ter clareza dos limites e parâmetros de sua atitude, para evitar que se sucumba ao encanto sedutor³⁵ do poder e contribua para a formação de um governo submisso ao judiciário, o chamado Estado judicial de direito ou governo de juízes. A história já demonstrou que governos minoritários e arbitrários, sempre cometeram excessos, que fatalmente culminam com o sofrimento do povo. O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade será legítimo somente na medida em que contribuir para proporcionar maior justiça e igualdade possível para todos.

O estado democrático de direito é uma organização política onde o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por representantes eleitos periodicamente, mediante sufrágio livre, universal, direto e secreto para governá-lo por períodos previamente definidos no texto constitucional. Este Estado deve assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em outras palavras, é um modelo de Estado que pretende incorporar características do Estado liberal e do Estado social, superando dialeticamente estes dois modelos, não os renegando mas sim incorporando aspectos de cada um. Dele derivam os princípios separação dos poderes, do pluralismo político, da isonomia, da legalidade e até mesmo da dignidade da pessoa humana (MENDES, et al, 2008).

³⁵ Vale ressaltar aqui o exemplo de Ulisses, que possuía clareza de onde queria chegar; e para ouvir, mas não se sucumbir ao canto sedutor das sereias, fez-se amarrar ao mastro do navio, tapou os ouvidos de seus marinheiros e pôde chegar ao seu destino (OST, 2005).

A Constituição brasileira de 1988 instituiu não apenas um Estado Democrático, mas um Estado Democrático de Direito. A existência harmoniosa destas duas concepções políticas não se dá sem ambiguidades; para Oscar Vilhena (1999) esta tem sido a principal meta do constitucionalismo moderno e contemporâneo. A tensão é constante entre os instrumentos democráticos e a necessidade de proteção dos direitos das minorias. E quanto maior for o número de princípios e direitos inseridos na Constituição, mais amplas serão as atribuições de um Tribunal Constitucional.

Para Eduardo Appio, “A legitimidade das decisões judiciais advém, portanto, da ampliação do debate democrático sobre o conteúdo dos princípios e valores constitucionais” (APPIO, 2008, pg. 21).

O rol de direitos e princípios constitucionais colocados a salvo das decisões majoritárias, permeia todo o texto constitucional. O que conduz a um Tribunal Constitucional muito atuante na vida dos cidadãos, e cujas decisões envolvem questões controversas, morais e valorativas, de grande repercussão política na sociedade.

O Brasil, com sua característica pluralista, adota características dos dois modelos de jurisdição constitucional:

O Brasil, ao contrário, aproximar-se-á do sistema inglês de controle da Administração e conferirá maiores poderes de injunção aos seus juízes, mantendo, no entanto, o mesmo paradigma do juiz burocrata ou funcionários, como os franceses (SIFUENTES, 2005, p. 56).

Assim, o judiciário brasileiro oscila entre uma postura procedimentalista³⁶ democrática e uma postura substancialista³⁷ em defesa dos direitos fundamentais, o que certamente conduz a questões intrincadas.

Werneck Vianna (1999) designa no eixo procedimentalista, J. Habermas e A. Garapon. Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que em nome da igualdade conduziria a uma perda de liberdade, ao

³⁶ Adeptos da postura procedimentalista: ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1997; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001 (LEAI, 2010).

³⁷ Adeptos da postura substancialista: RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press, 1999; RAWLS., John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977; DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law, the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999 (LEAL, 2010).

paternalismo estatal, à clericalização da burocracia e a uma justiça de salvação; enquanto que a função originária do Tribunal constitucional seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para uma formação de opinião e manifestação da vontade política, a partir da própria cidadania e não a de se arrogar o papel de legislador político. Não havendo lugar para ativismo judicial. Este, em Garapon somente se pratica sob um caráter social e se exerce estritamente no campo da sociabilidade. Sob este paradigma os problemas empíricos devem ser saneados fora do meio judiciário, através de políticas públicas destinadas a sua viabilização.

Por outra banda, Werneck Vianna (1999) designa como eixo substancialista M. Capelletti e R. Dworkin, para estes as novas relações entre direito e política, particularmente por meio da criação jurisprudencial do direito são inevitáveis e não estranhos à tradição democrática e, sim, são uma efetiva e necessária extensão dessa tradição a setores ainda pouco integrados à sua ordem e ao seu ideário.

Embora compatibilizar a vontade da maioria com os princípios constitucionais coloque em termos claros a oposição entre democracia e justiça, este conflito é meramente aparente. Appio (2008) citando Dworkin, conclui que a democracia constitucional é compatível com uma concepção substancial dos juízes acerca de valores morais que os autoriza a adotarem posições contra majoritárias. Na América Latina, onde a democracia surge de ditaduras e não conseguiu, ainda, dar condições educacionais e culturais a toda sua população para exercer com independência seu direito ao voto, é normal que o povo deposite no judiciário suas expectativas no que tange ao regime democrático e das garantias individuais, através de uma verdadeira divinização das concepções morais e filosóficas dos juízes constitucionais.

Segundo Saul Tourinho Leal (2010), sob uma postura procedimentalista, a jurisdição constitucional atua como instrumento e defesa do procedimento democrático, não podendo aplicar na solução de controvérsias que aprecia princípios de justiça. Sua função seria a de mera observadora do correto funcionamento do processo político. Ao revés, sob um cotejo substancialista, a jurisdição constitucional é instrumento de defesa dos direitos fundamentais.

O desafio é manter o diálogo entre os dois sistemas sem ameaçar os direitos das minorias e os valores democráticos. Tarefa que demanda maturidade do magistrado, que não ocupa cargo eletivo, e nitidez de sua postura de defensor de um Estado Constitucional Democrático de Direito. “A hipertrofia do Poder Judiciário

é, contudo, democraticamente tão indesejável quanto sua indolência” (APPIO, 2008, pg. 76).

Independente do tipo de Estado, o novo constitucionalismo, para contribuir com a formação de um Estado capaz de assegurar os enquadramentos políticos e institucionais para a prossecução do desenvolvimento sustentável e equitativo; deverá, segundo Canotilho (2006), somar-se aos princípios tradicionais do Estado: proteção, segurança e da confiança jurídicas; princípio da proporcionalidade e do acesso ao direito. Novos princípios, como: o princípio da transparência dos trabalhos das instituições, dos órgãos e dos mecanismos do estado; princípio da coerência entre as diferentes políticas e ações que um Estado promove no âmbito político, econômico, social, cultural, ambiental e internacional; princípio da abertura especialmente vocacionado para a busca de soluções múltiplas de governo; princípio da eficácia das ações políticas e finalmente, o princípio da democracia participativa. Estes novos princípios devem ser acrescentados, segundo o paradigma da geologia, formando uma nova camada no direito constitucional.

Certamente em um Estado norteado por todos estes princípios, o homem comum deixará de ser apenas súdito, para ser realmente um cidadão comprometido com o direito e com a democracia. Ademais, a tarefa de defender os direitos constitucionais não é tarefa apenas dos magistrados, mas de toda a sociedade brasileira.

Canotilho (1997) identifica os puros democratas e os puros constitucionalistas, mas ressalta que o constitucionalista pode ser democrata e o democrata pode ser constitucionalista. O constitucionalismo considera fundamental o processo democrático e a teoria democrática reconhece a importância dos direitos individuais garantidos na Constituição. A diferença está apenas na forma de proteger estes direitos e os bens constitucionais a eles inerentes.

Os democratas puros acreditam na primazia do autogoverno democrático e no processo político democrático como a forma de assegurar a proteção das liberdades e direitos das pessoas. Os constitucionalistas tomam o processo político como base das políticas públicas em relação aos direitos, mas o processo político não é suficiente para se avaliar a justeza dessas políticas. (CANOTILHO, 1997, p. 1388).

Assim, para os democratas protege-se os direitos, protegendo-se a democracia, para os constitucionalistas, protege-se a democracia, protegendo-se os direitos individuais. O estado democrático de direito tem o objetivo de atuar como um

estado dirigido pelos representantes da vontade geral, mas com garantia dos direitos das minorias; tarefa na qual tem relevante papel o magistrado. No Estado brasileiro não é diferente, busca-se garantir os direitos individuais, mas dentro dos limites estabelecidos pela vontade geral estabelecida no ordenamento jurídico nacional.

Quando os direitos não são protegidos a democracia é questionada. O povo se desencanta. Em outras palavras, a democracia somente faz sentido se os direitos fundamentais são garantidos a todos os brasileiros, com o menor número possível de excluídos. Esta é sem dúvida uma das principais promessas da Constituição de 1988 e o magistrado parece poder contribuir para sua concretização.

2.4 - O GUARDIÃO DAS PROMESSAS

No Estado constitucional de Direito, o soberano submete-se ao Direito por ele mesmo criado. O judiciário se torna uma garantia para o povo, notadamente para as minorias, que podem interpelar os seus governantes e intimá-los a cumprirem as promessas contidas na lei.

O direito deixa de ser instrumento de manutenção dos sistemas de dominação, adquire aspecto contestatório e de busca pela justiça. Neste modelo de Estado, o Juiz deixa de ser a boca da lei e passa a ser a boca do direito. A jurisdição passa a ser um modo normal de governo, onde a justiça deixa de ser negativa e punitiva, tornando-se positiva e construtiva (GARAPON, 2001). O juiz se torna um ator essencial para o cumprimento das promessas feitas pelo legislador originário, para as gerações futuras.

Chega-se a falar em um contra positivismo ou crise do positivismo jurídico. Parece não haver mais lugar para a mera subsunção mecânica no momento da aplicação dos textos normativos. Zagrebelsky (2007) destaca que o papel do juiz em um Estado constitucional é uma atuação especialíssima e difícilíssima, porque tem que fazer uma intermediação entre o Estado (como poder político-legislativo) e a sociedade (como sede dos casos que têm pretensões em nome dos princípios constitucionais).

Segundo Branco (2009), a supremacia da Constituição não se concilia com a ideia de supremacia parlamentar, o que explica o desinteresse inicial dos europeus

revolucionários, em estabelecer um mecanismo que resguardasse a ordem constitucional. A defesa da Constituição era entregue de forma retórica ao próprio povo. Num contexto de supremacia parlamentar era impensável um controle da constitucionalidade das leis pelos juízes. Estes se limitavam a julgar segundo o texto literal da lei, que expressava a vontade do povo e não poderia ser censurado.

Os problemas da proteção da Constituição, e o seu valor jurídico, ficaram em estado de latência até as crises do Estado liberal do final do século XIX e do primeiro quarto do século XX. Ocasão em que se constatou que o individualismo extremado era impotente para combater as crises sociais e ameaças de guerras. Neste contexto é que se desenvolve, o já mencionado, caloroso debate entre Hans Kelsen e Karl Schmitt, sobre quem deveria defender a Constituição.

A grande questão, pós Segunda Guerra, era evitar o autoritarismo e proteger os direitos fundamentais. Consolida-se, então, o novo Estado Constitucional. E a jurisdição Constitucional, nos moldes kelsenianos, alastra-se pela Europa e por todo o mundo ocidental. Parece que veio para ficar.

Tribunais constitucionais da Itália, Alemanha, França, Espanha e Portugal, demonstram que os instituidores da jurisdição constitucional conceberam-na como instância de avaliação jurídica e política da atividade legislativa, sem que essa opção resulte em politização da justiça e judicialização da política. Ressalta o professor Inocêncio Mártires Coelho (COELHO, 2002) que nesses países os membros das cortes constitucionais são indicados por diferentes segmentos políticos e desempenham suas funções por tempo determinado, o que objetivamente assegura uma saudável renovação dos juízes, acompanhando as mudanças sociais.

Atualmente o juiz tem sido chamado a responder a questões políticas e sociais, dentro de um contexto em que o cidadão brasileiro está desencantado com a democracia e com o não cumprimento dos seus direitos constitucionais. Como ocorreu com os servidores públicos civis, que aguardavam há quase vinte anos a regulamentação de um direito garantido na Constituição.

O juiz deste século XXI, não é como aquele juiz que emergiu da Revolução Francesa, não é um juiz desconectado das complexas questões sociais, não é mero aplicador de uma lei que expressa a vontade da maioria popular. O juiz que advém da Revolução Americana é um juiz ativo, fortalecido com o poder não só de examinar a constitucionalidade das leis, recusar a cumprir as leis contrárias à constituição, como também capaz de criar positivamente o direito, pela força dos

precedentes judiciais (SIFUENTES, 2005). Esta transformação é resultado da transformação da própria sociedade.

Com a postura ativista³⁸ o Judiciário brasileiro tem atendido às demandas sociais em questões nas quais não foram satisfeitos pelo legislador ordinário, em temas como a eliminação do nepotismo, regras eleitorais, questões de saúde, previdenciárias e peculiarmente o direito de greve dos servidores públicos civis, objeto deste trabalho.

O direito tem um compromisso com a realização das promessas feitas às gerações futuras, com a ética e com a justiça. É a Constituição que concretiza a passagem do político para o jurídico; os fatos da vida escolhidos como essenciais, sofrem a incisão da juridicidade e se tornam parte de um ordenamento jurídico, que deve garantir a segurança e o bem-estar social de todos.

Deve ficar claro que o direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. A decisão judicial, mesmo que ativista, não possui discricionariedade plena, deve obedecer aos critérios de motivação, mediante o emprego de argumentação racional, persuasiva, independente de ideais populistas e sempre no sentido de conservar e promover os direitos fundamentais. Os riscos da judicialização e do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do judiciário para decidir determinadas matérias. Ademais, o juiz é preparado para atuar em casos individuais e concretos, pratica a micro justiça, a macro justiça é tarefa para o legislador (BARROSO, 2009).

Ao praticar a micro justiça, o juiz tenta concretizar as promessas feitas na Constituição, mesmo que sua decisão não atinja o fim geral desejado, mas no caso concreto a promessa se realiza. Particularmente nos chamados casos difíceis, nos quais o intérprete se vê diante de direitos individuais em contraposição com direitos coletivos, como no caso da saúde.

Nos Estados Unidos, Dworkin (2005) faz uma reflexão sobre a difícil decisão de quanto gastar com saúde no seu país. A questão é ainda mais complexa quando se trata de gastar elevadíssimas quantias com apenas uma pessoa em detrimento de toda uma população. O juiz geralmente aplica o princípio do resgate, praticando a micro justiça no caso concreto, pois trata-se de salvar a vida do cidadão que pleiteia um direito à saúde perante o judiciário. Afirma que as pessoas e os governos devem

³⁸ O termo ativismo judicial está empregado no sentido utilizado pelo discurso acadêmico e jurídico atual, ou seja, decisões não fundamentadas apenas no texto literal das leis.

se conscientizar das dificuldades da aplicação deste princípio e chegarem ao princípio do seguro prudente, fazendo seguros de saúde e tomando medidas preventivas, o que certamente incentiva a responsabilidade individual em prol da comunidade.

Elival Ramos (2010) considera que mesmo praticando a micro justiça, o ativismo não se justifica. Independente de seu resultado o ativismo é sempre um mal, que pode atingir a democracia, um dos pilares essenciais do atual Estado brasileiro.

Com a postura ativista da corte brasileira, já ficou demonstrada sua preocupação em viabilizar o cumprimento das promessas constitucionais, como ocorreu nos MIs – 607, 708 e 712, em que os ministros abandonaram a antiga postura defensiva para em defesa da concretização de direito fundamental, adotar nova postura positiva, que será objeto de análise do capítulo três deste trabalho.

O supremo é desta forma, um ator de papel fundamental na concretização dos direitos sociais. Desde que sua atitude esteja fincada na norma Constitucional e comprometida com o tipo de sociedade que se pretende construir. Uma vez que uma postura ativista nem sempre é progressista, como no caso Dred Scott v Sandford, nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte Americana, em uma decisão ativista, serviu aos interesses conservadores de uma elite escravocrata³⁹.

Para que o ativismo contribua com a realização dos direitos fundamentais é essencial que o magistrado saiba com clareza e independência que tipo de Estado o legislador constituinte originário instituiu para o seu povo.

Se é um Estado democrático e social é preciso que todas as decisões e atitudes sejam fundamentadas dentro dos limites traçados pela Constituição. Se é um Estado de direito, é preciso que os direitos constitucionais sejam materializados. É necessário que os aplicadores da lei, não caiam na tentação perigosa do arbítrio,

³⁹ Este caso foi decidido pela Suprema corte Americana em 1857, teve como objeto o reconhecimento do direito à liberdade de Dred Scott. A Suprema Corte adotou postura ativista para negar direitos. É uma mancha na Corte, particularmente porque foi uma das causas da sangrenta guerra civil que dividiu aquele país. Scott era escravo africano em Missouri, acompanhando o casal Dr. John Emerson e sua mulher Irene Marie Sandford, viveu em Estados americanos onde não havia escravidão. Após a morte de John Emerson, ajuizou em 1846, uma ação objetivando o reconhecimento de sua liberdade de Irene, sob o fundamento de que havia residido em Illinois e Wisconsin, onde a escravidão era proibida, não podendo voltar a ser escravo no Estado de Missouri. Em 1850, o júri acolheu a tese de Scott. Irene interpôs recurso perante a Corte Suprema de Missouri, que reformou a decisão. Scott recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos. Esta, pelo ministro Taney, invocou o artigo II, seção 2, cláusula 1 da Constituição dos EUA que dispunha acerca da competência da Corte para julgar casos cujos cidadãos residissem em diferentes Estados. Assim, Scott não obteve seu direito à liberdade.

que não se sucumbam a quaisquer interesses por mais encantadores que possam parecer.

Segundo Zagrebelsky (2007), os juízes deste século não são os senhores do direito, da mesma forma que o legislador do século passado também não era; ambos são os responsáveis pela garantia necessária da coexistência entre lei, direito e justiça. Em um Estado constitucional não existe compatibilidade com a expressão senhor do direito; mas sim, este deve ser o objeto de cuidado e responsabilidade de todos.

Toda a interpretação constitucional deve conduzir para a concretização da sociedade prometida às futuras gerações e que foi transcrita no texto constitucional pelo legislador, legítimo representante da vontade geral do povo. Traz-se aqui o preâmbulo⁴⁰ da Constituição de 1988, que independente da discussão se este seria norma ou não; parece claro que nele, o constituinte revela o tipo de Estado que pretende instituir.

Não há dúvida de que para se realizar esse modelo social pretendido há que se primar pela concretização dos direitos fundamentais. “Parece não haver qualquer dúvida de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro” (CITTADINO, 2009, pg. 12).

Contudo, há direitos fundamentais que não são exercidos por absoluta falta de regulamentação, tornando-se mera legislação simbólica. No caso do direito de greve dos servidores públicos civis, são mais de vinte anos de omissão do legislador⁴¹ ordinário.

Repare que o próprio legislador instituiu o mandado de injunção⁴² para garantir o suprimento de omissões legislativas que impeçam o exercício de direitos fundamentais. Mesmo assim, o Supremo foi cauteloso na aplicação da ferramenta, mantendo uma postura contida por mais de duas décadas; e só muito lentamente foi dando sentido ao mandado de injunção, como que tateando em terreno perigoso, pois os membros da corte conhecem a difícil relação entre democracia e direitos fundamentais.

⁴⁰ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Federativa do Brasil.

⁴¹ Será feito estudo sobre o direito de greve no capítulo seguinte.

⁴² Será feito um estudo sobre o processo do mandado de injunção no capítulo seguinte.

CAPÍTULO III – ESTUDOS JURISPRUDENCIAIS

No presente capítulo, pretende-se fazer um histórico da evolução do entendimento acerca do mandado de injunção, presente no direito internacional, porém, novidade notável da Constituição de 1988, e com características ímpares no direito brasileiro, que permite a efetivação de direitos fundamentais como o direito de greve, que teve por muitos anos, sua aplicação negada em face da inércia do legislador ordinário e da jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência inicial é marcada pela aplicação do instituto quase que desprovida de sentido, pois declarar a mora ao legislador ou até mesmo fixar-lhe um prazo para legislar, de nada valia para a concretização do direito buscado pelo jurisdicionado, que decepcionado com a democracia, agora se decepcionava com o judiciário. Para finalmente chegar à nova postura do Supremo, com a adoção das moderadas decisões de perfil aditivo nos MIs relativos ao direito de greve dos servidores públicos civis.

3.1- O MANDADO DE INJUNÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

As normas constitucionais são espécies do gênero norma jurídica e conservam entre os seus atributos a imperatividade. Segundo Barroso (2000), as normas constitucionais distinguem-se entre preceptivas e diretivas, faltando às últimas este atributo da imperatividade. São meras indicações ao legislador futuro, carecem de efetividade imediata. Talvez sua existência seja uma imprecisão técnica, ou fruto de um devaneio do legislador constituinte. Fato é que esta realidade muito contribuiu para a desvalorização da Constituição.

Quando um direito fundamental fica impedido de ser exercido por falta de regulamentação, estamos diante de uma Constituição simbólica⁴³, de um simulacro de Constituição⁴⁴ ou de uma inconstitucionalidade⁴⁵. A efetividade das Constituições

⁴³ Tese defendida por Marcelo Neves in NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴⁴ Tese defendida por Luiz Moreira in MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

pode ser afetada de forma ativa ou por omissão. A ofensa ativa se dá através de atos legislativos que conflitem com os princípios constitucionais. Nessa hipótese, estamos diante de uma agressão concretizada por uma norma que se choca com a Lei Maior do Estado, trata-se de uma inconstitucionalidade explícita. No caso da ofensa por omissão, deixa-se de praticar a ação ou expectativa determinada pelo texto constitucional. Hipótese em que a violação é mais sutil, desse modo ela é mais velada do que a forma ativa (SILVA, 2008).

Nesse sentido, Canotilho diz que:

As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas, concretizadoras da constituição (CANOTILHO, 1997 *apud* SILVA, 2008, p.22).

A própria Constituição, em seu art. 5º LXXI⁴⁶, nos traz o instrumento para resolver essa ofensa, com adoção do mandado de injunção. Bandeira de Mello apresenta o seguinte conceito para mandado de injunção:

[...] é a medida hábil para que o postulante obtenha, em um específico caso concreto (e estritamente para ele), mediante suprimento judicial, a disciplina necessária indispensável ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, frustrados pela ausência de norma regulamentadora, cuja falta esteja a inviabilizar-lhes o exercício (MELLO, 2007, p. 919).

Os requisitos para o mandado de injunção são então: A omissão do Poder Público em apresentar à sociedade norma reguladora de uma previsão constitucional e a consequente inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Esse instituto se apresenta como um meio de controle da inércia legislativa em apresentar à sociedade as regras necessárias para que o direito previsto seja de fato concretizado. Meirelles (2004) completa ainda, que se a Constituição tiver dado

⁴⁵ Tese defendida por Gilmar Ferreira Mendes in MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴⁶ Art. 5º da CF/88:

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

ao legislador mera faculdade de criar norma regulamentadora, não se aplica o mandado de injunção. E ainda alerta que, existindo a norma, só caberá o exame de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Seguindo esse entendimento Canotilho salienta que:

O mandado de injunção não tem por objecto por uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia “*erga omnes*”. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes (CANOTILHO, *apud* MORAES, 2005, p. 160).

A separação dos poderes é um princípio informador de toda ordem constitucional, mas na atualidade, o que existe de fato não é a independência de poderes, mas sim a interdependência. Os poderes não estão totalmente separados, mas apenas divididos. Cada poder influencia no exercício de atribuição do outro. O Executivo não conseguiria cumprir sua tarefa no Estado moderno, de fazer a máquina administrativa funcionar sem julgar as controvérsias administrativas ou ainda, por exemplo, legislar na expedição de decretos ou de outras normas reguladoras inferiores. Quanto ao Judiciário, cabe a ele também legislar, para cumprimento de suas tarefas internas (SILVA, 2008).

Nesse sentido Antônio Álvares da Silva conclui que:

[...] a descentralização legislativa em pequeno plano do legislador estatal para o Judiciário, com o objetivo de criar a norma promissora do exercício de direito fundamental, longe de ser uma confusão e mistura de poderes, significa o relacionamento harmônico de complementação entre eles, próprio, aliás, do mundo atual (SILVA, 2008, p.34).

Quanto aos efeitos e a finalidade do mandado de injunção, cabe salientar que esses são temas que causam grandes controvérsias doutrinárias. Até mesmo o STF, por discordar do preceito constitucional que o instituto possui, impedia que fossem produzidos os efeitos para os quais foi concebido, tornando-o letra morta.

Francisco Antonio de Oliveira (1993) adverte que o instituto da injunção no direito brasileiro, embora com raízes nos direitos americano e inglês, possui características peculiares. Sua principal função é garantir os direitos constitucionais, indo além da lei, mas não contra a lei.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem evoluindo para dar maior efetividade tanto à ação direta de inconstitucionalidade por

omissão, quanto ao mandado de injunção. Naquela⁴⁷, para ilustrar, chegou-se a fixar prazo para que o Legislativo editasse a regulamentação faltante, indo-se além da mera ciência e faltando pouco para que o próprio Supremo Tribunal Federal dispusesse a respeito da concretização do direito invocado, enquanto não houvesse a regulamentação legislativa. No mandado de injunção⁴⁸, o Supremo Tribunal Federal chegou a estabelecer qual o regime jurídico a ser aplicado, a fim de fornecer condições de realização efetiva do direito invocado, apesar da falta de norma regulamentadora (ROTHENBURG, 2010, p. 6)

A omissão em legislar provoca a desarmonia entre os poderes e viola gravemente a Constituição. Ao cidadão foi dado o direito subjetivo à legislação. Quando o texto constitucional prevê a elaboração de uma norma e isso não se concretiza, caberá ao Judiciário, se provocado, apresentar a solução. Evita-se assim que o indivíduo tenha seu direito tolhido em razão da inoperância de um dos poderes do Estado. Se o judiciário continua com a postura defensiva o direito de greve do servidor público continua sem regulamentação. Contudo, as greves ocorreram e sem qualquer regulamentação, sujeitas à lei da selva, até que em outubro de 2007, o Supremo resolveu colmatar a lacuna deixada pelo legislador ordinário.

3.2 - O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL

A proclamação da proteção ao trabalho não tem origem nem no cristianismo e nem no socialismo, como poderia pensar-se. Segundo Zagrebelsky (2007), a origem legal da proteção ao trabalhador, veio do edito real de Luís XIV em 1776. O termo greve também surgiu na França e recebeu esse nome porque o movimento teve origem em uma praça em Paris denominada *Place de Gréve*, local em que os operários se reuniam quando estavam descontentes com as condições de trabalho ou quando havia a intenção de interromper suas atividades com fins reivindicatórios. A praça era assim chamada, porque antes da canalização do rio Sena as enchentes depositam gravetos e pedras nesse local e por isso o movimento que nasceu na

⁴⁷ ADI 3.682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, 09/05/2007 (sobre a falta de lei complementar prevista no art. 18, § 4º, da Constituição).

⁴⁸ Mandados de Injunção 670, 708 e 712, sobre o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da Constituição), em que o STF determinou a aplicação da Lei 7.783/1989.

Place de Gréve ficou conhecido como *gréve*. “Em português, emprega-se a palavra greve. Em italiano, *sciopero*. Em inglês, *strike*. Em espanhol *huelga*. Em alemão, *streik* (litígio, conflito)” (MARTINS, 2007, p.846).

O art. 2º da Lei 7783/89 que regulamenta o direito de greve na iniciativa privada, considera esse instituto como a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial de prestação pessoal de serviços a empregador. É antes de tudo, como um fato social, um direito de autodefesa do trabalhador contra eventuais abusos ou ainda instrumento por meio do qual se busca melhores condições de salário e trabalho. Bezerra Leite (2002) atribui à greve um valor social de grande repercussão para toda sociedade ao assegurar que, “a greve pode ser concebida como uma das mais importantes e complexas manifestações coletivas produzidas pela sociedade contemporânea” (LEITE, 2002, p.1).

Alexandre de Moraes, por sua vez, define greve como:

[...] um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos. Com o fim de defender interesses determinados (MORAES, 2005, p.186).

Por esse conceito, conclui-se que para a paralisação do trabalho ser caracterizada como greve é preciso que seja coletiva, posto que, se a suspensão da prestação de serviço se der individualmente, considerar-se-á hipótese de desídia, o que justifica a demissão por justa causa.

Martins (2007) ainda comenta que, para se falar em greve, deverá haver a paralisação dos serviços, pois de outro modo a lei não reconhecerá a manifestação como tal.

De acordo com nossa Carta Maior, a greve é tida como um direito social do trabalhador e eleita como uma garantia fundamental vez que está inserida no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição.

Cabe ressaltar que a greve representa direito fundamental, inclusive para os servidores públicos civis, que foram contemplados com o direito à livre sindicalização. Os militares, no entanto, ficam impedidos de sindicalizar-se ou participar de greve.

O art. 1º da Lei nº 7.783/89 orienta que cabe aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade e os interesses que devem ser defendidos pelo movimento grevista.

E o art.3º dessa mesma lei, completa que só depois de frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recurso via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

De acordo com Martins (2007), a greve poderá ser parcial ou total e poderá abranger toda a empresa ou apenas setores ou seções desta.

Quanto ao caráter de temporariedade, Nascimento (2006) comenta que essa paralisação tem fins temporários porque se não o fosse, haveria o rompimento do contrato de trabalho.

Hinz (2005) completa que:

Mais que um direito, a greve é o mecanismo máximo de autodefesa dos trabalhadores em face daqueles que detêm os meios de produção. É por meio dela que os trabalhadores afetarão o ponto mais sensível do empregador, sua produção, suas atividades, de onde retiram seu faturamento, seu lucro (HINZ, 2005, p. 111).

Mauricio Godinho Delgado (2007) ensina que “a greve é, de fato, mecanismo de autotutela de interesses e de certo modo, é exercício direto das próprias razões, acolhido pela ordem jurídica”. Ele ainda completa que “a autotutela traduz, inegavelmente, modo de exercício direto de coerção pelos particulares”. (DELGADO, 2007, p.1407). Comenta também, que “o Direito do Trabalho apresenta, por meio da greve, notável exceção à tendência restritiva que o nosso ordenamento jurídico impõe a autotutela” (DELGADO, 2007, p.1410).

Nesse enfoque, Amauri Mascaro Nascimento (1989) comenta que:

[...] a greve como autodefesa é a que melhor explica, apesar de sofrer a crítica de que assim fosse, como mera atitude autodefensiva, a greve seria uma resposta a uma agressão. Todavia a autodefesa tem como ponto nuclear a imposição direta de uma parte a outra parte do conflito, de modo que a autodefesa quer dizer o ato pelo qual um dos sujeitos faz com que o outro sujeito da disputa coativamente cumpra a sua disposição (NASCIMENTO, 1989, p.11).

Como todo direito, a greve também não é um direito absoluto e em razão disso, o nosso ordenamento jurídico impõe algumas restrições ao movimento grevista. De modo genérico, o inciso VII do art. 4º da Constituição adota a solução pacífica dos conflitos nas relações internacionais. E nesse sentido, o art. 2º da Lei 7783/89 defende que a greve deve ser pacífica, vedando, assim, greves violentas e que possam inclusive usar de tratamento desumano ou degradante (MARTINS, 2007).

Martins (2007) comenta que a nossa Carta Política assegura diversos direitos como, o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade e, portanto, as greves que venham a violar esses direitos já estarão excedendo os limites constitucionais.

Desse modo, os grevistas devem manter a integridade do patrimônio da empresa e ainda respeitar a vontade daqueles trabalhadores que não desejam aderir ao movimento. Fica vedado então, que os trabalhadores não integrantes do movimento grevista, sejam impedidos de ter acesso ao local de trabalho, ou ainda, fiquem expostos a qualquer tipo de constrangimento pelos participantes da manifestação.

A doutrina apresenta diversos entendimentos acerca da natureza jurídica da greve. De acordo com Martins (2007), a priori, a greve se enquadra como liberdade decorrente de atividade lícita. No que tange ao indivíduo, ele considera tratar-se de liberdade pública, posto que seja dever do Estado assegurar seu exercício. Com relação à coletividade, esse autor ensina que a greve seria um poder.

Quanto a esse entendimento, Delgado (2007) comenta que enquadrar esse instituto ora como liberdade, ora como fato social, ora como poder não está inteiramente equivocado, vez que realmente essas concepções apresentam questões relevantes e verídicas da figura sociojurídica da greve, mas elas são insuficientes. Nesse sentido, ele explica que a concepção de greve como mero fato social coloca os movimentos paredistas à margem da ordem jurídica permitindo assim a prática autoritária e repressiva sobre sua deflagração e dinâmica.

Nascimento (2006), por sua vez, aprecia a natureza jurídica da greve sob dois ângulos:

Quanto à posição do direito de cada país, a greve é um direito ou uma liberdade nos países em que a lei o autoriza, caso em que se manifesta como uma forma de autodefesa dos trabalhadores na solução de seus conflitos coletivos; nos países que a proíbem, a greve é tida como um delito, uma infração penal, um crime contra a economia.

Quanto aos seus efeitos sobre o vínculo do emprego, a greve é uma suspensão ou uma interrupção do contrato de trabalho, mas não é uma forma de extinção, pelo que é insustentável a tese de que a greve tem natureza jurídica de abandono de emprego. No abandono de emprego, o trabalhador tem a intenção de extinguir, com esse procedimento, o contrato de trabalho, enquanto que na greve o trabalhador pretende continuar o vínculo jurídico com melhores condições de trabalho (NASCIMENTO, 2006, p.290-291).

Martins (2007) também conclui que a natureza jurídica da greve pode ser analisada sob os efeitos que provoca no contrato de trabalho: suspensão ou interrupção.

Na suspensão do contrato de trabalho não há pagamento de salários. A greve é considerada como hipótese de suspensão do contrato de trabalho, desde que observados as condições previstas na Lei n. 7.783/89 (art. 7º). Logo, atendidas as condições da Lei n. 7.783/89, há suspensão do contrato de trabalho, e, se há suspensão, não há pagamento de salários” (MARTINS, 2007, p.858).

Delgado (2007), por sua vez, levanta mais algumas críticas a essas noções. Para ele, essas idéias são válidas, mas não esgotam o instituto em razão da amplitude que o caracteriza.

Quanto ao fato de a greve ser um exercício de autotutela, uma modalidade de coerção coletiva, Delgado (2007) diz concordar, mas ressalta que, ao ser reconhecida pelas ordens jurídicas democráticas como sendo um direito fundamental, a greve não ganha somente força, mas também civilidade.

No que diz respeito à idéia de direito potestativo, o mesmo autor ainda comenta se tratar de entendimento inaceitável, posto que, a greve ultrapassou o caráter de mero exercício potestativo da vontade coletiva, uma vez que, há limites, mesmo que atenuados, ao exercício desse direito. Alguns dão a este a natureza jurídica de superdireito; o que não estaria de todo errado, uma vez que, trata-se de um exercício de coerção do trabalhador e de sua classe que prevalecerá, em certa medida, sobre outros direitos do empregador ou mesmo da sociedade. E ainda conclui que, em se tratando de um movimento social, poderá ultrapassar, reconstruir ou mesmo alterar o direito constituído.

Para Maurício Godinho Delgado (2007), a natureza jurídica, hodierna, imputada ao instituto da greve é de um direito fundamental, de caráter coletivo, resultante da autonomia privada coletiva inerente às sociedades democráticas.

Nas dimensões do art. 9º da CF ele conclui que:

É direito que resulta da liberdade de trabalho, mas também na mesma medida da liberdade associativa e sindical e da autonomia dos sindicatos, configurando-se como manifestação relevante da chamada autonomia privada coletiva, própria às democracias. Todos esses fundamentos, que se agregam no fenômeno grevista, embora preservando suas particularidades, conferem a esse direito um status de essencialidade nas ordens jurídicas contemporâneas. Por isso é direito fundamental nas democracias (DELGADO, 2007, p.1436).

Em suma, cada um desses fundamentos, mantendo-se suas peculiaridades, tornam o movimento paredista essencial nas ordens jurídicas contemporâneas.

Na história mundial a greve teve diversas feições sendo cronologicamente considerada delito, depois liberdade e finalmente direito. Cabe ressaltar que nem sempre seguindo essa sequência em todos os ordenamentos.

No Brasil, o Código Penal de 1890 proibia a greve e a Lei nº 38 de 1932 que tratava da segurança nacional deu a esse movimento o status de delito.

As Constituições de 1891 e 1934 silenciaram no que diz respeito ao tema o que fez com que a greve ficasse caracterizada como um fato de cunho social, sujeito à tolerância do Estado.

A Constituição de 1937 por sua vez, tratava a greve como recurso antissocial, nocivo ao trabalho e ao capital e incompatíveis com o interesse da produção nacional. No que diz respeito ao servidor público civil, foco desse estudo, a paralisação dos funcionários públicos e o incitamento à paralisação dos servidores foram tipificados como crime pelo Decreto-lei 431 de 1938.

Em 1939, o Decreto-lei 1.237 previa a suspensão e despedida por justa causa e prisão para os grevistas. O primeiro abrandamento da legislação para com a greve deu-se em 1946 com o Decreto-lei 9.070 que passou a admiti-la nas atividades acessórias, já nas atividades fundamentais permanecia a vedação. A Constituição de 1946 finalmente passou a reconhecer a greve como direito dos trabalhadores, mas condicionou seu exercício a criação de lei posterior. Lavor (1996, *apud* LEITE, 2002) comenta que em 1964, entrou em vigor a Lei de Greve (Lei 4.330) que impunha tantas limitações e entraves que foi considerada por muitos como Lei do delito da greve e não como lei que concedia o direito à greve.

A Constituição de 1967, em seu art. 158, XXI combinado com o art. 157, § 7º garantiu esse direito aos trabalhadores do setor privado, mas a proibiu aos servidores públicos e às atividades essenciais. Em tese, durante esse período, permitia-se a greve. Na prática, havia tantos requisitos e restrições que tornava-se inviável e qualquer item que fosse descumprido faria com que o trabalhador estivesse sujeito a demissão por justa causa, apesar de a súmula 316 do STF⁴⁹ declarar que a simples adesão à greve ilícita não configuraria motivo para tal.

⁴⁹ Súmula 316 do STF “A simples adesão à greve não constitui falta grave”.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988⁵⁰ inseriu esse direito no rol dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores do setor privado.

No que tange aos servidores públicos civis, fica reconhecido o direito de greve a partir do art. 37, VII da CF/88. Entretanto, o legislador constituinte estabeleceu que deveria ser editada lei complementar para regulamentação desse direito. A Constituição Federal trata dos servidores públicos na seção II do capítulo VII que se refere à Administração Pública, entretanto, muitos outros dispositivos da Constituição também trazem normas relativas ao tema.

Hely Lopes Meirelles ensina que:

Os servidores Públicos em sentido estrito ou estatutários são os titulares de emprego público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou peculiar e integrantes da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas com personalidade de Direito Público. Tratando-se de cargo efetivo, seus titulares podem adquirir estabilidade e estarão sujeitos a regime peculiar de previdência social (MEIRELLES, 2004, p.393).

Os Servidores Públicos civis são os titulares de cargo efetivo e integrantes da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas com personalidade de Direito Público. Os Empregados Públicos, por sua vez, são, de acordo com esse mesmo autor, todos os titulares de emprego público da Administração Direta e Indireta e estão regidos pela CLT.

Meirelles ainda conclui que os empregados públicos estão vinculados ao regime geral de previdência social, não ocupam cargo público e também não adquirem estabilidade (MEIRELLES, 2004). Portanto não são servidores públicos.

Bandeira de Mello (2007) explica que a relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares do cargo público é estatutária, ao contrário do que se passa com os empregados. O autor ensina que:

Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder

⁵⁰ Art.9º- É assegurado o direito de greve, competido aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§1º- A lei definirá os serviços e atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§2º- Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens, dantes previstos, poderão ser ulteriormente suprimidos (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p.244).

Medauar (2008) completa que cada nível da Administração Pública poderá editar seu próprio Estatuto, desde que em consonância com a Constituição Federal. Desse modo, podemos ter o Estatuto dos servidores federais, o Estatuto dos servidores de cada Estado e de cada Município, por exemplo.

Martins (2007) ainda lembra que a OIT, no verbete 387, considera essenciais os serviços cuja interrupção possam pôr em perigo a vida, a segurança, ou a saúde da pessoa. “O § 1º do art. 9º da Constituição de 1988 não proíbe a greve em atividades essenciais, apenas determina que a lei irá definir os serviços ou as atividades essenciais, o que foi feito pelo art. 10 da Lei nº 7783/89” (MARTINS, 2007, p.842).

Sendo assim, não cabe mais discutir se o servidor público tem direito à greve, isso já está suficientemente definido na nossa Carta Magna, o que urge é a regulamentação desse direito, a fim de que tanto esses trabalhadores quanto a sociedade não tenham seus direitos usurpados. O primeiro, por ter tolhido o direito de reivindicar melhores condições de trabalho e a segunda por não ser atendida em suas necessidades essenciais e inadiáveis em razão de eventuais greves abusivas.

3.3- A JURISPRUDÊNCIA ANTERIOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pretende-se neste item realizar uma análise de conteúdo⁵¹ nos processos sob estudo. Inicia-se a presente análise com o MI 20-4 / DF. A escolha deste processo

⁵¹ Ao realizar a análise do conteúdo dos votos de cada ministro, a preocupação está na apreensão dos valores, regras e condutas que entram em jogo na luta simbólica em que estão envolvidas as representações do mundo social. Cada ministro é membro do mundo social e não vive isolado do contexto em que se desenrola o conflito que lhe é submetido. Segundo OLIVEIRA E SILVA (2005) mesmo que os discursos não detenham a verdade objetiva do comportamento, mesmo que não se veja neles a explicação do comportamento, mas sim um comportamento a ser explicado, a análise qualitativa das narrativas dos processos permite evidenciar o modo como as pessoas percebem elas mesmas e os outros, definindo-se e posicionando-se no espaço social. Mesmo que o discurso não seja considerado explicação para o comportamento, ele permite a percepção do que está informando a ação e o posicionamento das pessoas enfocadas. Os juizes não são atores neutros, ou meros porta-vozes do discurso oficial do Estado. Seus valores influenciam a sua atuação, e esta afirmação é

deve-se a ser este mandado de injunção o primeiro a tratar da omissão legislativa referente ao direito de greve do servidor público civil brasileiro. Foi escolhido o direito de greve, porque no caso específico deste direito fundamental, a mudança de postura foi muito clara, tornando visível a constatação da evolução da jurisprudência do Supremo, que deixa sua tradicional postura defensiva, vinculada claramente a uma postura procedimentalista de jurisdição constitucional, comprometida com os procedimentos democráticos, para aderir a uma nova jurisprudência ativa em defesa dos direitos fundamentais, vinculada a postura nitidamente substancialista.

A técnica de análise de conteúdo permite uma novo olhar na pesquisa empírica efetuada na pesquisa em Direito, vislumbrando reflexões mais profundas sobre as decisões judiciais, inferindo como o Poder Judiciário percebe questões importantes na sua relação com a Sociedade e os demais Poderes do Estado (XIMENES, 2011, pg.15).

Esta análise tem o objetivo de compreender a fundamentação dos atores envolvidos neste processo de decisão, que apesar de membros do Estado, têm visões de mundo particulares e précompreensões sobre o direito e a sociedade.

MI 20-4 - Distrito Federal

Relator: Min. Celso de Mello

Requerente: Confederação dos servidores Públicos do Brasil

Requerido: Congresso Nacional

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade com a ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de mandado de injunção, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em regulamentar o art. 37, VII, da Constituição Federal e comunicar-lhe a decisão, a fim de que tome as providências necessárias a edição de lei complementar indispensável ao exercício

praticamente um consenso, aparecendo até mesmo nos debates que os ministros travam durante os julgamentos. Portanto, o processo não deve ser visto apenas como expressão do Estado, e este não deve ser visto como emissor dos depoimentos. É necessário considerar os filtros que a justiça impõe, não se deve considerar que a narrativa não contenha o modo como determinada pessoa vivencia sua realidade. O processo contém formulações dos diversos segmentos envolvidos e não apenas a do Estado. A partir das narrativas dos processos, pode ser buscado o significado para o significante que temos em mão, ou seja, considerando significativo o conjunto de atos simbólicos, pretende-se, a partir da análise do discurso social, enquadrá-los de forma inteligível, para se alcançar maior compreensão das razões de cada decisão.

do direto de greve pelos servidores públicos civis (Mi – 20-4/DF, pg. 2).

Tal interpretação aproxima o mandado de injunção da ação de inconstitucionalidade por omissão⁵², com a única diferença de que naquele o impetrante pode receber o benefício de suspender eventuais processos existentes contra ele.

Esta análise demonstra que a própria corte negou efetividade ao Mandado de injunção.

Jorge Hage (2010) disse que foram quase vinte anos de espera.

Disse agora “por quase 20 anos” e não por mais de 20, exatamente porque, foi em meados de 2007 que o Supremo Tribunal Federal começou a dar os primeiros sinais de “descongelamento” do instrumento de que aqui tratamos, o que confirma que não era exatamente (nem principalmente) por falta de lei específica, que o mesmo se encontrava até então esterilizado e tornado inútil. Como sabemos todos, é a jurisprudência da Corte Suprema que, no final das contas, acaba por dizer, para o bem ou para o mal, o que era que o constituinte queria dizer. Assim é nas democracias constitucionais modernas e assim foi neste caso. Só que aqui, o foi “para o mal”, isto é, para o atraso, para a denegação de direitos constitucionalmente prometidos, pela negação de eficácia à norma constitucional, durante 19 anos; e somente agora recentemente, a partir de 2007, “para o bem”, para reconhecer-lhe a necessária eficácia, para viabilizar o exercício dos direitos (HAGE, 2010, p. 1).

A própria corte admitia, com seu comportamento tímido, a não concretização de direitos fundamentais. No MI 20-4/DF, o Congresso foi notificado, mas continuou inerte. Ao debruçar-se sobre os argumentos trazidos por cada ministro, observa-se imediatamente a relevância teórica e a vinculação do pensamento de cada um, inserida nas entrelinhas de cada voto. A preocupação constante em explicar o contexto histórico temporal, as razões e os reflexos da posição adotada, também é percebida na argumentação, que busca insistentemente justificar-se; em outras palavras, cada voto revela ter a pretensão de ser aceito e tido como legítimo.

⁵² Art. 103 da CF – Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

Parágrafo 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Reiterando e acrescentando, diríamos que a vida cotidiana não se resume no aqui e agora. Ao contrário, é, sobretudo, fruto de um longo, conflitivo e complexo processo histórico e social. Portanto, para compreender as situações que ocorrem cotidianamente, é indispensável considerar que essas situações ocorrem em determinado ambiente (situações, espaços temporais específicos) e no bojo de certos campos de interação pessoal e institucional que, por sua vez, são mediados por modalidades técnicas de construção e transmissão de mensagens, cada vez mais complexas, nos dias atuais (FRANCO 2007, p. 34).

No MI 20-4/DF, a Corte já sinalizava para a mudança de paradigma. Porém, a grande maioria dos argumentos trazidos vinculam-se à jurisprudência defensiva. Uma postura de contenção dos ministros, em respeito quase que absoluto ao regime democrático, vinculando-se a uma postura procedimentalista de jurisdição constitucional.

Foram analisados os conteúdos das decisões, os argumentos trazidos nos votos de cada um dos ministros, com a preocupação de destacar unidades de registro⁵³; ou seja, foi observada a frequência em que foram as palavras usadas pelos ministros. Foram tomadas como unidades de registro palavras chaves, características de cada postura teórica. Como registros característicos da postura procedimentalista destacou-se as palavras: Lei e democracia. Como registros característicos da postura substancialista destacou-se as palavras: Constituição e justiça. Nos dois casos os votos dos relatores foram vencedores; então a análise se deu apenas nestes dois votos.

Constatou-se que no MI 20/4-DF foram usadas 33 (trinta e três) vezes a palavra *lei* e nenhuma vez a palavra *democracia*; enquanto que a palavra *constituição* foi usada 28 (vinte e oito) vezes e a palavra *justiça* nenhuma vez.

A argumentação dos ministros revela a postura nitidamente defensiva do Tribunal, sem preocupação com a justiça e nem mesmo com a democracia. A grande característica deste momento da jurisprudência é sem dúvida a preocupação com a legalidade, ou seja, com a segurança jurídica.

⁵³ A unidade de registro é a unidade de significação a codificar e corresponde ao segmento de conteúdo a considerar como unidade de base. Pode ser a palavra, o tema, o objeto ou referente, o personagem, o acontecimento, o documento” (Ximenes, 2011, pg. 10).

Mesmo que a lei não seja boa devemos obedecê-la, esta postura parece bem clara⁵⁴. Legalidade que é defendida por acreditar-se ser a melhor maneira de evitar-se a violência e legitimar a apropriação do poder. Ou seja, a lei deve ser obedecida, mesmo que pareça injusta, para manutenção da ordem e da paz social.

Estas unidades de registro nos levam às unidades de contexto⁵⁵, que permitem que a pesquisa seja estruturada com o agrupamento dos argumentos principais à sua vinculação teórica.

O quadro comparativo elenca unidades de contexto apresentadas nos argumentos aduzidos pelos senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal, revelando a postura de cada um destes atores, diante da omissão do legislador e do papel a ser desempenhado pelo judiciário diante do caso concreto apresentado:

Tabela I – Principais argumentos utilizados pelos ministros do STF no julgamento do MI 20/DF

Ministro	Postura procedimentalista	Postura substancialista
Celso de Mello (Relator)	Reconhecimento da mora e comunicação ao Congresso	
Francisco Rezek	Fica com o relator	Sugere nova leitura do inciso VII do artigo 37 da CF
Marco Aurélio		Reconhece natureza mandamental do MI; Não se limita a declarar a mora;

⁵⁴ Cabe lembrar aqui o que Reale (2005) chama de princípio socrático da sujeição à lei. “No fundo, é o princípio socrático da sujeição à lei, ainda que como o sacrifício do filósofo, condenado a beber cicuta sob a falsa e infamante acusação de estar corrompendo a juventude. Sócrates é o mártir da legalidade” (REALE, 2005, pg. 04).

⁵⁵ “A unidade de contexto serve de unidade de compreensão para codificar a unidade de registro e corresponde ao segmento da mensagem, cujas dimensões são utilizadas para que se possa compreender a significação exata da unidade de registro” (XIMENES, 2011, pg.12).

		Determina a aplicação da lei 7.783/89
Carlos Velloso		Deve o STF solucionar o caso concreto; Aplica a lei 7.783/89
Sepúlveda Pertence	Não conhece do MI	
Paulo Brossard	Suprir a omissão é colocar-se no lugar do legislativo	
Sydney Sanches	Com o relator	
Néri da Silveira	Reconhece a mora, mas fica com o relator para evitar que o STF tome o lugar do legislador	
Moreira Alves	Com o relator	

O quadro comparativo da tabela acima demonstra a predominância dos votos vinculados à teoria procedimentalista. Ou seja, os ministros, em sua maioria, conservam a postura vinculada à jurisprudência defensiva; em prol da segurança jurídica do Estado e considerando a jurisdição constitucional a serviço da manutenção do regime democrático. Esta interpretação continuou inalterada nos MIs 585/TO em 02 de agosto de 2002, no MI 631/MS e no MI 485/MT em 23 de agosto de 2002. Somente no MI 670-9/ES, fica claro logo no início do voto do relator, a disposição de sanar a omissão, aplicando-se a lei 7.783/89.

O Supremo demorou quase vinte anos para amadurecer sua interpretação acerca do mandado de injunção; houve substituição de membros do tribunal e finalmente se deu nova interpretação para um dos mais notáveis instrumentos criados pelo constituinte de 1988; quando a corte adotou como alternativa provisória, para esse impasse, na linha de uma moderada sentença de perfil aditivo, a aplicação da lei regente dos conflitos de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

3.4 - A VIRADA JURISPRUDENCIAL

Nestes três casos sob estudo, observa-se que a Corte enfrentou o problema aos poucos, nas palavras do ministro Joaquim Barbosa, “como se tateasse os limites de sua própria legitimidade” (MI-670-9/ES, pg. 174), consciente da necessidade de legitimidade de sua atuação, pois esta é uma zona cinzenta e delicada que envolve a estrutura do Estado brasileiro.

Pretende-se identificar nestes julgamentos:

* Qual foi a decisão do STF⁵⁶.

* Quais os argumentos apresentados pelos atores, na busca pela legitimação.

MI 607-9 - Espírito Santo

Relator originário: Min. Maurício Corrêa

Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes

Impetrante: Sindicato dos servidores policiais civis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL

Impetrado: Congresso Nacional

MI 708-0 – Distrito Federal

Relator: Min. Gilmar Mendes

Impetrante: SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa.

Impetrado: Congresso Nacional

712-8 – Pará

Relator: Min. Eros Grau

Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP.

Impetrado: Congresso Nacional

⁵⁶ A análise busca observar como se desenvolveram os votos, revelando a preocupação dos ministros em explicar as razões e as consequências da decisão, na tentativa de legitimá-la; pretende-se também, destacar a vinculação, presente nas entrelinhas, dos argumentos de cada um dos atores, às posturas procedimentalista e substancialista de jurisdição constitucional.

O que estava em jogo nestes três casos era o direito de greve para os servidores públicos civis brasileiros. Direito já consagrado pelo Constituinte originário em 1988. Portanto, não cabe ao legislador ordinário conceder ou não o direito de greve, mas apenas regulamentá-lo.

Após quase 20 anos, o legislador ordinário apenas implementou a mudança da reserva legal de lei complementar para lei ordinária, através da emenda n. 19/1998. Ressalte-se que inúmeras greves foram julgadas ilegais sob o argumento de faltar regulamentação legal para este direito. E outras tantas ocorreram sem nenhuma regulação legal, existindo abusos e situações de suprimento de serviços essenciais à população.

Nos três casos o Supremo Tribunal Federal colmatou a lacuna legal, determinando a aplicação da lei 7.783/89 aos servidores públicos civis, alterando a substância do mandado de injunção e fixando parâmetros diante das peculiaridades do serviço público. Inclusive determinando os Tribunais competentes para dirimir os conflitos decorrentes de futuras greves (MI – 708/DF, pg. 252 e 253). Fixação de prazo de 60 dias para que o Congresso legisle sobre a matéria, e finalmente atribuindo efeito *erga omnes* ao julgamento; atitude que revela a grande preocupação com as consequências da decisão ora tomada.

O argumento do Congresso Nacional sempre foi de que não havia mora legislativa, pois tramitava pela casa legislativa projetos para regulamentação do direito pleiteado. Contudo, este argumento se tornou vencido por unanimidade no Supremo, todos reconhecem a mora, pois já se passaram quase 20 anos.

Ademais, como argumenta Eros Grau, no MI 712/PA, declarar a mora não tem trazido nenhuma consequência positiva. “Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente.” (Min. Eros Grau, MI 712/PA pg. 394).

Os ministros destacam a peculiaridade do serviço público, que goza do atributo da continuidade, tendo como destinatário toda a sociedade, por esta razão fixam parâmetros para uma situação peculiar.

Combatem o argumento de que agindo assim a corte estaria a legislar ferindo a independência e harmonia entre os poderes, sob seguinte argumento: “Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de

que carece o art. 37, VII da Constituição, função normativa, porém não legislativa” (Eros Grau, MI – 712/Pag. 403).

O min. Gilmar Mendes argumenta que assim como o controle judicial incide sobre a atividade do legislador deve incidir também sobre sua omissão, sob pena de ver caracterizada também sua omissão judicial.

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 atípica omissão judicial (Min. Gilmar, MI-708/DF, pg. 209).

Argumenta também que a falta de regulamentação acaba por gerar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. Lembrando que no Estado de Direito não existem soberanos. “Estou a relembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos” (Min. Gilmar, MI 670/ES, pg. 30).

Foi atribuído efeito *erga omnes* à decisão: “a decisão proferida no controle abstrato da omissão tem eficácia *erga omnes*, e não tem diferença fundamental da decisão prolatada no mandado de injunção” (Min. Gilmar, MI – 708/DF, pg. 226).

Para elaboração deste trabalho foram analisados os conteúdos dos votos de cada ministro nas três decisões. Contudo, os argumentos se repetem; e, para não cansar o leitor, passa-se a apresentar no quadro abaixo os principais argumentos e sua respectiva vinculação teórica presentes apenas no MI-670-9/ES.

Inicialmente, observe-se as unidades de registro. No MI 670/9-ES foram usadas 46 (quarenta e seis) vezes a palavra *lei* e 02 (duas) vezes a palavra *democracia*; enquanto que a palavra *constituição* foi usada 28 (vinte e oito) vezes e a palavra *justiça* 02 (duas) vezes.

Agora é possível perceber que os ministros já revelam uma preocupação com a democracia e até mesmo com a justiça, o que foi totalmente ausente no MI – 20-4/DF. Contudo deixam clara sua vinculação com a legalidade, apego à segurança jurídica e respeito à Constituição.

O Estado de direito moderno nasce, com a forma do estado legislativo de direito, no momento em que esta instância alcança realização histórica, precisamente, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido e antes ainda inexistente, com independência de sua valoração como justo (FERRAJOLI, 2005, pg. 16).

O Estado legislativo de direito é um grande avanço para a humanidade, após séculos de direito inexistente. Buscar que este direito seja justo parece ser o grande desafio da nova jurisdição constitucional.

Luis Pietro Sanchis (2003), em trabalho sobre a justiça constitucional, ensina que seria equivocado considerar a busca pela justiça constitucional e defesa dos direitos fundamentais uma postura naturalista e antipositivista do constitucionalismo contemporâneo. Deve-se buscar hoje uma ideologia crítica, não absolutamente subordinada ao poder constituído, mas respeitar certas exigências também morais.

No caso brasileiro oscila-se entre um Tribunal constitucional positivista, como o modelo austríaco e um Tribunal comprometido com princípios constitucionais como o norte americano. A postura dos ministros revela nitidamente esta última posição em construção.

Novamente parte-se das unidades de registro para chegar-se às unidades de contexto e sua respectiva vinculação teórica. Veja-se a tabela:

Tabela II – Principais argumentos utilizados pelos ministros do STF no julgamento do MI 670/ES

Ministro	Teoria procedimentalista	Teoria substancialista
Gilmar Mendes (relator)		Reconhece a mora; Determina a aplicação da lei 7.783/89; Igualdade de efeitos (<i>erga omnes</i>) às decisões proferidas em ADI e MIs; Estabelece critérios para fixação de competência; Fixa prazo de 60 dias para o Congresso;

Maurício Correia	Não pode o STF em Mi garantir o direito de greve; Não cabe ao judiciário fixar prazo para o legislativo;	Declara a mora do Congresso
Ricardo Lewandowski		É preciso dar efetividade às normas constitucionais;
Carlos Velloso		Deve o STF solucionar o caso concreto; Aplica a lei 7.783/89
Sepúlveda Pertence		A inércia é abusiva; Com o relator
Carlos Brito		Não faz sentido que a decisão judicial seja de eficácia limitada; Com o relator
Carmem Lúcia	Não concede o efeito <i>erga omnes</i>	Concede a ordem
César Peluso		Com o relator
Joaquim Barbosa	Contra efeito <i>erga omnes</i>	Reconhece a mora e o direito de greve sem aplicação da lei da iniciativa privada; Sugere súmula vinculante
Marco Aurélio	Não fixa prazo para o Congresso	Reconhece o direito de greve e fixa as condições específicas

A análise do quadro comparativo da tabela acima revela que a maioria dos ministros mudou sua interpretação radicalmente, dando novo sentido ao mandado de injunção, como deu apenas sinais no MI 20-4/DF, progredira no MI 107-3/DF de relatoria do ministro Moreira Alves que versava sobre o direito a estabilidade do servidor público militar. Agora dava nova aplicação aos três MIs, todos relacionados ao direito de greve do servidor público civil; para finalmente garantir-lhes direito fundamental assegurado no texto constitucional de 1988.

O objetivo desta análise é também identificar, nestas decisões que consolidam a nova postura do Supremo, características ativistas, a partir dos critérios estabelecidos por Bradley C. Cãnõn (CANON, 1983). A necessidade de escolha de critérios é fundamental, pois para muitos sequer houve ativismo; como observa Saul Leal (2010), a Corte apenas está a cumprir a Constituição, havendo altivez e não ativismo judicial.

Segundo todos os critérios estabelecidos por Bradley C. Cãnõn (1983) estas decisões parecem enquadrar-se como ativistas. Veja-se:

Primeiro critério: Alto grau de decisões políticas pelo judiciário, que atua na omissão do legislador.

Nos três casos os impetrantes trazem requerimentos de que seja suprida a omissão legislativa, que desde 1988, quando da promulgação da Constituição Federal, não regulamentou o direito de greve para os servidores públicos civis. Direito consagrado no artigo 37, VII da CF. A opção do legislador ordinário por não regulamentar o direito de greve, é uma opção política, que é rejeitada pela corte.

Segundo critério: Ruptura com a jurisprudência anterior.

Em diversos precedentes (MI 20/DF, MI585/TO e MI 485/MT) o STF firmou o entendimento de que o objeto do MI se limitaria à declaração ou não da mora legislativa. Nestas três decisões a Corte faz uma ruptura com a jurisprudência anterior e atribui novo sentido ao mandado de injunção.

Jurisprudência anterior:

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o julgamento do mandado de injunção tem como finalidade verificar se há mora, ou não, da autoridade ou do Poder de que depende a elaboração da lei regulamentadora do Texto Constitucional, cuja lacuna torne inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas asseguradas pela Carta Federal.

Ocorre que não pode o Poder Judiciário, no limite da especificidade do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir-se-ia ao legislador ordinário, o

que extrapolaria o âmbito da competência prevista na Constituição. Também não lhe é facultado fixar prazo para que o congresso Nacional aprove a respectiva proposição legislativa, nem anular sentença judicial, convalidando o mandado de injunção em tipo de recurso não previsto na legislação processual“ (MI 712/PA, pg. 415).

A ruptura jurisprudencial é clara, e os ministros demonstrar ter consciência disso.

Terceiro critério: Decisão de substância que influa no processo democrático. Não apenas garantindo direitos de uma minoria insular.

Nos três casos sob estudo, foi determinado pela Corte a aplicação da lei 7.783/89, que rege a greve para os trabalhadores da iniciativa privada; com ajustes que o trabalho peculiar do servidor público requer. Decisão com efeito *erga omnes*, não se atendo às partes presentes no processo. Assim, a norma resultante do comando sentencial deixou de ser real e concreta, para ser também abstrata e geral. Atributos das leis emanadas do poder legislativo.

Quarto critério: A decisão ativista fere a fidelidade interpretativa anterior. A nova interpretação não está de acordo com o consenso anterior. Esta nova interpretação se revela em todos os votos.

Quinto critério: Finalmente, Cânon (1983) traz como característica do ativismo, uma inovação no direito. Cria-se direito novo. Nos casos sob estudo, o direito já havia sido criado no texto constitucional, contudo pendente de concretização devido a falta de regulamentação. Era letra morta, não existia de fato. Ademais, são fixadas também regras de competência para resolver os litígios que possam advir.

Pode-se concluir, então, que sob todos os critérios estabelecidos por Bradley C. Cânon (1983), estas decisões são ativistas.

Sem dúvida estas decisões inovadoras refletem uma atitude corajosa da corte. Ao inovar, os magistrados abandonam a teoria procedimentalista e optam pela teoria substancialista, praticaram sob estes critérios, nítido ativismo judicial⁵⁷; buscando uma justiça constitucional, que para ser legítima, ou seja, não ser confundida com arbitrariedade judicial, carece de robusta fundamentação.

Gabriel Mora (2009) desenvolve uma teoria da legitimidade na argumentação das sentenças constitucionais; estabelece parâmetros objetivos do juridicamente possível na justificação. Demonstra que para não ser arbitrária, ou seja, para gozar

⁵⁷ Sob os critérios estabelecidos por Cânon (1983), estas decisões são ativistas, contudo a pesquisa realizada, leva-me a não classificá-las da mesma forma; conforme destaca-se posteriormente.

de uma pretensa correção⁵⁸ a decisão deve possuir legitimidade ou justificação interna e externa. A justificação interna constitui-se nas razões da decisão serem fincadas em raciocínio lógico e coerente a partir das premissas dadas, coerência da conclusão com as fontes jurídicas e seus respectivos pontos de apoio na estrutura do ordenamento jurídico vigente; enquanto que a justificação externa aponta a força das próprias premissas aduzidas na justificação interna. Seu objeto consiste em analisar as razões substantivas ou materiais em apoio de cada uma das premissas que formam a justificação judicial.

Em outras palavras a decisão judicial deve ser o resultado de argumentos identificáveis e ordenados por via da lógica; devem ser relevantes e juridicamente apropriados no seu conteúdo material, para solucionar os casos concretos. Certo é que uma justificação não exclui a outra e também que uma não é mais importante que a outra, mas sim, ambas se complementam e devem coexistir.

Com a adoção de Constituições que se pretendem dirigentes, com forte composição principiológica e juízos de valor, que permitem uma grande atuação dos magistrados, principalmente dos ministros do STF, a corte maior tem sido palco de decisões que provocam reações na mídia e na sociedade como um todo; extrapolando o átrio do fórum e da academia jurídica.

Para que estas decisões sejam consideradas legítimas e efetivamente respeitadas e cumpridas, é preciso que o conceito de direito adotado pelos ministros, coincida o máximo possível com o conceito de direito adotado pela atual sociedade brasileira. Parece-me que a tendência de afastar-nos do conceito puro e positivo de Kelsen é bem clara. Todavia, a preocupação com o afastamento do arbítrio do executivo, legislativo ou judiciário também faz parte da consciência coletiva do povo brasileiro.

Ademais, a democracia brasileira caminha a passos firmes para sua consolidação e maturidade; e a atuação do Supremo Tribunal Federal, em busca de garantia dos direitos individuais, com decisões fundamentadas no próprio texto constitucional e na linha progressiva da concretização dos direitos fundamentais pode contribuir, e muito, para a consolidação do modelo de Estado Democrático de Direito, prometido pelo legislador de 1988.

⁵⁸ Alexy (1997) ensina que quem afirma uma regra de conduta, pretende que esta seja correta ou ao menos seja susceptível de correção.

CAPÍTULO IV – REFLEXOS DOS JULGAMENTOS DE PERFIL ADITIVO NOS MIs 670, 708 E 712

Neste último capítulo, pretende-se fazer uma reflexão sobre o que aconteceu no cenário político, jurídico e social, após estes julgamentos de perfil aditivo proferidos nos MIs 670, 708 e 712. Como está a tramitação dos projetos que regulamentam o mandado de injunção e o direito de greve do servidor público civil? Os tribunais têm cumprido de forma harmoniosa as referidas decisões, às quais fora atribuído efeito *erga omnes*? E os servidores, têm conseguido exercer seu direito de greve?

4.1 – Reflexos políticos

Após os julgamentos dos MIs 670, 708 e 712, sabia-se que a questão da auto-aplicabilidade da ação constitucional do mandado de injunção não estava definitivamente resolvida, pois a complexidade da situação exige uma lei específica. Ademais, o próprio mandado de injunção ainda carece de lei específica que o regulamente.

Neste contexto e dentro das diretrizes do denominado II Pacto Republicano (II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo), o Deputado Flávio Dino apresentou, na Câmara dos Deputados, proposta de regulamentação do mandado de injunção (originado de proposição encaminhada pelos Ministros Teori Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça, e Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal)⁵⁹.

4.1.1 – Projeto de lei n. 6.128 de 2009

Trata-se do PL 6.128, de 2009, da Câmara dos Deputados (anexo I).

O mandado de injunção não possui procedimento especificado em lei. O texto constitucional limitou-se à sua criação. Os tribunais têm adotado a lei do mandado de segurança para regular o procedimento deste processo constitucional, cujo uso vem aumentando sensivelmente nos últimos anos. Quanto mais o cidadão conhecer

⁵⁹ A participação do ministro Gilmar Mendes na redação deste projeto permitiu que as escolhas feitas nos julgamentos dos três Mis sob estudo, fossem inseridas no projeto exatamente nos mesmos termos aduzidos nos julgamentos. Frise-se que o ministro Gilmar foi o relator nos MIs 760-9 e 708-0.

a Constituição Federal e os direitos ali inseridos, maior deverá ser o manejo desta ação mandamental. Sua regulamentação pode evitar dificuldades na sua aplicação.

Para Walter Claudius Rothenburg (2010), esta regulamentação é absolutamente desnecessária, pois o instituto seria sob sua interpretação plenamente auto aplicável.

A previsão de uma ação no próprio capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, para possibilitar a eficácia plena de direitos constitucionais ante a ausência de norma regulamentadora, tem uma dupla relação com o disposto no parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição, segundo o qual “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Por um lado, o mandado de injunção serve para proporcionar judicialmente essa eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo, pois, um veículo. Por outro lado, o próprio mandado de injunção beneficia-se dessa auto aplicabilidade, sendo, pois, objeto da norma do art. 5º, § 1º. Ora, se a eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma instituidora do mandado de injunção decorre da própria Constituição, não há absoluta necessidade de regulamentação (ROTHENBURG, 2010, p.4).

Assim, totalmente desnecessário seria a regulamentação do instituto, mas o autor citado acima reconhece que a regulamentação facilitará, uniformizará e potencializará o manejo desta ação mandamental.

No MI 107, o procurador Inocêncio Mártires demonstra sua preocupação com o vigor deste instituto, e vislumbra que sua autoaplicabilidade poderia causar tensão entre os poderes. Apesar de esta preocupação ser comum à procuradoria da República e ao Supremo Tribunal Federal, com o passar do tempo o mandado de injunção acabou se tornando autoaplicável, seguindo o rito do mandado de segurança.

Conforme ressalta Fábio Lima Quintas (2010) a discussão é necessária, somente o debate pode levar ao amadurecimento da jurisdição constitucional e da democracia.

Esse projeto pode representar, pois, um expressivo sinal do Legislativo e do Executivo e da sociedade (caso se engaje no debate) sobre o modelo de jurisdição constitucional que se tem praticado em nosso País (sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal), bem como sobre o padrão de tutela jurisdicional que deve ser dado às omissões inconstitucionais. É, por isso, extremamente oportuna e relevante a iniciativa tomada pelo próprio Poder Judiciário, dentro dos objetivos do II Pacto Republicano, de encaminhar o anteprojeto que constituiu o PL 6.128/2009 da Câmara dos Deputados, a fim de envolver os demais Poderes e a sociedade na elaboração de mais um importante capítulo da história de nossa jurisdição constitucional, cuja pretensão é que esteja

calcada no pluralismo, na democracia e no respeito à dignidade da pessoa (como estabelecido na Constituição) (QUINTAS, 2010, p.3).

Em um Estado que se pretende democrático o local adequado para o debate é o parlamento, daí a importância deste projeto. A regulamentação reduzirá a complexidade de sua tramitação, diminuindo o número de lacunas a serem colmatadas pelos julgadores ao decidirem os casos concretos levados a julgamento.

Para Mendes (2010), a omissão legislativa tem obrigado a Corte a atuar de forma ativa para solucionar casos concretos:

Hoje, a disciplina da ação constitucional é regulada por um conjunto de precedentes do Supremo Tribunal Federal. A ausência de disciplina processual acabou por obrigar o Supremo Tribunal, num curto espaço de tempo, a apreciar não só a questão relativa à imediata aplicação desse instituto, independentemente da promulgação de regras processuais próprias, como também a decidir sobre o significado e a natureza do mandado de injunção na ordem constitucional brasileira (MENDES, 2010, p. 4).

Diante da permanência da omissão legislativa, a Corte buscou inspiração no direito alemão e nas sentenças aditivas italianas para dar sua resposta às demandas apresentadas neste estudo. A apresentação do projeto demonstra que o legislador está atento às reflexões da Corte e pronto a desempenhar seu papel.

O projeto sinaliza que é chegado o momento de se concretizar o direito de greve do servidor público, pois segundo Inocêncio (2010) existem direitos que precisam de tempo para se tornarem autoexecutáveis.

Diversa dessa postura anética, criticável a todos os títulos, impõe-se admitir e respeitar a atitude dos que, privilegiando a *função prospectiva* das constituições, propugnam por que se adie a eficácia de muitos dos seus comandos, deixando para o legislador ordinário a decisão sobre a forma e o momento adequados à concretização daqueles preceitos que, no momento constituinte, ou não se mostram suscetíveis de configuração definitiva, ou se entende que, pela sua natureza polêmica, devam esperar algum tempo para de fato entrar em vigor, o que se faz condicionando expressamente a sua aplicação à superveniência de regulamentação específica. Mais ainda, e disso há depoimentos de múltiplas procedências, casos existem em que a postergação da eficácia de alguns preceitos da futura Constituição apresenta-se como a única saída para impasses políticos que, se não resolvidos, bloqueariam o processo constituinte, inviabilizando a promulgação das leis fundamentais (COELHO, 2010, p.2).

Resta acompanhar o projeto com seus debates e reflexões para identificar se é realmente chegado o momento adequado para a concretização do direito de greve

para os servidores públicos civis; e se a maturidade democrática brasileira atual é suficiente para sua publicação.

Para Ricardo Luiz Blundi Sturzenegger (2010) o projeto confirma a posição atual da Corte.

Isso porque o projeto tem o claro propósito de conferir ao instrumento do mandado de injunção feição de acordo com tendência já verificada na evolução da jurisprudência do STF, no sentido de conferir à ação efeitos que ultrapassam aqueles decorrentes da mera declaração de mora legislativa que era conferida ao instituto pela jurisprudência anterior (STURZENEGGER, 2010, p. 3).

Os fatos revelam que, infelizmente, o necessário debate não tem ocorrido. O Projeto de Lei 6.128/2009 foi, juntamente com outros semelhantes, apensado ao Projeto de Lei 6.002/1990, que, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, recebeu parecer favorável do relator, Deputado Antonio Carlos Biscaia, nos termos do substitutivo apresentado (anexo II).

Em vinte e um de fevereiro de 2011 o projeto continua na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O texto do projeto demonstra que o seu objetivo é dar efetividade às decisões proferidas em sede de mandado de injunção, diante do seu caráter precário e transitório, “que tal regulação será sempre provisória e pontual, não estando o legislador impedido de regular a matéria, posteriormente, segundo a vontade parlamentar majoritária” (PAIVA, 2010, p. 12).

Está previsto, assim, que uma vez editada a norma legal pelo legislativo, esta prevalecerá sobre aquela dada ao objeto do mandado de injunção. Parece que a atuação do legislador, colocará fim à antiga controversa sobre a autoaplicabilidade do instituto. O então procurador Inocêncio Mártires chegou a dizer que o mandado de injunção não pode ser aplicado enquanto não regulamentado:

Diante do exposto, impõe-se concluir no sentido de que, enquanto não for regulamentado o preceito instituidor do mandado de injunção, este não poderá ser utilizado, assim como não poderão ser exercidos os direitos ou prerrogativas constitucionais, cujas normas consagradoras não possuam os elementos mínimos de que necessitam juízes e tribunais para a emissão de provimentos jurisdicionais (MI 107, RTJ 133, p.25).

Porém, os ministros da Corte constitucional reconheceram a natureza mandamental do instituto dando-lhe aplicação imediata e adotando o procedimento

do mandado de segurança. A Lei 8.038, de 28 de maio de 1990⁶⁰, instituiu normas procedimentais para os processos que especifica perante o Superior Tribunal de Justiça e, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o procedimento a ser adotado para as ações de mandado de injunção seriam os mesmos que os adotados pelo mandado de segurança, até publicação de lei específica.

O projeto coloca fim a uma discussão que já se delongara por muitos anos; não resolve por si mesmo todos os impasses, mas consolida a jurisprudência formada.

Segundo Wambier e Vasconcelos (2010), o projeto além de regular o procedimento do mandado de injunção, dita normas quanto aos seus efeitos, e inova ao prever ação de revisão da respectiva decisão, quando sobrevierem modificações das circunstâncias de fato ou de direito, e ao disciplinar o mandado de injunção coletivo. Resta-nos esperar que o processo legislativo se conclua.

Sem dúvida alguma, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos Mis 670, 708 e 712, provocaram notórios reflexos políticos através de reações positivas entre os parlamentares, que prometem colocar fim a omissão quanto à autoaplicabilidade do mandado de injunção e também quanto à regulamentação do direito à greve pelos servidores públicos civis.

4.1.2 – Projeto de lei n. 6.032 de 2002

Com a aplicação da lei n. 7.783 de 1989 ao direito de greve dos servidores públicos civis, parece não estar resolvida a questão. O julgamento de perfil aditivo praticado pelo Supremo apresenta solução provisória, utilizando a jurisdição constitucional para garantir um direito fundamental previsto na Constituição Federal⁶¹. Certo é que aplicar a lei da iniciativa privada às relações de serviço público é complicado, diante das peculiaridades da Administração Pública. Segundo os ministros Lewandowsk, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, sequer a analogia pode ser utilizada, diante das peculiaridades do serviço público⁶². Lei específica é

⁶⁰ Lei 8.038, de 28 de maio de 1990:

Art. 24.....

Parágrafo único. No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

⁶¹ Por esta razão estas três decisões não representam nítido ativismo judicial ou criação de direito; mas sim aplicação da força normativa da Constituição Federal.

⁶² Na relação de serviço público, o empregador é o Estado e o cliente é a sociedade. A administração rege-se por princípios legais como a legalidade que tolhem sua autonomia; enquanto que a sociedade demanda por serviços que não podem ser interrompidos.

medida que se impõe. O projeto de lei n. 6.032 de 2002 foi apresentado em dezessete de janeiro de 2002, em regime de tramitação prioritária. Foi apensado ao PL – 4.497/2001. Seu objeto é disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis dos poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, previsto no artigo 37, inciso VII da Constituição Federal.

Em vinte e um de fevereiro de 2011, os projetos, compostos de 418 páginas, se encontram em conjunto na Comissão de Constituição e Justiça⁶³. Estabelecem regras desde a realização de assembléia geral, remuneração das faltas, reposição dos dias parados, penalidades, direitos e garantias dos servidores. Contudo, sua tramitação é lenta por inúmeras razões. Talvez falte vontade política para se resolver definitivamente a questão da greve dos servidores públicos civis. Problemas como manutenção dos serviços essenciais, pagamento ou não dos dias parados, são difíceis de encontrar soluções consensuais. A definição destas questões atingem toda a sociedade. É necessário muita reflexão e diálogo maduro. Parece-me que o Congresso Nacional ainda não teve interesse em debruçar-se sobre o problema, deixando assim que a questão fique sendo disciplinada pelas decisões da Corte Constitucional.

4.2 – Reflexos jurídicos

O Supremo Tribunal Federal tem se revelado um eficiente guardião da Constituição. Para maior segurança jurídica, as decisões de instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada, são consideradas afrontas à força normativa do texto constitucional. Contudo, muitos juízes de instâncias inferiores têm, em várias ocasiões, aplicado em suas decisões interpretações diversas, dando ensejo à inúmeras Reclamações⁶⁴ propostas perante o Supremo Tribunal. A falta de uma lei específica publicada pelo Congresso Nacional certamente contribui para que muitos juízes de primeiro e segundo graus, rejeitem a solução provisória advinda das decisões proferidas nos três MIs objetos deste estudo.

⁶³ Informação obtida no site: www.camara.gov.br, acesso dia 21 de fevereiro de 2011.

⁶⁴ A Reclamação ao STF está prevista no artigo 102, I, I. Segundo Theodor Júnior (2008), trata-se de remédio processual para garantir que interessados possam denunciar àquela Corte Superior atos ou decisões ofensivas à sua competência ou à autoridade das suas decisões, fazendo com que sejam devidamente acatadas e cumpridas pelas autoridades que lhe devem respeito e execução. Sua natureza jurídica padece de maior reflexão e definição, pois segundo o STF não é recurso, não é ação e nem incidente processual, situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV da CF (ADI n. 2.212/CE, rel. min. Ellen Gracie).

4.2.1 – Reclamação n. 5.650

Origem: AL – Alagoas

Relator: Min. Eros Grau

Reclamante: Associação dos Procuradores do Estado de Alagoas

Reclamado: Juíza de direito da 16ª Vara Civil da Comarca de Maceió.

A reclamação foi distribuída ao Ministro Eros Grau em oito de novembro de 2007. Em doze de novembro de 2007 a liminar é deferida para suspender os efeitos da decisão reclamada proferida pelo juízo da 16ª vara Cível da Comarca de Maceió/AL, nos autos da ação n. 001.07.0791802-6/2007.

A procuradoria geral da República deu parecer pela procedência do pedido.

Em vinte e um de fevereiro de 2011, a reclamação aguarda apreciação das informações prestadas pelo juiz de direito da 16ª Vara Cível da Comarca de Maceió/Alagoas.

4.2.2 – Reclamação n. 6.568

Origem: São Paulo

Relator: Min. Eros Grau

Reclamante: Estado de São Paulo

Reclamados: 1) Vice-presidente judicial regimental do TRT da 2ª região

2) Relator da Ação Cautelar n. 814.597-5/1-00 do TJSP

A Reclamação foi proposta em 11 de setembro de 2008 e julgada procedente em 21 de maio de 2009. Trata da legitimidade do movimento grevista dos delegados de polícia civil e outros do Estado de São Paulo. Desde 26 de fevereiro de 2010 encontra-se concluso com o relator para julgamento de embargos de declaração.

4.2.3 – Reclamação n. 6.200

Origem: RN – Rio Grande do Norte

Relator: Min. Gilmar Mendes

Reclamante: União

Reclamado: Juiz Federal da 5ª Vara Federal do Rio Grande do Norte

A ação de origem é o Mandado de segurança n. 2008.84.00.003288-9, impetrado pelo sindicato Nacional dos auditores fiscais da Receita Federal do Brasil – Unafisco Sindical.

A reclamação foi proposta em vinte de junho de 2008, com o objetivo de suspender os efeitos da sentença proferida na ação de origem, tão somente quanto à exigência de prévia instauração e finalização de processo administrativo, como condição ao desconto dos dias não trabalhados.

Desde de vinte e quatro de abril de 2010 a reclamação encontra-se conclusa à Presidência.

4.2.4 – Reclamação n. 10.224

Origem: SP – São Paulo

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Reclamante: Sindicato União dos servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo

Reclamado: Relator do processo n. 990.10.205854-9 do TJ de São Paulo.

Reclamação proposta em 04 de junho de 2010.

Em dezesseis de junho de 2010 foi negado seguimento a esta reclamação pelo Min. Relator, sob o argumento de que as decisões proferidas nos Mis 670, 708 e 712 não seriam extensivas aos servidores do TJ/SP

Em vinte e dois de junho de 2010 foi interposto agravo regimental.

Em dez de dezembro de 2010, a reclamação foi julgada prejudicada pelo ministro Ricardo Lewandowski. Em onze de fevereiro de 2011 foi baixada ao arquivo.

4.2.5 – Reclamação n. 10.410

Origem: SP – São Paulo

Relator: Min. Ayres Brito

Reclamante: Sindicato União dos servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo

Reclamado: Relator da RCL 10.224 do STF

Reclamação distribuída em 21 de julho de 2010.

Trata-se de reclamação contra decisão proferida pelo desembargador Akel do órgão especial do TJ de SP, que teria desrespeitado o quanto decidido por esta Corte nos autos do MI-712/PA e da RCL 6.568/SP, ambos de relatoria do Min. Eros Grau. E do relator da RCL 10.224, Min. Ricardo Lewandowski, que considerou que a decisão proferida nos Mis 670, 708 e 712 não são extensivas aos servidores do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Desde trinta de agosto de 2010, encontra-se com vista à Procuradoria Geral da República.

4.2.6 – Reclamação n. 10.411

Origem: SP – São Paulo

Relator: Min. Dias Toffoli

Reclamante: Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de São Paulo, Osasco e Região.

Reclamado: Juiz de direito da 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo

Reclamação proposta em 21 de julho de 2010.

Desde primeiro de dezembro de 2010, encontra-se com vista à Procuradoria Geral da República⁶⁵.

As reclamações apresentadas revelam que a omissão legislativa suprida pelos julgamentos de perfil aditivo, não estão conseguindo dar pleno respaldo ao exercício do direito de greve aos servidores públicos civis brasileiros. Surgem questões complicadas como limites da greve com relação aos serviços essenciais; pagamento dos dias parados, fixação de multas e competência dos órgãos judiciários para a solução dos conflitos. Os tribunais nacionais têm sido provocados. A maioria dos magistrados tem analisado caso a caso, segundo suas peculiaridades. E o jurisdicionado, inconformado, reclama ao Supremo Tribunal Federal.

4.3 – Reflexos sociais

Com o objetivo de verificar-se na realidade dos servidores públicos civis brasileiros, sobre o efetivo exercício do direito de greve; pretende-se conhecer o histórico do movimento grevista levado a efeito pelo sindicato dos policiais civis do DF. A escolha deste sindicato deve-se à grande mobilização que ele consegue perante sua categoria, revelando organização e disposição da classe para lutar por seus direitos, e por ser reconhecida como a melhor polícia civil do país. Ademais, a atividade policial é extremamente importante para o Estado e para a sociedade. Por essas razões, neste contexto, parece ser possível identificar-se os reflexos sociais das decisões proferidas nos Mis 670, 708 e 712.

Desde 2006, o Sinpol (Sindicato dos Policiais Civis do DF) negociava com o governador José Roberto Arruda a elaboração, logo no início de 2007, da mensagem que concede o reajuste aos policiais civis do DF, de acordo com a correção do Fundo Constitucional, de 14,14%. Ao assumir o Governo do Distrito Federal, Arruda pediu um tempo para concretizar a transição entre governos e logo resolveria a questão. A situação se arrastou de tal forma que o Sinpol, depois de várias tentativas de negociação, teve de convocar assembléias e frente do descaso do governo a categoria decidiu por greve a partir de dezesseis de maio de 2007.

⁶⁵ Os andamentos processuais das Reclamações foram obtidos no site oficial do STF, www.stf.jus.br, acesso em 21 de fevereiro de 2011.

Diante da demonstração de força, o governador se prontificou a enviar a mensagem ao governo. Mas, a caminhada em busca do reajuste estava apenas começando. O Sinpol fez negociações com o Ministério do Planejamento, que fazia o mesmo com entidades sindicais da Polícia Federal. O governo nunca demonstra sensibilidade e sempre dificulta as negociações.

Mas os policiais demonstram união e força para defenderem suas reivindicações, que somente são atendidas quando a paralisação pode causar grandes problemas. Vitórias têm sido alcançadas em relação à aposentadoria especial, elevação das gratificações intermediárias, a lei do subsídio, reajustes salariais, progressões de policiais, liberação do concurso para Técnico Penitenciário,

Contudo, a intransigência do governo quanto do retorno da adicional noturno, do adicional por insalubridade, das vantagens pessoais incorporadas, o plano habitacional, aos aumentos diferenciados e à falta de reestruturação da carreira continua.

Nos dois últimos anos os policiais civis do DF fizeram negociações infrutíferas, mobilizações e paralisações, conseguiram importantes vitórias, mas a reestruturação da carreira parece depender de muita luta. O sindicato está organizando-se e não parece desistir de lutar por melhorias para sua classe.

No último ponto deste trabalho, pretende-se obter informações dos envolvidos diretamente com o direito de greve dos servidores públicos civis, mais especificamente os policiais civis do Distrito Federal. Para tanto foram ouvidos um diretor de comunicação, um diretor jurídico e um agente policial sindicalizado, mas não membro da diretoria. As informações foram obtidas por meio de entrevistas semiestruturadas, cujo texto na íntegra é objeto do anexo III deste trabalho, onde foram feitas as mesmas perguntas para cada um deles em separado.

A entrevista pretende identificar nos entrevistados:

1- Se eles têm conhecimento a respeito das decisões proferidas pelo STF nos Mis 670, 708 e 712.

2- Se houve alguma mudança nos movimentos grevistas antes e depois de outubro de 2007.

3- Se eles consideram ser papel do judiciário disciplinar as regras dos movimentos grevistas dos servidores públicos civis.

4- Se eles percebem a necessidade de uma lei especial que regule o direito de greve do servidores públicos civis.

5 – Se eles têm direito de greve.

A entrevista demonstrou que a questão está longe de ser pacificada. Dentro do mesmo sindicato as opiniões divergem-se frontalmente.

Quanto à primeira questão os diretores jurídico e de comunicação tiveram conhecimento das referidas decisões; enquanto que o agente policial não teve sequer conhecimento das mesmas. Este fato demonstra que a sociedade ainda não se interessa muito pelo que decidem os tribunais, apenas as pessoas envolvidas mais diretamente com o mundo jurídico atêm-se a observar os julgamentos do STF, apesar destes serem até mesmo transmitidos ao vivo pela televisão, ainda não há no cidadão comum brasileiro, o hábito de acompanhar as decisões judiciais.

Quanto à segunda questão, para o diretor jurídico as decisões não foram suficientes para concretizar o direito de greve para o servidor público civil, de forma eficaz, mas fixaram critérios importantes, nas palavras do diretor, o STF forneceu uma “bengala⁶⁶” para que os servidores possam caminhar. Ressalta que existem peculiaridades no serviço público que necessitam de uma lei especial. Por outro lado, para o diretor de comunicação, a decisão do STF de aplicar a lei da iniciativa privada é suficiente para regular as greves dos servidores públicos civis, não há necessidade de lei especial, até por que, afirma o diretor, já existem leis penais que podem também ser aplicadas para coibir excessos. O diretor de comunicação desconfia que nova lei seja prejudicial aos trabalhadores, uma vez que segundo sua opinião, os congressistas são representantes do povo, mas apenas do povo pertencente à classe dominante. O agente policial, terceiro entrevistado, entende ser necessário uma lei especial.

A respeito da terceira pergunta parece claro, principalmente no terceiro entrevistado, o entendimento de que legislar é matéria do Congresso Nacional.

Quanto à quarta pergunta, apenas o segundo entrevistado não reconhece a necessidade de uma lei especial para tratar da matéria.

Finalmente, acerca da última pergunta, todos reconhecem a greve como um direito da categoria.

⁶⁶ A expressão “bengala” foi utilizada pelo entrevistado, conforme consta no anexo III deste trabalho e gravação em poder da autora.

As respostas revelam a dificuldade de obter-se o consenso nesta questão. Os três entrevistados representam diferentes visões de mundo que coexistem na sociedade brasileira. Para o diretor jurídico existe a necessidade de lei especial que regulamente o direito de greve, considera a decisão do STF como uma “bengala” para os servidores públicos civis caminharem no exercício de seu direito de greve. Assim revela nas entrelinhas de sua fala, a sua concepção positivista do direito, que deve estar escrito, ou seja, codificado. Adota postura procedimentalista, confiando nos procedimentos legislativos democráticos.

Ao revés, o diretor de comunicação desconfia da lei e da democracia representativa. Ao considerar as decisões suficientes filia-se a uma corrente de direito pós-positivista, talvez até pragmatista, preocupado com a realidade social, ou seja, o importante é garantir o direito material já adquirido.

O terceiro entrevistado demonstra certa indiferença quanto ao assunto, ademais ele sequer tomou conhecimento das decisões. O interessante é que o terceiro entrevistado é um agente policial que não pertence à diretoria, assim representa mais fielmente o perfil dos sindicalizados, o que demonstra que a maioria do povo não tem interesse em conhecer e acompanhar o que decidem os tribunais. Sua fala também revela que para a maioria do povo brasileiro fazer leis é tarefa do Congresso Nacional. O povo acredita na democracia representativa. E o mais interessante é que para este entrevistado o direito de greve dos servidores públicos civis é real e concreto porque previsto na Constituição.

Isto demonstra que o povo brasileiro confia na força normativa de sua Constituição e quer vê-la concretizada. Os mandamentos constitucionais, englobando regras e princípios, representam efetivamente a vontade geral da nação brasileira.

CONCLUSÃO

Os denominados julgamentos de perfil aditivo proferidos nos mandados de injunção 670, 708 e 712 foram o objeto deste estudo.

O objetivo geral de analisar o conteúdo dos votos compreendendo suas razões e reflexos foi alcançado. Os objetivos específicos também foram atingidos, pois a análise do contexto da atividade jurisdicional no Brasil perpassou todos os capítulos. Buscou-se compreender o que é direito e as razões que levam os Tribunais Constitucionais a adotarem uma postura positiva⁶⁷ diante das omissões constitucionais. Ficou demonstrado que a principal razão desta postura é a busca de dar efetividade aos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos no texto constitucional; e que proteger os direitos fundamentais não pode ser um pretexto para exageros da corte Constitucional, sob pena de perder sua legitimidade.

O problema apresentado foi: Em que medida os julgamentos de perfil aditivo proferidos nos mandados de injunção números 670, 708 e 712, contribuem para a efetivação do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988? Cabe ressaltar que este Estado tem entre seus princípios fundamentais a democracia, a dignidade da pessoa humana, a separação dos poderes e os valores sociais do trabalho⁶⁸.

O trabalho desenvolveu-se na tentativa de se confirmar ou não a seguinte hipótese: Os julgamentos com perfil aditivo, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em sede dos mandados de injunção números 670, 708 e 712, garantem a efetivação de um direito sócia e contribuem positivamente para a concretização do modelo de Estado instituído pela Constituição Federal de 1988.

Ao final não restaram dúvidas de que estas decisões garantiram a concretização de um direito fundamental e contribuíram para a realização do Estado prometido pelo constituinte de 1988. Contudo, o estudo conduziu a autora a

⁶⁷ A expressão positiva é empregada no sentido de que os Tribunais tomam a atitude de ver além da literalidade das palavras da lei.

⁶⁸ Art. 1º da CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - ...

II -

III- a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
o Judiciário.

reformular seu conceito de ativismo judicial e a não enquadrar estas três decisões como ativistas.

O estudo demonstrou que após a criação dos tribunais constitucionais e do reconhecimento da necessidade de proteger-se os direitos fundamentais, considerando-os como núcleo das Constituições, a sociedade vive o fenômeno da judicialização⁶⁹ de todo tipo de questões sociais e políticas e um novo paradigma⁷⁰ parece surgir na sociedade deste século XXI.

Para compreender-se a construção desse novo paradigma, é essencial uma reflexão sobre a evolução do próprio conceito de direito e sua relação com a sociedade. Observou-se que sua pretensão de validade e racionalidade nem sempre são verdadeiras, tornando-se mera simbologia de uma sociedade que não se concretiza; e neste cenário o direito perde sua razão de existir. Um judiciário comprometido com a guarda da Constituição pode atuar positivamente e contribuir para a concretização dos direitos escolhidos pelo legislador originário.

Esta posição ativa do judiciário permite uma volta ao realismo jurídico americano, verificando ser este, uma inspiração para a atual jurisdição constitucional brasileira. Foram delineados os limites, características e legitimidade dessa nova postura do judiciário, que apesar das críticas e receios democráticos parece comprometido com a realização das promessas constitucionais.

Fez-se uma reflexão sobre a construção do entendimento jurisprudencial a respeito do mandado de injunção, que lentamente foi ampliando seu campo de aplicação; e uma compreensão acerca do instituto da greve, reconhecido hoje, como um direito fundamental, pois instrumento essencial para a luta dos trabalhadores na busca por melhores condições de trabalho e dignidade humana.

A análise do conteúdo dos votos desenvolvidos em diferentes mandados de injunção permite uma maior compreensão da virada jurisprudencial e revela a posição dos atores deste processo com sua vinculação teórica inicialmente procedimentalista e sua evolução para uma postura mais substancialista na

⁶⁹ Observe que a judicialização decorre do modelo constitucional e a juridicização decorre das relações sociais.

⁷⁰ O paradigma é um grande quadro teórico que guia o cientista durante um tempo, até que um novo paradigma surja e os cientistas adotem novos instrumentos e orientem seu olhar em novas direções, no que ele chama de revolução científica (KUHM, 1990, pg. 13). Júlia Ximenes (2011) demonstra que este novo paradigma da judicialização da política questiona a clássica separação dos poderes

aplicação das leis aos seus julgamentos. A análise dos registros demonstra que os ministros estão comprometidos com a tarefa de fazer cumprir a Constituição, mas não deixaram sua preocupação com a legalidade e a segurança jurídica. A técnica não substitui a democracia e o controle de constitucionalidade não tem o objetivo de substituir o voto.

Verificou-se, o que ocorreu após os julgamentos dos MIs 670, 708 e 712. Observou-se que os projetos que regulamentam o procedimento para o mandado de injunção e para a regulamentação do direito de greve continuam tramitando no Congresso Nacional, o que revela que a atitude tomada pelo STF não causou grande desconforto para o poder legislativo que parece até desejar o ativismo judicial⁷¹.

No contexto jurídico, constatou-se não ter havido um entendimento uniforme acerca da aceitação das referidas decisões pelos tribunais inferiores, tendo ocorrido inúmeras reclamações perante o STF, o que evidencia grande insegurança jurídica para os jurisdicionados.

No âmbito social pôde-se constatar que os servidores públicos civis têm como certo o direito de greve, mesmo que pendente de regulamentação. Para alguns não existe sequer a necessidade de lei especial; mas para outros a decisão do STF forneceu apenas uma “bengala”⁷² para os servidores públicos caminharem na luta por seus direitos.

Frise-se que em uma sociedade hipercomplexa, não existe espaço para o simplismo conceitual e isolamento teórico. Não se vislumbra a existência de uma sociedade ideal. Gisele Cittadino (2009) chega a concluir que já não se permite qualquer referência a um sujeito individual ideal inserido nessa sociedade plural. Os regionalismos convivem com pretensões universalistas econômicas e democráticas. Nesse contexto histórico relacionam-se direito, política e ética, cuja marca principal é, para a referida autora, um indiscutível compromisso com os direitos constitucionais. Assim, mesmo um dos principais pilares do Estado Democrático,

⁷¹ Vale lembrar que os pontos decididos nos julgamentos dos MIs da greve, foram inseridos no projeto de lei que regulamentará o MI, demonstrando que o discurso dos ministros parece estar sintonizado com o discurso parlamentar.

⁷² A palavra “bengala” foi utilizada pelo diretor jurídico do Sinpol na entrevista realizada e que consta do anexo III deste trabalho.

como a separação dos poderes, não pode mais ser concebida de modo radical. Sob pena de paralisação das atividades estatais.

A reflexão levada a efeito, neste trabalho, conduz à conclusão de que nestes três casos específicos não houve ativismo judicial. A jurisprudência da Corte Constitucional tem evoluído sim, mas tem sido uma virada comprometida com todos os princípios e direitos constitucionais, não criando novos direitos.

A análise do conteúdo dos votos comprova a preocupação da corte com a segurança jurídica e respeito aos pilares democráticos. Apesar disto, foi identificada insegurança jurídica, pelo descumprimento das decisões do STF pelos outros tribunais nacionais, o que ficou demonstrado pelas reclamações ajuizadas. Finalmente ficou demonstrado, pelas entrevistas realizadas que a Constituição Federal de 1988 é realmente a Constituição do povo brasileiro, que nela acredita e quer concretizar.

Desta forma, rotular estas decisões como ativistas, parece-me um discurso simplista, superficial e desconectado da realidade brasileira⁷³, suas razões e reflexos demonstram que o direito para o cidadão brasileiro é muito mais que a letra morta da lei, mas é um conjunto de atitudes, de vários atores⁷⁴, em defesa da forma de vida prometida pelo novo Estado instituído pela Constituição Federal de 1988.

⁷³ Os critérios estabelecidos por Bredley Cânon (1983) são interessantes, porém a realidade brasileira é diferente da realidade norte americana.

⁷⁴ Entre estes atores estão: Legisladores, magistrados e cidadãos comuns.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2 ed. Barcelona, Gedisa: 1997.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 5 ed. Curitiba. Juruá, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Artigo publicado no jus navegando, acesso em 20 de setembro de 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2 ED. Bauru: Edipro, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANNON, C. Bradley. Defining the dimensions of judicial activism. **Judicature**. Volume 66, n. 6, 1983.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.** São paulo: Saraiva, 2006

CHAUI, Marilena. **Brasil. Mito fundador e sociedade autoritária.** São Paulo: Perseu Abramo, 2007.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva.** Rio de Janeiro: 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: Uma questão política. **Revista diálogo jurídico.** Número 2, Bahia, 2002.

_____. **Interpretação constitucional.** 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. **Da hermenêutica filosófica á hermenêutica jurídica. Fragmentos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O mandado de injunção aos vinte anos de idade. **Observatório da jurisdição constitucional.** Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os directos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Nuevos tiempos para El constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel **Neoconstitucionalismo (s).** 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

FILHO FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição.** São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO LYRA, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

FRANCO, Maria Laura P. B, **Análise do conteúdo**. 2 ed. Brasília: Líber, 2007.

FRANK , Jerome. **Law and the modern mind**. Gloucester, Meter Smith, 1970.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer> Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2007.

GALLE, Fábio Cristiano Woerner. Mandado de Injunção: o resgate da interpretação concretista. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 12, n. 1679, 5 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10917>. Acesso em 10 de dezembro de 2008.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia. O guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GASIÓ, Guillermo. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Madrid: Tecnos, 1995.

GUARNIERI, Carlo. **Judicialismo. Como funciona la máquina judicial?: El modelo italiano**. Tradução de Alejandro W. Slokar y Norberto F. Frontini. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

HAGE, Jorge. O PL que regulamenta o Mandado de Injunção – uma iniciativa mais que oportuna. In **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulberkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. (tradução Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 1 ed. São Paulo: Editora LTR, 2005.

HOLMES, Stephen. **Precommitment and the paradox of democracy. Passion & constraint**. Chicago, the University of Chicago Press, 1995.

JÚNIOR FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnicas, decisão e dominação.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

JÚNIOR, Francisco Elnatan Carlos de Oliveira. **A Mudança de paradigma na decisão proferida em Mandado de Injunção.** Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>, 22 de abril de 2008. Acesso em 10 de dezembro de 2008.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria geral do direito e do estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany.** London: duke University Press, 1997.

KRAMER, D. Larry. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o “interesse do homem”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectiva, 1990.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição.** Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1998.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (2002). A greve do servidor público civil e os direitos humanos. **Revista Jurídica**, vol. 3, nº 34. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_34/artigos/Art_carlos.htm, acessado em 18/08/2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito.** Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, vol.1 (1983).

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – Necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: Possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a Pronúncia de nulidade no direito brasileiro. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 47, nº 183: Janeiro/Junho de 1994ISSN 0100-1213.

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

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: revista dos Tribunais.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional** . 18 ed. São Paulo: Atlas,2005.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Comentários à lei de greve**. São Paulo: Editora LTR, 1989.

_____, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 32. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica**. Unam, 1974.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil. O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, Antonio Francisco. **Mandado de Injunção. Da inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993).

OLIVEIRA, Fabiana Luci e SILVA, Virgínia Ferreira. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 7, n.13, jan/jun 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela Jurisdicional e Estado democrático de direito. Por uma compreensão adequada do Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 1999.

PAIVA, Paulo. A natureza das decisões em Mandado de injunção: Acerca da supressão unilateral da omissão mediante decisões de perfil aditivo. In **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

POGREBINSCH, Thamy. **Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC, 2000.

QUINTAS, Fábio Lima. Porque regulamentar o Mandado de injunção? In **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Theory of Justice**. Cambridge. Harvard University Press, 1977.

REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do Direito, in **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo: vol.X, Fsc. IV, outubro-novembro-dezembro, 1960, p. 463).

_____. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61/64).

RESTREPO, Gabriel Mora. **Justicia constitucional y arbitrariedad de los juices**. Buenos Aires, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2009.

ROSENFELD, Michel. Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estado Unidos: Paradoxos e Contrastes. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. MOREIRA, Luiz.(orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Publicações Europa-América, 1981.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O mandado de injunção finalmente terá sua lei, in OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564. 1.

SANCHIS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SEBASTIÀ, César Arjona. **Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes**. Madrid: Iustel, 2006.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Antônio Álvares da. **Greve no Serviço Público depois da decisão do STF**. São Paulo: Editora LTR, 2008.

STRECK, Lênio Luiz . **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. **Novas perspectivas sobre o mandado de injunção**. In Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Democracia y derechos humanos: el Regimen Emergente de la promoción Internacional de la Democracia y del Estado de Derecho. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 47, nº 183: Janeiro/Junho de 1994. ISSN 0100-1213

VALLE, Vanice Regina Lírio do, et al. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** . Curitiba: Juruá, 2009.

VIANA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILHENA, Oscar. **A constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. A PROPÓSITO DA PROPOSTA LEGISLATIVA DE NOVA DISCIPLINA PARA O MANDADO DE INJUNÇÃO. In **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. ISSN 1982-4564.

XIMENES, Júlia Maurmann. **O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. **A judicialização da política como problemática de pesquisa**. Circulação restrita, 2011.

_____. **Levantamento de dados na pesquisa em direito – a técnica da análise de conteúdo**. Circulação restrita, 2011.

ZACCARIA, Giuseppe. **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 7. ed. Madrid: Giulio Einaudi editore, 2007.

ANEXO I

PROJETO DE LEI Nº 6.128, DE 2009 (Do Sr. Flávio Dino)

Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo, nos termos do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Art. 3º Estão legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, liberdades ou prerrogativas referidos no artigo 2º e, como impetrado, o Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

Art. 4º A petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que este integra ou ao qual se acha vinculado.

§1º Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados.

§2º Quando o documento necessário à prova do alegado se encontrar em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a sua exibição no prazo de 10 (dez) dias. Cópia do documento, quando exibido, será juntada à segunda via da petição.

§3º Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

Art. 5º Recebida a inicial, será ordenada:

I – a notificação do impetrado do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações;

II – a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial, para que, querendo, ingresse no feito.

Art. 6º A inicial será desde logo indeferida quando manifestamente incabível ou improcedente a impetração.

Parágrafo único. Da decisão de relator que indeferir a inicial caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração.

Art. 7º Findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 (dez) dias. Após, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão.

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para o fim de:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição da norma em anterior mandado de injunção.

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

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

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

§3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

Art. 10 Sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito.

Parágrafo único. A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei.

Art. 11 A superveniente norma regulamentadora produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

Parágrafo único. Ficará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.

Art. 12 O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade, ou de parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos, liberdades e prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

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

Parágrafo único. O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

Art. 14 Aplicam-se subsidiariamente ao mandado de injunção as normas do mandado de segurança (Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009) e do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

Art. 15 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, temos até hoje grandes lacunas na consecução de seus objetivos, devido à falta de regulamentação de importantes dispositivos. O legislador constituinte, preocupado com a perenidade e a efetividade da sua obra, impregnou o novo texto constitucional de

garantias tendentes a assegurá-las, tais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Este último, apesar de sua larga utilização, ainda não foi objeto de adequada regulação infraconstitucional. Para ilustrar a importância desse instrumento constitucional, transcrevo abaixo relato colhido do sítio do Supremo Tribunal Federal:

Omissão Inconstitucional

Decisões em que se declarou a mora do Poder Legislativo e cuja matéria ainda se encontra pendentes de disciplina:

Processo Relator Data do julgamento

MI 788 Min. Carlos Britto 15/4/2009
MI 795 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 796 Min. Carlos Britto 15/4/2009
MI 797 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 808 Min. Carlos Britto 15/4/2009
MI 809 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 815 Min. Carlos Britto 15/4/2009
MI 825 Min. Carlos Britto 15/4/2009
MI 828 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 841 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 850 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 857 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 879 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 905 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 927 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 938 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 962 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 998 Min. Cármen Lúcia 15/4/2009
MI 758 Min. Marco Aurélio 1/7/2008
MI 670 Min. Maurício Corrêa 25/10/2007
MI 708 Min. Gilmar Mendes 25/10/2007
MI 712 Min. Eros Grau 25/10/2007
MI 721 Min. Marco Aurélio 30/8/2007
ADI 3682 Min. Gilmar Mendes 9/5/2007
MI 695 Min. Sepúlveda Pertence 1/3/2007
ADI 3276 Min. Eros Grau 2/6/2005
MI 278 Min. Carlos Velloso 3/10/2001
MI 95 Min. Carlos Velloso 7/10/1992
MI 124 Min. Carlos Velloso 7/10/1992
MI 369 Min. Sidney Sanches 19/8/1992

Aposentadoria Especial do Art. 40, § 4º, da CF

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre

prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador. (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007).

Na linha da nova orientação jurisprudencial fixada no julgamento do MI 721/DF (DJE publicado em 30.11.2007), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Tratava-se, na espécie, de writ impetrado por servidor público federal, lotado na função de tecnologista, na Fundação Oswaldo Cruz, que pleiteava o suprimento da lacuna normativa constante do aludido § 4º do art. 40, assentando-se o seu direito à aposentadoria especial, em razão de trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre, em que mantinha contato com agentes nocivos, portadores de moléstias humanas e com materiais e objetos contaminados. Determinou-se, por fim, a comunicação ao Congresso Nacional para que supra a omissão legislativa. (MI 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.7.2008).

Em sessão plenária do dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem nos MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Dessa forma, reafirmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. Na mesma ocasião, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que os Ministros decidam monocraticamente e definitivamente os casos idênticos.

Direito de Greve

O Tribunal julgou três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do

Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;"). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. (MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007).

Lei Complementar Federal para Criação de Municípios

O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada pela Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/1996 ("A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei"), e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional (ADI 3682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.5.2007).

Aviso Prévio Proporcional

O Tribunal julgou procedentes quatro pedidos formulados em mandado de injunção para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da CF, e para determinar a comunicação da decisão a esse órgão (CF: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;"). (MI 369/DF, rel. org. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Francisco Rezek; MI 95/RR, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 7.10.1992; MI 124/SP, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 7.10.1992; MI 278/MG, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, 3.10.2001; MI 695/MA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º.3.2007).

Tribunal de Contas: Criação de Cargos no Modelo Federal

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT e declarou a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de lei de criação das carreiras de auditores e de membros do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará, a impedir o atendimento do modelo federal (CF, art. 73, § 2º e art. 75- verbete 653 da Súmula do STF). (ADI 3276/CE, rel. Min. Eros Grau, 2.6.2005) Gestor: SECRETARIA DAS SESSOES Última atualização: 3/7/2009. Além de sublinhar a importância de prioridade no atendimento das citadas decisões do STF, a transcrição demonstra a relevância de edição de uma lei específica acerca de tal ação constitucional, a

exemplo do já procedido no tocante à ação direta de inconstitucionalidade, à arguição de descumprimento de preceito fundamental e, mais recentemente, ao mandado de segurança.

Esse é o objetivo da presente proposição. Proponho a regulação do procedimento do mandado de injunção, fixando inclusive as normas quanto aos seus efeitos mandamentais, em sintonia com a evolução jurisprudencial pátria (MI 721-DF, entre outros precedentes).

O projeto é inovador nas disposições relativas ao mandado de injunção coletivo, à eventual efeito *erga omnes* e na previsão de uma ação de revisão da decisão proferida em mandado de injunção, “quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”.

Destaco, finalmente, que o texto estabelece a primazia da norma regulamentadora que for editada pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 11 do projeto. A proposição foi discutida no âmbito do Grupo Judiciário do “Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, sendo-me encaminhada pelos eminentes Ministros Gilmar Mendes (STF) e Teori Zavascki (STJ).

Ante o exposto, peço apoio na aprovação deste Projeto de Lei.

Sala das Sessões, em de 2009.
Deputado Flávio Dino

ANEXO II

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA PROJETO DE LEI Nº 6.002, DE 1990 (Apenso PLs nº 998/88, 1.662/89, 4.679/90, 3.153/00, 6.839/06 e 6.128/09)

“Dispõe sobre o mandado de injunção”.

Autor: SENADO FEDERAL

Relator: Deputado ANTONIO CARLOS BISCAIA

I – RELATÓRIO

Vem a esta Casa, para o exercício de sua competência revisora (CF, art. 65), o projeto de lei que regulamenta o mandado de injunção, aprovado pelo Senado Federal.

O projeto define o mandado de injunção, disciplina a competência dos tribunais para dele conhecer e enumera os requisitos para a petição inicial, disciplinando seu acolhimento pelos juízes. Dispõe ainda sobre o processo e julgamento da causa, notadamente quanto à citação, pedido de informações, oitiva do Ministério Público, prazo para decisão, apelação, renovação do pedido, prioridade para julgamento e litisconsórcio.

Em apenso, acham-se os Projetos de Lei nº 998/88, 1.662/89, 4.679/90, 3.153/00, 6.839/06 e 6.128/09, todos cuidando do mesmo tema.

Esgotado o prazo regimental de cinco sessões, não foram oferecidas emendas ao projeto, conforme atesta a Secretaria desta Comissão.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Compete à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, nos termos do art. 32, IV, a, do Regimento Interno, pronunciar-se quanto à constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa dos projetos, assim como quanto ao seu mérito.

A matéria é de suma importância, notadamente quando, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, o mandado de injunção carece ainda de regulamentação legal. Este colegiado deve, pois, colher a oportunidade para entregar ao povo brasileiro a tão longamente esperada lei de regência do instituto, que possibilitará sua utilização livre das controvérsias que hoje grassam no Poder Judiciário e entre os doutrinadores. Cabe, de início, tecer breves considerações sobre a trajetória do mandado de injunção, cuja construção tem sido intensa pela doutrina e pela jurisprudência desde a promulgação da Constituição Cidadã. Nesse trabalho, destaca-se o papel do Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual a Constituição outorgou parcela significativa de competência para julgar as ações em questão. Decidindo pela auto-aplicabilidade do instituto, nossa Suprema Corte permitiu sua imediata utilização. Entretanto, adotou inicialmente uma orientação deveras restritiva quanto à sua natureza e ao seu alcance, dando-lhe função *meramente declaratória* e equiparando-o à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, numa decisão que suscitou vivas críticas doutrinárias.

Num segundo momento, o Tribunal foi mais longe, não apenas reconhecendo a omissão, como também *assinando prazo* para que se ultimasse o processo

legislativo da norma faltante. Disso são exemplos casos que envolveram a isenção da contribuição para a seguridade social de que trata o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, e a reparação econômica a ser concedida aos cidadãos prejudicados pelas Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica mencionadas no art. 8º, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Aqui, o STF *fixou também uma sanção*, caso persistisse a omissão ao fim do prazo assinalado: permitiu à parte o usufruto da isenção tributária constitucional em causa, no primeiro caso, e, no segundo, possibilitou aos impetrantes ajuizar ação ordinária contra a União para obter a indenização devida. Mais recentemente, operou-se uma substancial mudança na jurisprudência do STF, que passou a atribuir ao mandado de injunção *caráter mandamental, e não simplesmente declaratório*, permitindo que nele se supra, *para o caso concreto*, a omissão legislativa. Adotou-se assim a *teoria concretista*, que conta com o apoio de parte majoritária da comunidade jurídica. O mais importante *leading case* na espécie foi o MI 721-DF, relator o Ministro Marco Aurélio, onde o Tribunal aplicou aos servidores públicos, por analogia, a lei de aposentadoria dos trabalhadores em geral (Lei nº 8.213/91), até que seja editada a lei de que cuida o art. 40, § 4º da Constituição Federal.⁶ Mecanismo semelhante foi adotado pela Corte nos MI 670-ES, 708-DF e 712-PA, que tratavam do exercício do direito de greve no setor público. Para além disso, doutrina e jurisprudência concorreram para a fixação de diversas outras características do mandado de injunção, de modo a viabilizar sua utilização até que fosse editada sua regulamentação legal. O procedimento do mandado de segurança foi adotado, por analogia, numa providência posteriormente convertida em norma jurídica pelo art. 24, parágrafo único da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Em consequência, não se admite produção probatória, pois o direito da parte deve ser comprovado de plano, nem são devidos honorários advocatícios. Qualquer pessoa física ou jurídica é parte legítima para o ajuizamento do mandado de injunção, não incidindo sobre ele decadência ou prescrição. Admite-se, outrossim, a impetração coletiva, por aplicação analógica do art. 5º, LXX da Constituição Federal. Em face da natureza mandamental da ação, que se dirige a autoridades públicas que se pretendem omissas, o STF firmou o entendimento de que não cabe litisconsórcio passivo entre o órgão legislativo e aquele que deverá suportar os efeitos da sentença. Conforme decidiu o Tribunal:

“somente pessoas estatais podem figurar no pólo passivo da relação processual (...), eis que apenas a elas é imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos. A natureza jurídico-processual do instituto do mandado de injunção – ação judicial de índole mandamental – inviabiliza, em função de seu próprio objeto, a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entes estatais.” (MI-AgR 335-DF, relator Ministro Celso de Mello, D.J.U. 17/06/1994, p. 15.720.

O entendimento do STF orientou-se no sentido de permitir que somente entidades estatais figurem no pólo passivo da relação processual, visto que “apenas a elas é imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos”. De outra parte, firmou-se também jurisprudência no sentido do não cabimento de liminar no mandado de injunção, rejeitando-se o ajuizamento de ação cautelar para a obtenção de medida acautelatória. Os recursos são, para o momento, apenas aqueles

enumerados pela Constituição Federal: o recurso ordinário para o STF (CF, art. 102, II, a) e o recurso extraordinário para o mesmo tribunal (art. 102, III).

Finalmente, a decisão no mandado de injunção é executada, em princípio, pela “comunicação ao órgão ou autoridade competente para cumprila”, fazendo coisa julgada “apenas entre as partes”. Feita essa digressão histórica sobre a natureza e o alcance do mandado de injunção no regime da Constituição de 1988, passemos à análise dos projetos de lei objeto deste parecer.

No que toca à constitucionalidade formal, foram obedecidos os ditames constitucionais relativos à competência legislativa da União (CF, art.22, I), sendo atribuição do Congresso Nacional dispor sobre a matéria, com posterior sanção do Presidente da República (CF, art. 48), mediante iniciativa legislativa concorrente (CF, art. 61, *caput*). No âmbito da constitucionalidade material, cabe apontar a inconstitucionalidade dos dispositivos que estabelecem a competência dos Tribunais de Justiça e dos juízes estaduais para conhecer e julgar mandados de injunção. Tais disposições violam o art. 125, § 1º da Constituição Federal, visto que é privativo dos Estados-membros dispor, em suas Constituições e leis locais, sobre a competência de seus órgãos judiciários. Nesse sentido a manifestação da doutrina, como se vê na obra capital de Hely Lopes Meirelles, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes:

“Cada Estado tem competência para legislar em matéria de competência dos Tribunais de Justiça, bem como dos juízes estaduais de primeira instância (Constituição Federal, art. 125). Em São Paulo, o mandado de injunção contra autoridades tanto estaduais quanto municipais é da competência originária do Tribunal de Justiça (Constituição de São Paulo, art. 74, V, e TJSP, ApC n. 235.873-1, Rel. Des. Ivan Sartori, RJTJSP 176/92). No Rio de Janeiro a competência originária do Tribunal de Justiça é apenas para os mandados de injunção contra autoridades estaduais, sendo do juiz de primeira instância quanto a autoridades municipais (Constituição do Rio de Janeiro, art. 158, IV, “g”, e TJRJ, ApC n. 4.321/93, Rel. Des. Roberto Maron, ADV 1996, ementa 72.323).”¹⁵

Os artigos que fixam competência para os órgãos judiciários estaduais devem, portanto, ser retiradas do texto das proposições, sob pena de inconstitucionalidade. Revela-se, outrossim, inconstitucional a fixação da competência dos juízes e tribunais eleitorais por via de lei ordinária, haja vista o disposto no art. 121 da Constituição Federal, que demanda lei complementar para a matéria. O mesmo não se pode dizer da Justiça do Trabalho, pois o art. 113 dá à lei ordinária a prerrogativa de dispor sobre a competência desse ramo do Judiciário da União.

Quanto à competência da Justiça Federal para conhecer de mandado de injunção, observamos que o texto constitucional em vigor revela uma incongruência, já que o art. 105, I, *h* contempla aquele ramo do Judiciário ao excepcionar a competência do STJ, enquanto o os arts. 108 e 109 não prevêem a mesma competência. O mesmo vale para a Justiça Militar, visto que, não obstante a exceção do art. 105, I, *h*, o art. 124 dá a esse ramo do Judiciário da União apenas a competência para julgar os crimes militares definidos em lei. Deixamos, portanto, de incluir a matéria no texto do

Substitutivo, esperando que uma eventual Emenda à Constituição venha a sanar o problema. Merece aliás registro a observação de José Afonso da Silva, para quem “a competência para processar e julgar o mandado de injunção ficou mal estruturada no texto constitucional”.¹⁶ Concordamos com o comentário, notadamente ante as dificuldades postas pelo texto constitucional para a elaboração de um sistema coerente que regule a matéria em nível legal.

No mérito, vemos que os projetos em exame não incorporam aspectos já acolhidos pela doutrina e pelo Poder Judiciário, dada a desatualização das proposições pela sua longa tramitação no Congresso Nacional. Por essa razão, entendemos necessário dar um Substitutivo global a todas as proposições, agregando-lhe os mais recentes posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, a fim de dar ao mandado de injunção a feição mais atual possível. Na esteira da mais recente jurisprudência e da maioria absoluta da doutrina, adotamos a *teoria concretista* no Substitutivo, entendendo que a integração das lacunas do sistema jurídico pelo juiz é mecanismo largamente conhecido e aceito no mundo romano-germânico. Entre nós, o suprimento da omissão da lei pelo Judiciário é reconhecido pela Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º, assim como pelo Código de Processo Civil, em seu art. 126, com a proibição do *non liquet*. Merece aqui registro a lição de Paulo Hamilton Siqueira Jr., para quem “no mandado de injunção o juiz exerce *juízo de equidade* com o intuito de completar a ordem jurídica naquele caso concreto”. Segundo o autor, fica respeitado o princípio da separação de Poderes, visto que não se edita norma geral mas sim *realiza-se concretamente*, em favor do impetrante, o direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, com efeito *inter partes*.

Cabe, nesta oportunidade, rejeitar a tese segundo a qual o mandado de injunção seria apenas um sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, objetivando tão-somente obter a declaração judicial de omissão do Poder competente. Observa José Afonso da Silva:

“A tese é errônea e absurda, porque: (1) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar; (2) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade; por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?; (3) absurda mormente porque o impetrante do mandado de injunção, para satisfazer seu direito (que o moveu a recorrer ao Judiciário), precisaria percorrer duas vias: uma, a do mandado de injunção, para obter a regulamentação que poderia não vir, especialmente se dela dependesse de lei, pois o legislador não pode ser constrangido a legislar; admitindo que obtenha a regulamentação, que será genérica, impessoal, abstrata, vale dizer, por si, não satisfatória de direito concreto; a segunda via é que, obtida a regulamentação, teria ainda que reivindicar sua aplicação em seu favor, que em sendo negada, o levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação porque o mandado de injunção não caberia. Enfim, o conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado (...)(SILVA, José Afonso. Op. cit. p. 451).

Adotando-se a teoria concretista, o princípio da separação de Poderes e as competências do Poder Legislativo ficam inteiramente resguardados, conforme aponta o Ministro Marco Aurélio no MI 721-DF, *verbis*:

*“Não se deve confundir a atuação do julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o **Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato.** Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, **no caso concreto**, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial **faz lei entre as partes**, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, **sujeito à uma condição resolutiva**, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.”* (MI 721-DF, relator Ministro Marco Aurélio, D.J.U. 30/11/2007 (grifos nossos).

Vê-se que, no regime da Constituição de 1988, a definição das fronteiras de atuação entre os Poderes comporta uma modulação, qual seja: a atividade normativa do Poder Judiciário no mandado de injunção, contanto que efetuada para a realização do direito da parte, no caso concreto. Nesse sentido é o voto do Ministro Eros Grau, que apropriadamente observa:

*“Não há que se falar em agressão à separação dos Poderes, mesmo porque é **a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada ‘separação dos Poderes’ provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida.***

(...) O Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante.” (Idem, *ibidem* (grifos nossos)).

Em suma, a adoção da teoria concretista para o mandado de injunção é absolutamente válida, seja porque deriva diretamente dos mecanismos de integração do sistema normativo há muito aceitos e conhecidos, seja porque autorizada pela Constituição de 1988, que assim definiu a separação dos Poderes no Brasil. Acima de tudo, essa moldura do mandado de injunção confere integral força normativa aos dispositivos constitucionais, fazendo prevalecer a Lei Maior sobre a inércia dos poderes constituídos, para benefício do povo brasileiro. No pólo ativo da relação processual, atribuímos legitimidade para o ajuizamento de mandado de injunção coletivo ao Ministério Público, *ex vi* do art. 129, II da Constituição Federal e do art. 6º da Lei Complementar nº 75/93, que dispõe:

“Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

.....
VIII - promover outras ações, nelas incluído o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos;
.....”

Questão sensível é a possibilidade de formação de litisconsórcio passivo entre a autoridade pública impetrada e aqueles que porventura venham a suportar os efeitos da sentença no mandado de injunção. Como já dito, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de não admiti-lo, dada a natureza mandamental da ação. Merece consideração, entretanto, a posição de Rodrigo Mazzei, para quem:

[É] imprescindível, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, que tenha ocorrido citação prévia daquele que cumprirá o comando decisório (ainda que ilíquido).

*(...) Não se alegue que, pela peculiaridade do mandado de injunção, seria possível, sem citação prévia, criar coisa julgada em desfavor daquele que deverá receber o revés da decisão judicial. Esse raciocínio não vingará, pois, no nosso sistema, ocorre litisconsórcio obrigatório no processo de conhecimento sempre que a decisão judicial puder influir diretamente na esfera do prejudicado. A confirmar a assertiva, em acórdão vencedor, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o RESP n. 405.706/SP, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, decidiu que as regras de litisconsórcio necessário passivo são aplicáveis em todos os processos, inclusive nas ações coletivas (...).” (MAZZEI, Rodrigo. “Mandado de Injunção”. In *Ações Constitucionais*. Fredie Didier Jr. (coord.). – 2ed. - Salvador: Editora Podium, 2007, p. 172.*

No mesmo sentido a manifestação, ainda que vencida, do Ministro Carlos Mário Velloso no MI 284-DF, a favor da inclusão da União no feito, *verbis*:

“(...) A União Federal tem interesse no feito, e tem interesse porque suportará, se deferida a injunção, os efeitos da sentença. (...) Não posso admitir que, em nome de uma jurisprudência que amanhã pode ser mudada, se impeça que participe da demanda aquele que, na verdade, tem interesse, porque poderá suportar os efeitos da sentença.” (Apud MAZZEI, op. cit.).

Esse posicionamento, em nosso entender, é mais consentâneo com a nova jurisprudência do STF, já que a adoção da teoria concretista pelo Tribunal importará na condenação ao cumprimento de uma obrigação, com evidentes efeitos sobre os sujeitos da norma elaborada para o caso concreto. Nessas circunstâncias, é mister dar prevalência aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. Um possível tumulto na relação processual poderá ser evitado, pois caberá ao juiz da causa decidir pela necessidade – ou não – da formação do litisconsórcio, nos termos da legislação processual civil. Citamos, pela sua pertinência, trecho da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 766.187-BA:

“Como é sabido, nada impede que o Juiz obste a formação de litisconsórcio, por inconveniente em determinado feito, usando para tanto, dos poderes concedidos pelo art. 125 do CPC, sobretudo quando se faz patente que tal intervenção provocará, intencionalmente, uma ampliação tumultuante do processo, contrariando, sem dúvida, o que mais objetivou o legislador, que foi a estabilidade do processo, pela proibição de qualquer alteração que viesse a tumultuar o seu curso normal”(REsp 766187-BA, relator Ministro Luiz Fux, D.J.U. 07/04/2008).

Quanto à medida liminar, ficamos com a jurisprudência firmada do Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de sua concessão. Entendemos que o mandado de injunção constitui uma modulação constitucional do princípio da separação de Poderes, estendendo ao Poder Judiciário a liberdade de inovar no ordenamento jurídico, ainda que para o caso concreto. Por isso, faz-se mister restringir a possibilidade de decisões unipessoais, deixando a responsabilidade com o colegiado dos tribunais, como salvaguarda do princípio democrático. No que diz respeito aos recursos previstos, entendemos que não é possível criar, por meio de lei ordinária, novos recursos ordinários em mandado de injunção, além do já existente para o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, II, a). Rejeitamos, portanto, as iniciativas nesse sentido, ao mesmo tempo que adotamos a mesma sistemática recursal do mandado de segurança em vigor, com a apelação como recurso principal. É de se lamentar que as ações de competência originária dos tribunais de segundo grau ficarão sem recurso, mas a dificuldade é incontornável ante a impossibilidade de se alterar, via lei ordinária, a competência do Superior Tribunal de Justiça para acrescentar ali um novo recurso ordinário. Fica, entretanto, a possibilidade de os órgãos de segunda instância regularem a matéria em seus regimentos internos. *De lege ferenda*, é aconselhável a apresentação de uma Proposta de Emenda à Constituição para sanar o problema.

Quanto ao Projeto de Lei nº 1.662, de 1989 acha-se este prejudicado, visto que já foi transformado em norma jurídica pelo art. 24, parágrafo único da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.

Ante o exposto, manifestamo-nos pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do Projeto de Lei nº 6.002, de 1990, e dos apensados Projetos de Lei nº 998, de 1988, nº 4.679, de 1990, nº 3.153, de 2000, nº 6.839, de 2006, e nº 6.128, de 2009, todos na forma do Substitutivo apresentado. Votamos, outrossim, pela prejudicialidade do Projeto de Lei nº 1.662, de 1989.

Sala da Comissão, em 03 de novembro de 2009.
Deputado ANTONIO CARLOS BISCAIA
Relator

ANEXO III

ENTREVISTA SEMIESTRUTURADA

Entrevista gravada na sede do Sindicato dos Policiais Civis do Distrito Federal no dia 16 de novembro de 2010.

Questões a serem respondidas:

1- Se eles têm conhecimento a respeito das decisões proferidas pelo STF nos Mis 670, 708 e 712.

2- Se houve alguma mudança, positiva ou negativa, nos movimentos grevistas antes e depois de outubro de 2007.

3- Se eles consideram ser papel do judiciário disciplinar as regras dos movimentos grevistas dos servidores públicos civis.

4- Se eles percebem a necessidade de uma lei especial que regule o direito de greve dos servidores públicos civis.

Primeiro entrevistado: Dr. Fauzer Domingos da Costa, atual diretor jurídico.

“Bom, o STF ao definir a aplicação da lei, a lei que rege a situação dos trabalhadores em geral, ao aplicar esta lei para os servidores públicos federais, ele de uma certa forma, ele apenas criou uma espécie de bengala, pois na verdade a definição da greve para os servidores públicos, ela deveria ser atendida de uma forma mais específica com uma lei que atenda a realidade dos servidores públicos civis. A definição que houve no STF de fato ajudou a ter uma definição para as greves que até então não eram, não tinha fundamentação legal, não tinha nenhum critério que definia a situação da greve, o encaminhamento da greve, do início e término, os parâmetros para uma negociação na busca de uma solução dos conflitos. Esta regulamentação que é aplicada agora pela lei que regulamenta os trabalhadores gerais para os servidores públicos civis, ajudou de fato a ter algum critério, mas não resolve em definitivo a situação dos servidores públicos civis. Há uma necessidade no caso especificamente por exemplo para os servidores policiais civis, que tem uma situação muito específica. Dependeria sim de uma regulamentação que possa atender as necessidades desta categoria.

É uma categoria de Estado, essencial na sociedade a sua atuação, e a falta de uma regulamentação deixa a situação mais complicada. O que, na visão do sindicalista e

dos trabalhadores, o que importa é que de fato, a legislação possa sim retratar o direito que foi estabelecido na Constituição, o que nesse momento ele não fica claro, ele não fica transparente. Essa necessidade traria essa segurança jurídica, de que uma regulamentação para atender a situação dos servidores públicos civis, ajudaria a ter a possibilidade de exercer um direito já previsto na Constituição. A lei especial faz falta, na medida em que tudo que se faz até esse momento é de uma forma capenga.”

Segundo entrevistado: Sr. Luciano Marinho de Moraes, atual diretor de comunicação.

“Vem o governo e tenta de alguma forma quebrar esse liame de negociação, que é uma quebra de poder de negociação. Querendo organizar, se torna perigoso, porque o patrão está dizendo o que o operário pode e não pode fazer, se agente bem pensar, o governo é o patrão. No que ele começa a legislar ele começa a legislar como patrão. Isso é perigoso. Agente sabe que o patrão legislando ele legisla numa mão única, e quando se tenta criar uma lei, por mais que quem esteja lá, agente pensa que lá existe os representantes do povo, a gente tem que ver que lá não existe uma maioria que saiu da classe trabalhadora do povo, e sim lá está instalado a classe dominante do povo, que representam mais os patrões, então qualquer lei hoje que venha a equacionar a relação empregado/empregador ela vai ser um pouco agressiva com o operariado. Porque os representantes que estão lá vem da classe mais de cima e não vem da classe de baixo. Se nós pegarmos quais são os sindicalista que chegaram lá, eu falo que um sindicalista chegou no estágio mais alto do poder, que é o Lula; mas não tem poder sobre aqueles que estão abaixo, até porque ele entende como isso se dá.

O posicionamento do STF é suficiente porque nós precisamos de limitadores na relação entre empregado/empregadores, porque nós vivemos em um país democrático, ninguém vai cometer crime no exercício de ma função, no exercício de direito,então nós não precisamos de limitadores de ação. Por exemplo se durante uma greve houver vandalismo essa classe em rebeldia em franca correnteza de quebra quebra, ela pode ser alcançada, tem lei penal para isso. Nós não precisamos regulamentar. O que nós temos que ter em certo é que a limitação de 30% realmente dos trabalhadores eu acho que é suficiente; o resto é parar mesmo.

Aí agora falam que o seguinte: o segmento dos policiais não pode parar porque é serviço essencial. A essencialidade está em cuidar mesmo dos 30%, se deixou 30% está cuidando do essencial do essencial. Atende. O outro lado é: existe o perigo do segmento armado fazer greve. Ora, a arma é um instrumento de trabalho pra quem está capacitado a lidar com ela. O que não se pode permitir é que um grupo de pedreiros, nada contra os pedreiros, ou um grupo de médicos vá para as ruas armados fazer greve, aí a intenção deles é outra. Nós estamos utilizando o direito de greve, portando o nosso instrumento de trabalho, assim como se médico que fizesse greve não pudesse utilizar seu estetoscópio ou engenheiro civil usando o seu prumo e a sua régua de equilíbrio.

Eu não digo que a decisão do STF contribuiu para a regulamentação do direito, ela deixou do mesmo tamanho que estava. Eu falo o seguinte, você não tirar uma coisa do canto contribui? Eu falo que não é nem contribuir, ele mesmo apenas sedimentou aquilo que já deve ser aplicado. Entendeu? Contribuiu sim, a partir do momento em que dali para frente não existe mais discussão a nível de tribunais. Em nível de tribunal está resolvido. Acho mesmo que os legisladores não tinham mais que se debruçar sobre a matéria até que surjam fatos novos que justificasse uma reorganização uma readaptação a esse novo o ordenamento que nós teremos. Por exemplo, de repente cria-se profissões novas ou de extrema importância, em que a ausência daquele trabalhador causaria uma falência no sistema social como um todo, um grande caos. Se por exemplo se hoje nós pegarmos segmentos na área de eletricidade, nós pegarmos segmento de fornecimento de água potável, segmentos na área de segurança, e se concomitante houvesse greve simultânea destes três ao mesmo tempo, há de convir que aí teríamos o caos social instalado. Então, o legislador poderia fazer com que determinados tipos de segmentos, a eles fosse proibido a greve simultânea. Entendeu? Para se evitar o caos social. Mas o exercício deste direito não.

Para mim está regulamentado. É pacífico que não há necessidade da lei especial. O projeto vai tratar os iguais como diferentes e impõe injustamente as iscressências que vão afetar categorias que daí para frente vão perder o poder de negociação, inclusive de evoluir. Neste aspecto o ativismo do STF foi positivo; porque antigamente, aí eu falo nos regimes mais totalitários, tinha-se a greve como instrumento de subversão, né? Contra o regime instalado, hoje a greve não é um instrumento de subversão, é um instituto legal democrático de reivindicação de

determinados direitos de um determinado segmento, ninguém vai para uma greve para derrubar um governo. E isso, em um país democrático é plenamente aceitável e deve ser aceitável.

Ter direito a greve já faz parte do inconsciente coletivo do policial civil no DF. A partir do momento em que você coloca essa carteira de policial no bolso, e que você entra nesse grupo, né? Você começa a fazer parte de uma alma coletiva, que isso em você se trona imanente, é aquela coisa que trás contigo, é como se fosse a priori e não a posteriori. Entendeu? É como que aquilo precisasse apenas do estado de espírito, para que eclodisse. Se você pegar hoje um policial em qualquer momento ele está disposto à greve, bastando apenas um chamado da entidade. Está no inconsciente coletivo do policial. Isso talvez nós por sermos os guardiões da segurança e das relações sociais, nós temos certo de que pouco adianta você resguarda os direitos alheios se você não sabe proteger aquilo que você tem como certo. Ou seja, pouco me adiantaria ir para rua proteger o infeliz que ta em risco, se eu mesmo não soubesse o limite dos meus direitos. É como vender um produto e se eu não sei como resguardá-lo. Como exercê-lo, a greve é isso.”

Terceiro entrevistado: Anor Maurício Souza de Andrade, agente policial.

“Não. Eu, particularmente não me lembro. Não fiquei sabendo dos julgamentos do STF sobre a greve. Então, agente recebe, eu recebo constantemente do sindicato emails, sobre a atuação, assim como tá a negociação com o governo, de PEC, de tudo. Agora, são tantas informações e emails, que eu não posso te informar nada, às vezes agente prefere não ler, e os colegas dizem o que vai acontecer, se terá assembléia, o que foi discutido em assembléia. Então, eu não me lembro exatamente isso que você está dizendo, que o juiz mandou aplicar as mesmas regras da iniciativa privada para o serviço público, assim se alguém me falar eu não me lembro disso. Pode ser que tenham informado, posso ter recebido um informativo, mas eu não me lembro.

Eu considero que tenho direito de greve, como todo trabalhador, independente da categoria que for, médico, juiz, promotor, todos têm direito de greve.

É necessário uma lei especial. Os serviços essenciais que realmente são necessários ao atendimento básico da população tem que ter lei especial porque não dá para contar só com a consciência.

A lei tem que ser feita no Congresso, mesmo que com iniciativa popular, ou iniciativa de algum deputado, dos movimentos sindicais, tem que ter um grupo de trabalho para se chegar a um acordo. Há necessidade da lei.