



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

FERNANDA MAGALHÃES ALBUQUERQUE ARANHA

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO
FRENTE AO DÉFICIT DA ATUAÇÃO LEGISLATIVA

FORTALEZA
2010

FERNANDA MAGALHÃES ALBUQUERQUE ARANHA

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO
FRENTE AO DÉFICIT DA ATUAÇÃO LEGISLATIVA**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Glauco Barreira Magalhães Filho

FORTALEZA
2010

FERNANDA MAGALHÃES ALBUQUERQUE ARANHA

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO
FRENTE AO DÉFICIT DA ATUAÇÃO LEGISLATIVA**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Raimundo Bezerra Falcão
Universidade Federal do Ceará- UFC

Prof. Fernando Basto Ferraz
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, Elizabeth e Edmilson,
pelo apoio, incentivo e carinho.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho de conclusão de curso, em sua inteireza, não é fruto de uma só pessoa. Ninguém passa nessa vida sozinho. Cada um leva um pouco de si e dos outros. Por isso, fazem parte deste trabalho, todas as pessoas com quem convivi nos últimos anos, que direta e indiretamente dele participaram. Partes de minha vida, páginas da minha história. Não são poucos, por isso os agradecimentos devidos.

Aos meus pais, Elizabeth e Edmilson, a quem dedico este texto, e meus irmãos, Fernando e Geórgia. Em especial à Geórgia, que, desde muito do início deste trabalho, foi fonte inesgotável de estímulo, motivação, compreensão, orientação e apoio. Mas, sem todos eles, nada disso seria possível.

Aos meus amigos que estiveram presentes desde larga data, exemplos de companheirismo, auxílio e cumplicidade. Em especial, aqueles a que tive a oportunidade de compartilhar a vida acadêmica e aqueles com quem convivi durante os estágios, que se mostraram verdadeiros amigos, brilhantes e insubstituíveis companheiros de reflexão.

Aos meus professores da Universidade Federal do Ceará que colaboraram generosamente no curso desse trajeto. Ao Prof. Glauco Barreira Magalhães Filho, pela rica orientação e pelas sugestões seguras e críticas, que engrandeceram este trabalho. Ao Prof. Raimundo Bezerra Falcão, pela contribuição acadêmica e de vida, ser humano inigualável, e ao Prof. Fernando Basto Ferraz, pelo admirável empenho em prol dos alunos e da Faculdade, professores estes que se dispuseram gentilmente a participar da banca de avaliação deste trabalho monográfico.

Se a presente monografia lograr algum mérito, ele se deve a todas essas pessoas. Quanto aos defeitos, estes são de responsabilidade exclusiva da autora.

“Aliás, acreditando-se que a lei não tenha o poder de tudo especificar, um homem será capaz de o fazer com exatidão?”

Aristóteles, A Política.

RESUMO

As sociedades estão em constante evolução. Vivemos, hoje, tempos de globalização. E a sociedade brasileira não é diferente. Como dizia Cazuza, “o tempo não pára” e o direito não deve sucumbir à inércia, mas caminhar junto com as novas exigências sociais. Estas, muitas vezes, são antigas, e atravessam o tempo. A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, consagrou diversos direitos em seu seio, mas, muitos, ainda estão pendentes de regulamentação. O cidadão brasileiro, muitas vezes, torna-se vítima da omissão legislativa. Vítima de um Congresso cada vez mais comprometido com “politicagem”, cada vez mais apequenado, avesso, inerte aos compromissos firmados pelo constituinte de 88. Esta monografia almeja constatar a nova face do Supremo Tribunal Federal, que, a partir de 2006, com sua nova composição, incorporou de vez o chamado ativismo judicial. Passou além de exercer suas funções típicas, uma função atípica, balizada na Teoria dos Poderes Implícitos e limitada pela reserva de consistência, qual seja, a de legislador positivo. O trabalho retoma, com esse intento, o problema da separação dos poderes, que há muito deixou de ter uma estrutura rígida. Contextualiza-se essa separação no plano das constituições nacionais. Traz a lume a importância dos processos hermenêuticos na viabilização dessa função atípica do Supremo. Quanto a *praxes* traz a evolução do Mandado de Injunção, pelo qual se verificará a atuação de legislador positivo da Corte. Conclui que essa atuação do STF tende a ser cada vez mais presente. Que o Supremo passou a ser uma instância de superposição frente aos demais poderes, incluindo-se o próprio Judiciário. Que assim o sendo, nos moldes de Benjamin Constant, pode ser visto como um Poder Moderador. E, por fim, que estamos caminhando para um Estado Judiciarista, pautado na criação judicial do direito, em uma legislação judiciária.

Palavras-chave: Hermenêutica Constitucional. Separação dos Poderes. Supremo Tribunal Federal. Omissão legislativa. Mandado de Injunção. Legislador Positivo.

ABSTRACT

The society is in constant evolution. We live, nowadays, in a globalized era. And with the Brazilian society it's not different. How Cazuza used to say: "the time does not stop" and the right must not succumb to the passivity, but walk together with the society's yearnings. Those, many times, are old and cross along the generations. The Federal Constitution of 1998, known as "Citizen Constitution", had established many important rights, but, still there are many ones needy of properly regulation. The Brazilian citizen, many times, is the victim of this legislative omission. Victim of a Congress much more engaged with "grafts", small, averse and stagnant to the committeemen signed by the constituent of 88. This monograph wants to unveil the "new face" of the Federal Court of Justice from this country that, since 2006, with its new composition, had assumed the function of judicial activism. It became to prosecute, beyond its typical function, nowadays the atypical function, based on the Theory of the Implicit Powers and limited by the reserve of the consistence, which is about the positive legislator. This work retakes, with this intent, the problem of the division of the powers, which a long time ago has lost the rigid structure. This division is the same context of the national constitutions. Brings also the importance of the hermeneutical process in the viability of this new function. How about the *praxes* bring the evolution of the Writ of Injunction, beyond which we can verify the acting like positive legislator of the Supreme Court. In the end concludes that this perform of STF tends to be more present in the future. That the Supreme Court became to be one instance of superposition in front of the other powers, including even the judiciary. By that way, using the words of Benjamin Constant, it's a new kind of "Moderator Power". As last words, we are walking into a "judiciaristic" state, based on the judicial creation of the right, in such a judiciary legislation.

Key words: Constitutional Hermeneutics. Separation of Powers. Supreme Court. Legislative omission. Writ of Injunction. Positive legislature.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL.....	12
2.2 A viabilização dos processos hermenêuticos para a criação judicial do direito.	12
1.1.1 Métodos da Interpretação Constitucional	14
1.1.2 Princípios de Interpretação Constitucional.....	18
1.1.3 Limites da Interpretação Constitucional.....	22
1.1.3.1 Motivação das Decisões Judiciais e a Reserva de Consistência.....	23
1.1.4 Mutações Constitucionais.....	24
2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SEPARAÇÃO DOS PODERES	26
2.1 A evolução para um Estado Democrático de Direito	26
2.2 A Separação dos Poderes	29
2.2.1 Contexto Histórico.....	29
2.2.2 Plurissignificação Terminológica	33
2.2.3 A separação dos poderes à luz da Constituição Federal de 1988	34
2.3 Princípio da Separação dos Poderes versus Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário.....	42
2.4 Da Criação Judicial do Direito	44
3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	48
3.1 Considerações Gerais: O papel da Suprema Corte.....	48
3.2 Ativismo Judicial	49
3.2.1 Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal.....	50
3.3 Mandado de Injunção (MI)	53
3.3.1 Considerações Gerais	53
3.3.2 Cabimento.....	54
3.3.3 Legitimidade Ativa e espécies de Mandado de Injunção	55
3.3.4 Efeitos da decisão proferida em sede de Mandado de Injunção.....	55
3.3.5 Mandado de Injunção 712-8/PA.....	58
3.4 STF: Poder Moderador ou função moderadora?	68
3.5 A caminho de um Estado Judiciarista: um Governo de Juízes.....	69
4 CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

O sistema constitucional brasileiro consagrou o princípio da separação dos poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário - erigido, ante a sua importância, à *status* de cláusula pétrea. Tais “Poderes” são independentes e harmônicos entre si, a fim de evitar a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito estatal, neutralizando, desta forma, qualquer hipótese de sobreposição institucional de qualquer destes “Poderes” sobre os demais órgãos da soberania nacional.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu a competência para o exercício da atividade normativa, ordinariamente, ao Poder Legislativo e, extraordinariamente, ao Presidente da República, através da edição de medidas provisórias.

Ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, cabe interpretar, ou seja, delimitar o sentido e o alcance da norma, e, a *posteriori*, aplicar o direito ao caso concreto. Ademais, referido “Poder” exerce controle sob os atos legislativos.

Ocorre que a evolução das relações sociais reclama uma adequação das normas jurídicas à nova realidade que se apresenta.

Ante a impossibilidade de o legislador prever e regular todas as situações, acaba o mesmo recaindo em omissões. Por outro lado, muitas vezes o mesmo legislador assume uma posição omissa ao que concerne a regulação de normas já editadas.

Incumbe, pois, ao Judiciário, frente à omissão legislativa, exercer a função concretista, de decisão, ou seja, retirar ou extrair de nosso arcabouço normativo a regra aplicável ao caso concreto, atividade esta que chamamos de integração analógica, prevista no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

Apresenta-se, pois, o Judiciário como a alternativa natural para a concretização dos direitos.

É de sabença geral que a nossa Lei Suprema é a Constituição. E que, no âmbito do Poder Judiciário, o órgão de cúpula é o Supremo Tribunal Federal (STF), que fora criado em 1828.

A Suprema Corte é a intérprete final da *Lex fundamentalis*, e, através de sua atuação, busca impedir que os legisladores façam vistas grossas aos compromissos firmados a nível constitucional.

Sem embargo, muitas das normas presentes na Lei Magna ainda se encontram pendentes de regulamentação. São as chamadas normas de eficácia limitada.

Desta feita, sob o estigma de “Guardião da Constituição”, uma vez que a ele incumbiu-se a sua realização, seria certo dizer que o Egrégio Tribunal, frente ao novo cenário histórico-social e à própria precariedade das leis, ao assumir, hodiernamente, um papel mais ativo pode imiscuir-se do poder de criação normativa, suprindo a omissão legislativa e atuando como legislador positivo? É o STF um quarto poder? De que forma os processos hermenêuticos, em destaque a hermenêutica constitucional, viabilizam essa nova atuação da Suprema Corte? Existem limites para esta atuação? Atuando desta forma, o STF não estaria em concorrência com o órgão legislativo instituído pela própria Constituição Federal, não podendo significar uma ampliação do Poder Judiciário e uma flexibilização do princípio da separação dos poderes?

Essas são as perguntas que confeccionam o pano de fundo do presente trabalho. Toda a exposição será construída com o objetivo de oferecer uma resposta coerente para esses problemas.

A hipótese central a ser trabalhada é que de fato, hoje, o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista os reclames sociais, que não podem esperar pela mora abusiva da atuação legislativa, acaba por legislar positivamente, a fim de dar a cada um o que é seu. De forma reflexiva, partiremos do princípio de que são os processos hermenêuticos os instrumentos de viabilização do poder de criação judicial de normas e que não se pode mais conceber uma separação dos poderes rígida.

O objetivo é constatar a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, frente ao déficit de atuação legislativa.

Logo, em nosso primeiro capítulo, faremos considerações acerca da hermenêutica constitucional, destacando seus principais aspectos, quais sejam: os métodos hermenêuticos, os princípios de interpretação constitucional, os limites de tal interpretação, com destaque à chamada reserva de consistência e, por fim, as mutações constitucionais.

Em um segundo momento, vamos ater-nos ao Estado Democrático de Direito e a um de seus fundamentos, a separação dos poderes. Percorreremos um trajeto evolutivo de ambos. Faremos também uma evolução das constituições brasileiras sob o enfoque da separação dos poderes, a fim de chegarmos à conclusão de como o Poder Judiciário, em destaque o STF, ganhou tamanha importância.

Por último, a fim de constatarmos a hipótese proposta neste estudo, no terceiro capítulo traçaremos os contornos da Suprema Corte, e analisaremos sistematicamente os dois capítulos anteriores com este último, trazendo a lume o instituto do mandado de injunção, através do qual se observará na prática a atuação de legislador positivo do STF.

O que este trabalho se propõe é constatar essa nova face da Corte, como instituição de superposição em relação aos demais “Poderes”, revestindo-se com ares de Poder Moderador, primordialmente, quanto à omissão legislativa, o que o faz, nos dias atuais, pela reelaboração e reinterpretação contínua da Constituição.

2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

2.2 A viabilização dos processos hermenêuticos para a criação judicial do direito.

Interpretar uma norma jurídica nada mais é do que uma atividade intelectual perpetrada pelos aplicadores do direito, juízes e tribunais. Estes, através da interpretação, buscam concretizar o binômio sentido-aplicação, ou seja, fixa-se o sentido para realizar a aplicação dos comandos normativos, concretizando-os.

Nessa toada, acerca da interpretação das normas, importa transcrever o voto do Ministro Celso de Mello ao julgar o REAgR nº. 263.975, *in verbis*:

O ordenamento normativo – como se sabe – nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar, como no caso, do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos, no tema, revestem-se de caráter de definitividade.

A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado [...].¹

A Hermenêutica Jurídica, como ciência da interpretação, elenca regras que devem reger o processo interpretativo, de forma a racionalizar a atividade interpretativa-concretizadora.

A viabilização da criação judicial de direito advém justamente das técnicas hermenêuticas. Os juízes e os tribunais ao utilizarem-se de tais instrumentos, acabam por conferir sentidos novos aos enunciados normativos, chegando, até mesmo, a inová-los, criando o que Miguel Reale denominou de modelos autônomos.

Frise-se que essa atuação judicial se pauta pela busca ao atendimento aos novos reclames sociais, que não podem aguardar pela morosidade legislativa, bem como por estarem imiscuídos na idéia de “dar a cada um o que seu”.

Impende, pois, transcrever o que preleciona Inocêncio Mártires Coelho:

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 263.975-3/RN. Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Caixa Econômica Federal. Advogados: Marcelo Rogério Martins e outros. Agravado: Geraldo Simão da Silva. Advogados: Rita de Cássia A. E. Mota de Castro e outros. Brasília, 26.09.2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 abr. 2010.

No campo da experiência judicial – onde a criatividade do intérprete encontra soluções para os conflitos de interesses muito mais rápidas do que respostas formuladas pelo legislador –, esses anseios são imediatamente absorvidos e racionalizados pelo aplicador do direito, seja decidindo antes da lei, segundo padrões de justiça hauridos na consciência jurídica geral, seja realizando novas leituras dos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos. São os modelos jurisdicionais por excelência ou modelos autônomos, como os denomina Miguel Reale... .

[...] quando juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, na verdade, estão a produzir novos enunciados, embora mantendo inalterada a sua roupagem verbal. Funcionam, então, esses operadores jurídicos como instâncias heterônomas de criação abreviada do direito.²

Isso é muito mais presente na chamada Hermenêutica Constitucional, uma vez que esta por voltar-se às normas principiológicas, mostra-se muito mais aberta e menos técnica, permitindo um encurtamento dialético entre interpretação e aplicação, entre o abstrato e o concreto, sendo campo fértil à criação de normas jurídicas judiciais.

A importância da interpretação constitucional aumenta quando o Supremo Tribunal Federal, mediante a chamada jurisdição constitucional, passa a deter amplos poderes para a realização de tal incumbência. O que origina e ratifica tal atuação é que todos devem observância à Lei Magna, assim como as decisões proferidas deverão refletir o conteúdo constitucional.

Assim, podemos inferir que a interpretação constitucional aponta-se, sobremaneira, como meio concretizador do direito e viabilizador de sua criação pelo Poder Judiciário, daí a sua relevância e a sua importância em nosso estudo.

Importa, pois, conhecermos o conjunto de métodos em que consiste essa interpretação constitucional, bem como os princípios e os limites que servem de fronteira entre a interpretação em sentido estrito e a criação judicial do direito, o que se fará, pormenorizadamente, a seguir.

² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007; p. 20-21.

1.1.1 Métodos da Interpretação Constitucional

A interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, o que confirma o já assinalado caráter *unitário* da atividade interpretativa.³

A interpretação do texto constitucional pode dar-se de diversas maneiras, não existindo, ainda hoje, um consenso do meio jurídico sobre qual método é o mais adequado.

Assim, indaga-se: como o interprete elegerá o método adequado, de forma a prestigiar a equidade?

A solução acaba por ser deslocada para o exame da problemática que se apresenta, ou seja, em face da inexistência de técnicas para descobrir o melhor método, far-se-á tal aferição à luz do caso concreto, mediante critérios de razoabilidade e de justiça.

A Jurisdição Constitucional consiste na compatibilização dos enunciados normativos ao texto constitucional, ou seja, os órgãos do Poder Judiciário, em destaque o Supremo Tribunal Federal, entre as diversas interpretações possíveis, elege o sentido da norma que mais se adéqua à Lei Magna.

Desta feita, passamos à análise dos métodos hermenêuticos, que, apesar de serem lastreados em critérios distintos, acabam por se complementarem.

Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho dispõe:

[...] adiantando que todos eles, embora disponham de nomes próprios, a rigor, não constituem abordagens hermenêuticas autônomas, mas simples concretizações ou especificações do método da compreensão como ato gnosiológico comum a todas as ciências do espírito.⁴

³ *Ibid.*, p.79

⁴ COELHO, *op. cit.* p. 82

a) Método jurídico ou hermenêutico clássico

Para os adeptos deste método, a Constituição é vista como uma lei, devendo ser esta interpretada pelas regras tradicionais de hermenêutica, ou seja, pela articulação dos elementos genético, filológico, lógico, histórico e teleológico, a fim de se descobrir o melhor sentido a ser adotado.

Há aqui um prestígio ao princípio da legalidade, à medida que o sentido a ser adotado advém do próprio texto legal (*mens legis*), ou daqueles atribuído pelo legislador (*mens legislatoris*).

Para os que defendem este pensamento, se fosse desconsiderado o caráter legal da Constituição, esta estaria sujeita a interpretações geradoras de modificações espúrias, a margem do direito, que acabariam por ofender o texto constitucional que, por sua vez, não comporta essas alterações. Se assim não fosse, “acabaria transformando o Estado de Direito num Estado de Justiça, no qual o juiz, ao invés de servo, faz-se “senhor da Constituição”.⁵

Aqui, o legislador é tido como um soberano, ao passo que o juiz é apenas o porta voz das palavras da lei.

Critica-se o presente método, pois este, apesar de ser importante na busca de sentido para as soluções do caso concreto, mostra-se insuficiente para dirimir os casos difíceis advindos da sociedade moderna.

b) Método tópico-problemático

O presente método leva em consideração o fato de que por serem as normas constitucionais possuidoras de uma estrutura aberta, fragmentária e indeterminada, a *Lex fundamentalis* mostra-se muito mais problemática do que sistemática, de forma que ela

⁵ COELHO, *op .cit*, p. 82-83

comporta distintas interpretações, ou seja, deve-se admitir todos os esquemas de pensamento, raciocínio, todos os *topoi*. Assim, a melhor interpretação será aquela que melhor convencer.

Para os defensores deste método, a leitura da Constituição é um constante processo de argumentação.

Critica-se referido método, primeiramente, pelo fato de que a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para aquele; segundo, porque aceita qualquer interpretação, desde que oriunda de uma boa argumentação; terceiro, em sendo a Lei Magna processualizada, a mesma apresentará um déficit normativo, à medida que haverá uma dissolução da normatividade constitucional na política e na interpretação.

c) Método hermenêutico-concretizador

Para os adeptos do método hermenêutico-concretizador, interpretar e aplicar o direito constituem uma só tarefa, isto é, parte-se do geral e do abstrato (norma jurídica) para o particular e o concreto (o caso em si).

A partir de uma pré-compreensão do intérprete, este realiza uma valoração da situação concreta que se apresenta, concretizando a norma. Leva-se em conta o próprio texto constitucional e a realidade que se deseja ver regulada.

Portanto, o intérprete-concretizador elabora um constante ir e vir (círculo ou espiral hermenêutico) da norma para a situação normada e desta para aquela, objetando a concretização da Constituição.

Segundo Inocêncio Mártires (2007), há uma grande dificuldade em produzir resultados razoavelmente consistentes à luz deste método, pois a pré-compreensão do intérprete distorce além da realidade, a ser captada pela norma, o próprio sentido da norma constitucional.

d) Método científico-espiritual

Elaborado por Rudolf Smend, também é chamado de método de integração valorativa ou sociológico.

O presente método vê a Constituição como meio de integração, seja do ponto de vista jurídico-formal, como norma hipotética fundamental (Hans Kelsen), à medida que confere validade a todo ordenamento jurídico, seja do ponto de vista político-sociológico, como meio regulatório de querelas, de forma a construir e preservar a unidade social.

A Constituição deve ser interpretada como algo dinâmico, em constante modificação, observando os valores sociais, de forma a não se restringir a lei em sentido estrito, puro e simples, mas, também, ao espírito imiscuído na própria Constituição.

Inocêncio Mártires Coelho bem sintetiza a idéia proposta pelo presente método ao dizer:

Em síntese, para os adeptos do método científico-espiritual – que é o das ciências da cultura, em geral -, tanto o direito como o Estado e a Constituição são vistos como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores, a cuja realização eles servem de instrumento. Dentre tais valores, emerge a integração como fim supremo, a ser buscado por toda a comunidade...⁶

e) Método normativo-estruturante

A norma jurídica não se restringe à literalidade do texto, que é chamada de programa normativo, mas, também, ao conjunto de fatos com os quais o texto normativo encontra-se atrelado, o chamado âmbito normativo.

Para os adeptos deste método, há uma implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo.

⁶ COELHO, *op. cit.* p. 91

Desenvolve-se aqui um debate acerca da estrutura da norma. Diz-se que o texto constitucional é um conjunto de signos, que, *per si*, nada significam. Só há norma (leia-se: significado) após sua interpretação. Não é a literalidade do texto normativo-constitucional que regulamenta a situação fática, mas, sim, os órgãos do legislativo, da Administração Pública, os tribunais e os juízes que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciado, caso necessário, sua implementação fática. Dessarte, como asseverou Friedrich Müller, é o texto literal apenas a “ponta do icerbeg”, ou seja, o ponto de partida.

Por fim, conclui-se que é o intérprete o construtor da norma.

f) Método de Comparação Constitucional

Defendido por Peter Häberle, a interpretação comparativa tem sido vista como “quinto” método hermenêutico, a ser atrelado aos quatro “métodos” clássicos – grammatical, lógico, histórico e sistemático –, sem que exista qualquer hierarquia entre eles, através dos quais se encontrará o melhor critério solucionador do caso concreto.

1.1.2 Princípios de Interpretação Constitucional

Os princípios jurídicos são normas de elevado grau de abstração, que necessitam do legislador ou do juiz para que haja a sua concretização. São pontos de partida para a descoberta e a formulação por parte do intérprete-aplicador da norma regulamentadora do caso concreto.

Em destaque, os princípios de interpretação constitucional devem ser vistos como pontos norteadores para a atividade interpretativa, observando-se o espírito da Constituição, a fim de não o violar. Tais princípios devem ser vistos conjuntamente.

Antes de analisarmos os princípios de interpretação especificamente constitucionais pormenorizadamente, resta, *ab initio*, expor suas características, quais sejam:

- Não possuem força normativa, ou seja, são pontos de vista interpretativos, não possuindo interpretações obrigatorias pré-estabelecidas; e

- Possuem função dogmática, uma vez que são diretrizes persuasivas, pelas quais os aplicadores do direito balizam e fundamentam suas decisões, de forma a ver afastada a arbitrariedade e a omissão quanto à motivação.

Feitos estes esclarecimentos, passamos a discorrer acerca dos princípios de interpretação constitucionais.

a) Princípio da Unidade da Constituição

As normas constitucionais pertencem a um sistema de regras e princípios instituído na e pela Constituição, uma vez que esta por ser a norma fundamental confere unidade ao ordenamento jurídico. Em suma, não são as normas constitucionais isoladas.

Segundo o escólio do professor Glauco Barreira, “a interpretação constitucional deve garantir uma visão unitária e coerente do Estatuto Supremo e de toda a ordem jurídica.”⁷

b) Princípio da Harmonização Prática ou da Concordância Prática

Consoante este cânones interpretativo, deparando-se o aplicador, no caso concreto, com o conflito de bens constitucionalmente tutelados, deverá o mesmo coordená-los e ponderá-los, a fim de otimizá-los, sem que haja a negação de nenhum deles, de forma a prestigiar a equidade, na medida em que deve se dar a cada um o que é seu.

⁷ FILHO, Glauco Barreira Magalhães. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.** 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 79.

c) Princípio da Correção Funcional ou da Repartição Funcional

Se a *Lex Fundamentalis* organiza estruturalmente o Estado, estabelecendo uma repartição de competências, os intérpretes-aplicadores devem chegar a soluções que não colidam com o esquema organizatório-funcional.

Exemplifica-se tal orientação ao se pensar na separação dos poderes, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como é o pátrio.

d) Princípio da Eficácia Integradora ou do Efeito Integrador

A interpretação constitucional deverá ser aquela que favoreça a integração social e a unidade política, pois conforme assevera o mestre Glauco Barreira, *litteris*:

A Constituição é uma integração dinâmico-espiritual dos diversos valores aspirados pelos diferentes segmentos da sociedade através de uma fórmula político-ideológica de caráter democrático.⁸

e) Princípio da Força Normativa da Constituição

Segundo tal postulado, a interpretação das normas constitucionais deve ser feita conforme os novos valores sociais, de forma a deixar a Constituição atualizada e com a sua normatividade reconhecida.

⁸ FILHO, *op. cit.* p. 79-80

f) Princípio da Máxima Efetividade

As normas constitucionais devem ser interpretadas de forma a lhes conferir a máxima efetividade, sem que seja alterado o seu conteúdo.

g) Princípio da Interpretação conforme a Constituição

O fundamento de validade das normas infraconstitucionais é a Constituição. Assim, quando da interpretação de referidas normas, o intérprete obtiver diversos sentidos, deverá eleger aquele que conferir constitucionalidade ao enunciado normativo, a fim de evitar conflitos incessantes entre juízes e legisladores, na medida em que estes últimos verão seus atos anulados por aqueles.

Deve-se prestigiar o princípio da presunção da constitucionalidade das normas.

O presente cânones interpretativo é de elevada importância ao que tange o controle de constitucionalidade.

Por fim, o professor Glauco Barreira aponta uma limitação a este princípio, ao dizer:

A interpretação conforme a Constituição está limitada pela literalidade do texto normativo, ou seja, não se pode a pretexto de economia normativa, dar a uma norma sentido que contrarie suas potencialidades lingüísticas, a fim de que ela possa ser conciliada com a Constituição e ter sua validade preservada.⁹

⁹ FILHO, *op. cit.* p. 81

1.1.3 Limites da Interpretação Constitucional

Os limites da interpretação constitucional são diretrizes mínimas que devem ser observados na atividade interpretativa constitucional do aplicador do direito, a fim de que o mesmo, em virtude da abertura e da riqueza semântica dos comandos normativos, não haja segundo seu alvedrio, a despeito das técnicas hermenêuticas.

Tais limitações visam prestigiar e garantir a segurança e a certeza jurídica, afastando, dessa maneira, qualquer possibilidade de instauração de um caos sócio-jurídico. Ademais, buscam evitar que juízes e tribunais passem a atuar como legisladores positivos.

Capelleti *apud* Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet, ao tratar da importância da existência destas limitações dispõe que:

Afinal de contas, como lembra Capelleti, uma coisa é a inevitável criação judicial do direito – no âmbito das causas e controvérsias em que se travam os conflitos de interpretação -, e outra, bem diversa, é aceitar que os juízes atuem como autênticos legisladores, olvidando aquelas virtudes passivas ou limites processuais que tão profundamente diferenciam os processos judiciais dos processos de natureza política [...].¹⁰

Diante do exposto, podemos concluir que essa acessibilidade de métodos e princípios ao alcance daqueles que detém a função precípua de interpretar, aplicar e decidir o caso concreto, quais sejam, os magistrados e os Tribunais, sobreleva a atividade destes, possibilitando, que estes proferiam decisões, consoante a sua pré-compreensão, seguidas, empós, de fundamentação, o que favorece a criação judicial do direito, que é constante em nosso país e vem ganhando força ao longo do tempo, de forma a dizermos que estamos cada vez mais caminhando no sentido de que a Lei governa, mas a jurisprudência reina.

Feitas estas considerações, trataremos, a partir de agora, da necessidade de motivação das decisões judiciais e da chamada Reserva de Consistência.

¹⁰ CAPELLETI *apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Mendes. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.145.

1.1.3.1 Motivação das Decisões Judiciais e a Reserva de Consistência

A reserva de consistência foi uma expressão utilizada por Habermas.¹¹ Trata-se da necessidade de uma fundamentação consistente que deve estar presente nas decisões proferidas pelos magistrados, como escopo de restar demonstrada a incongruência do ato normativo ou vácuo legislativo com a Constituição.

Portanto, cabe ao juiz, até mesmo como forma de legitimação de sua atuação, explicitar as razões que o levaram a determinada conclusão em um dado caso concreto.

Como bem infere Inocêncio Mártilres Coelho (2007, p. 94), diversamente do legislador – que apenas pretende ordenar -, o juiz deseja também convencer, o que, de resto, além de emprestar consistência aos comandos jurisdicionais, densifica o direito à tutela judicial efetiva.

No nosso entender, a chamada reserva de consistência nada mais é do que o princípio da motivação, insculpido no art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988 (CR/88), *verbo ad verbum*:

Art. 93 – *omissis...*

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Negrito nosso).

Portanto, cabe ao intérprete-aplicador justificar sua decisão, sob pena de tal ato ser declarado ilegítimo e inválido, pois é a motivação que assegura a racionalidade e traz mais segurança as decisões.

¹¹MARTINS, Marianne Rios. **Os limites de atuação do poder judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2^a dimensão.** Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf. Acesso em: 20 mar. 2010.

1.1.4 Mutações Constitucionais

As chamadas mutações constitucionais são alterações de sentido dos enunciados normativos, sem que haja a alteração de suas estruturas verbais, ou seja, há uma preservação da literalidade textual, ao passo que se confere novo significado ao seu conteúdo.

As mutações constitucionais são decorrentes de modificações histórico-sociais, que, por sua vez, funcionam como fatores de atualização das normas, preservando sua força normativa. É através delas que há um ajustamento entre normas e os novos reclames da sociedade (fatos).

Assim, o juiz buscará descobrir o significado jurídico atual da norma e não o que lhe foi impingido quando de sua criação. Estará o aplicador com os olhos voltados para o presente.

Ao tratar da importância desta atuação exegética atualizadora por parte dos magistrados e dos Tribunais, o Ministro Celso de Mello, relator do HC 90450-5/MG¹², assim o fez, *litteris*:

Cumpre referir que **o poder de interpretar o ordenamento normativo do Estado**, ainda que disseminado por todo o corpo social, traduz perspectiva essencial **daqueles que o aplicam, incumbindo, ao Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal** – que detém, em matéria constitucional, “o monopólio da última palavra” -, **o exercício dessa relevantíssima atribuição de ordem jurídica**.

A regra de direito – todos o sabemos – nada mais é, na expressão do seu sentido e na revelação do seu conteúdo, do que a sua própria interpretação.

Na realidade, **a interpretação judicial, ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição, nesta vislumbra um documento vivo a ser permanentemente atualizado, em ordem a viabilizar a adaptação do “corpus” constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico, para que, mediante esse processo de “aggiornamento”, o estatuto fundamental não se desqualifique em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo.**

Ou, em outras palavras, **a interpretação emanada dos juízes e Tribunais será tanto mais legítima quanto mais fielmente refletir, em seu processo de concretização, o espírito do tempo**, aquilo que os alemães denominam “Zeitgeist”.

¹²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 90450-5/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente/Impetrante: Demétrios Nicolaos Nikolaidis. Advogado(s): Sócrates Spyros Patseas e outro (A/S). Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 23 de setembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>. Acesso em: 02 abr. 2010.

Em uma palavra, Senhores Ministros: **a interpretação judicial há de ser vista como instrumento juridicamente idôneo de mutação informal da Constituição**, revelando-se plenamente legítima a adequação da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. (Negritos nossos).

Assim, conclui-se que as mutações constitucionais encontram amplo respaldo na necessidade contínua e paulatina de adequação dos sentidos da letra dos enunciados normativos à contemporaneidade, principalmente em uma sociedade plural e complexa como a nossa.

Vale lembrar, contudo, que tais modificações restringem-se ao sentido da norma jurídica e não configura permissivo para a sua substitutividade e nem complementaridade.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição, como lei básica, é princípio formal a que todo cidadão pode e deve recorrer. Por isso, a Carta Magna não pode ser apenas um espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para o que o conjunto dos indivíduos encara como o objetivo último da vida em comum. Todos temos o direito de nos rebelar contra qualquer espécie de coerção e abuso de poder, em qualquer instância em que se manifestem: nossa arma chama-se Constituição. Ela é a resposta à exigência de Montesquieu, há mais de dois séculos: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.” (ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**, Brasília: OAB editora, 2004, p. 487)

2.1 A evolução para um Estado Democrático de Direito

Para compreender a concepção hodierna de Estado Democrático de Direito, mister se faz lançar um “olhar” para a história, ou seja, entender a evolução para tal Estado, que teve sua origem no século XVIII.

Objetivando expurgar os desmandos do Regime Absolutista, caracterizado pela existência de um governo despótico e pela concentração do poder nas mãos de um só, eclodiram diversos movimentos, dentre os quais se destacam três.

O primeiro deles foi a Revolução Inglesa, influenciada fortemente pelo pensamento de Locke. Consagrada na Declaração de Direito de 1689, ou *Bill of Rights*, esta Revolução propôs o estabelecimento de limites ao poder absoluto do monarca. Sob forte influência do protestantismo, tal movimento contribuiu para a idéia de um 'governo da maioria', a ser exercido pelo Poder Legislativo, tido como poder supremo, afastando, assim, a concentração do poder nas mãos de um só.

O segundo foi a Revolução Americana, que buscava a independência das treze colônias, o que se deu em 1776. Os norte-americanos, contrários ao governo absolutista inglês, consagraram as idéias de democracia e de não intervenção estatal, visando, assim, garantir a supremacia da vontade popular.

Por fim, considerado o mais importante dos movimentos, por ser o marco de transição entre o Absolutismo e o Liberalismo, adveio a Revolução Francesa, pautada nos ideários de igualdade, de liberdade e de fraternidade.

Lançadas as bases para um novo tempo, surge o Liberalismo.

O Estado Liberal de Direito deve ser compreendido em dois momentos. Primeiro, o Velho Estado de Direito e, depois, o Novo Estado de Direito.

O Velho Estado de Direito ou Estado Legalista, sofreu forte influência da Escola da Exegese, que enfatizava “a teoria da plenitude da lei e um método lógico-formal de aplicação do Direito”.¹³

No Império da Lei restou consagrado o princípio da legalidade. Como dispôs Dalmo de Abreu Dallari “nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio da lei, que é a expressão da vontade geral”.¹⁴

A lei é a vontade. A lei é a ordem. No governo das leis, tanto o executivo como o judiciário estão a elas subordinados. O executivo só poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, ao passo que ao judiciário só caberia aplicá-las.

A finalidade do Estado Legalista era conter os abusos da administração e da jurisdição.

Para Montesquieu, idealizador da teoria da tripartição dos poderes, recepcionada no Estado Liberal, o “poder de julgar” deveria ser exercido mediante atividade puramente intelectiva, não produtiva de “novos direitos”. O juiz era a “boca da lei”.

O pensamento de Montesquieu tem uma razão de ser. Antes da Revolução Francesa, os cargos de juízes eram hereditários, mas podiam ser vendidos e comprados também. Em face do comprometimento com o poder feudal, os juízes vetavam quaisquer inovações legislativas que pudessem vir a afetar o regime. Daí, porque aos juízes só deveria ser delegado o poder de aplicar a lei.

¹³FILHO, *op. cit.* p. 63

¹⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 124.

Acerca do Governo das Leis, expõe MARINONI, *litteris*:

Mas tudo isso leva às questões da sistematicidade e da plenitude do direito. O ideal da supremacia do legislativo era o de que a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente correta. A lei era bastante e suficiente para que o juiz pudesse solucionar os conflitos, sem que precisasse recorrer às normas constitucionais.¹⁵

Ocorre que, em sendo o direito reduzido a lei e a sua validade ligada à autoridade da fonte de sua produção, restou impossível controlar os abusos legais, instaurando-se uma verdadeira tirania legislativa.

Destarte, buscou-se uma forma de proteger os direitos, até mesmo frente às leis. E a solução estava na Constituição.

Surge, então, o Novo Estado de Direito ou Estado Democrático de Direito ou, ainda, Estado Constitucionalista, que tem por “centro de gravidade” a Constituição.

Referido Estado, segundo o professo Glauco Barreira¹⁶, enfatiza o princípio da constitucionalidade, ao tempo que reconhece a normatividade dos princípios consagradores dos direitos fundamentais, sendo estes “valores supremos”, que aquém de serem conselhos ao legislador ou declarações políticas de direitos, consistem em normas vinculantes.

Assim, a Constituição é o ponto de partida. Ela é responsável por impor limites não só na esfera administrativa, mas na legislativa também.

Podemos, pois, então concluir que houve durante os tempos uma mudança no paradigma legicêntrico. Hodieramente, a Constituição possui um papel muito mais importante, da qual se deve extrair sua máxima força normativa.

¹⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 31.

¹⁶FILHO, *op.cit.*, p. 64.

2.2 A Separação dos Poderes

2.2.1 Contexto Histórico

É de sabença geral que o poder do Estado é uno e indivisível. Partindo-se dessa premissa, a separação dos poderes foi concebida a fim de atingir dois objetivos, quais sejam: aumentar a eficiência estatal, com a repartição das competências; e garantir a liberdade dos indivíduos, de forma a afastar o surgimento de governos despóticos.

Sob um olhar histórico, o primeiro indício de propositura para uma teoria da separação dos poderes, pode ser buscado em Aristóteles, em sua obra “Política”, quando o mesmo afirma:

A um homem sozinho não é fácil tudo enxergar ou quase tudo. Será necessário que tenha debaixo de seu comando diversas pessoas que o ajudem no poder; porém, então, porque não as designar logo, em lugar de permitir que apenas um homem as designe deste modo? Além do mais, como afirmamos antes, se o homem de bem merece mandar por ser melhor, e se dois homens de bem têm mais valor do que um apenas, como declara esse trecho de Homero:

“Dois bravos companheiros, quando marcham juntos...”

e essa promessa que Agamenon lança ao céu:

“ter dez companheiros sábios como Nestor”

fica demonstrado, consequentemente, não ser justo que o poder permaneça nas mãos de um apenas.¹⁷

Segundo o pensamento aristotélico, seria perigoso concentrar o poder nas mãos de um só homem, pois este decidiria conforme seu alvedrio, conforme sua vontade e suas paixões. Ademais, para ele, a repartição do poder traria maior eficácia à atuação do Estado.

Revela ponderar, contudo, que a acepção moderna de uma separação dos poderes não foi balizada em Aristóteles.

¹⁷ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001. 112p.

Consoante escólio do professor Dalmo de Abreu Dallari, ela se deu de forma gradativa “de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais”.¹⁸

No século XVI, Maquiavel, ao tratar de como o príncipe deveria evitar ser odiado e desprezado, remete-se ao governo francês, que, à época, já possuía “inúmeras e excelentes instituições garantidoras do povo e da segurança do rei”.¹⁹ As instituições a que Maquiavel se referia eram: o Parlamento, que representava o Poder Legislativo; o próprio Rei, que figurava como Poder Executivo; e, por fim, o Poder Judiciário, este representado por um tribunal neutro que “sem encargos para o rei, reprimisse os grandes e favorecessem os pequenos”.²⁰

Mas foi com John Locke, no século XVII, que surgiu a primeira sistematização para uma teoria de separação dos poderes. Para Locke, existiam quatro funções fundamentais a serem exercidas por dois órgãos do poder. Ao Parlamento foi incumbido o exercício da função legislativa. Ao rei, foi-lhe reservado as outras três funções: a função executiva; a função federativa (exercida pelo rei quando se tratasse do poder de guerra e do poder de paz, de ligas e alianças, bem como de todas as questões externas ao Estado); e a última função que consistia no “poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras.”²¹

Todavia, foi com Montesquieu que a Teoria da Separação dos Poderes incorporou-se ao constitucionalismo. Para ele, existiam três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, que, por sua vez, eram harmônicos e independentes entre si.

Esta doutrina, além de indicar as funções a serem exercidas pelo Estado, como o fez Aristóteles, também defende a necessidade de que o exercício de cada uma dessas funções seja atribuído a diferentes titulares.

Impende destacar que, na realidade, Montesquieu propôs uma Tripartição do Poder, ao passo que Locke é o verdadeiro “pai” da separação dos poderes, que, a seu ver, eram quatro, conforme dito alhures.

Desta feita, segundo Montesquieu:

¹⁸ DALLARI, *op.cit.* p. 182.

¹⁹ MAQUIAVEL. **O Príncipe**. Tradução Antônio D’Ella. São Paulo: Cutrix, 1995. p. 117. Título original: *Il PRINCIPE*.

²⁰ *Id. Ibidem.* p. 118.

²¹ DALLARI, *op. cit.*, p. 183.

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar” e, o outro, chamaremos, simplesmente, “o poder executivo do Estado.”²²

Esta separação dos poderes pode ser observada em alguns documentos históricos. Primeiramente, a Declaração de Direitos da Virgínia²³ de 1776, contemplou-a em seu art. 5º, *in verbis*:

Artigo 5º - O poder legislativo e o poder executivo do estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária; e a fim de que também eles de suportar os encargos do povo e deles participar possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros dos dois primeiros devem estes em tempo determinado, voltar a vida privada, reentrar no corpo da comunidade de onde foram originariamente tirados; os lugares vagos deverão ser preenchidos pôr eleições, freqüentes, certas e regulares. (Negrito nosso).

A *posteriori*, a Declaração do Homem e do Cidadão²⁴ de 1789, enfatizou essa separação, ao dispor em seu art. 16, *virgulatem*:

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

A partir de então, a separação dos poderes espalhou-se no seio do movimento constitucionalista.

Autores, como Dallari, realizam críticas a esse sistema de separação de poderes.

Aduzem que essa sistematização é meramente formalista, uma vez que é claro e evidente a constante interpenetração entre os poderes, advinda de fatores extralegais que fazem com que determinado poder se superponha aos outros.

²²MONTESQUIEU. **Espírito das Leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007. p. 165-166. Título original: *De l'Esprit des Lois, ou Du rapport que les lois doivent avoir avec La constitucion de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, etc* (1ª edição, 1748).

²³BRASIL. Declaração de Direitos da Virgínia. Internet: Wikipédia, a encyclopédia livre: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia. Acesso em: 13 abr. 2010.

²⁴BRASIL. Declaração do Homem e do Cidadão. Internet: a encyclopédia livre: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o. Acesso em: 13 abr. 2010.

No caso brasileiro, podemos citar, nesta toada, a atuação do Supremo Tribunal Federal, órgão pertencente ao Poder Judiciário, que, a fim de garantir a força normativa da Constituição Federal, bem como mantê-la atualizada dada as novas circunstâncias sociais, assume uma posição concretista, em sede de mandado de injunção, ou seja, não se limita a declarar a omissão legislativa, mas, após exaurido determinado prazo sem que haja a respectiva atuação do Poder Legislativo, termina por criar a norma concreta. Frise-se que este ponto será objeto de detalhamento adiante, em título próprio.

Por outro lado, argumentam que jamais a separação dos poderes conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado, pois, muitas vezes, há executivos antidemocráticos que se atrelam faticamente ao legislativo, sem ofender a ordem constitucional, bem como há legislativos, que dentro da separação dos poderes, não apresentam qualquer representatividade, não havendo que se falar, portanto, em democracia.

Por fim, alegam que o contexto em que surgiu a separação dos poderes, a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, não é o mesmo dos dias atuais, em que a atuação estatal passou a ser cada vez mais exigida.

Nesse sentido, Dallari se manifesta:

Como se tem observado, a separação dos poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo a sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando a sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com o modelo da separação dos poderes.²⁵

Como se observa, o dogma da separação dos poderes encontra-se mitigado, ou melhor, flexibilizado, em razão do novo contexto sócio, econômico e político em que se insere a sociedade, ante a sua própria complexidade.

Essa flexibilização pode ser comprovada sob duas perspectivas. A primeira, na delegação de poderes. No caso do Brasil, isso é evidenciado pela edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, ou seja, vê-se o Executivo realizando função típica do Legislativo. A segunda, na transferência constitucional de competência, aqui exemplificado, pelo uso de emendas constitucionais, que só na Lei Magna pátria são da ordem de 62

²⁵DALLARI, *op. cit.*, p. 186.

(sessenta e duas), havendo verdadeiro “boom” no Governo Fernando Henrique, com a edição de 35 (trinta e cinco) emendas à Constituição.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, a separação rígida dos poderes mostra-se superada, “isso porque, opostamente ao que propugnava originalmente, a separação rígida terminou por ensejar o arbítrio por parte de cada um dos poderes (órgãos) em razão da completa independência com que exerciam suas funções.”²⁶

E prosseguem os autores citados,

Em face desse quadro, hodiernamente se exige uma maior interpenetração, coordenação e harmonia entre os poderes. Com isso, eles passaram a desempenhar não só uma as suas funções precípuas, mas também, de modo acessória, funções que, em princípio seriam características de outros poderes. A divisão rígida foi, aos poucos, substituída por uma divisão flexível das funções estatais, na qual cada poder termina por exercer, em certa medida, as três funções do Estado: uma em caráter predominante (por isso denominada típica), e outras de natureza acessória, denominadas atípicas (porque, em princípio, são próprias de outros poderes).²⁷

Importa, por fim, trazer à colação, o entendimento de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártilres e Paulo Gustavo Gonet, que sobre a separação dos poderes, dispõem:

Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto de inevitável criatividade dos juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.²⁸

2.2.2 Plurissignificação Terminológica

Conforme dito outrora, o poder do Estado é uno e indivisível. Há quem diga que separar é sinônimo de dividir. Mas se assim considerarmos, estariamos afirmando que pode haver uma “quebra” do poder.

²⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2008. p.38.

²⁷ *Id. Ibid.* p. 38.

²⁸ BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M., *op. cit.*, 2009; p. 178.

Por outro lado, para alguns autores, é errôneo falar em separação de poderes, sendo mais adequado falar-se em uma distribuição de funções. Aqui poder, não seria considerada em seu sentido estrito, mas com significado de função.

Ora, se considerarmos a acepção terminológica *stricto sensu* de “poder”, o foco buscado é a defesa de liberdade dos indivíduos, pois quanto maior o poder, maior o risco de termos governos despóticos. Ao passo que, se considerarmos “poder” como sinônimo de função, o que se busca é a otimização estatal, a fim de organizar o Estado no desempenho de suas atribuições.

Mais adequado seria, portanto, considerando que existem três poderes, segundo Montesquieu, falar-se em “Tripartição das Funções do Estado”.

Contudo, a expressão “separação dos poderes” encontra-se solidificada pelo tempo, sendo amplamente empregada na atualidade, inobservando, portanto, o rigor terminológico.

2.2.3 A separação dos poderes à luz da Constituição Federal de 1988

Antes de começarmos a tecer minúcias acerca da separação dos poderes à luz da Constituição Federal de 1988, cremos ser importante para o nosso estudo traçarmos uma linha cronológica desta separação a partir do tratamento dado pelas Constituições pátrias.

A Constituição do Império do Brasil, também conhecida como Carta Política de 1824, institui um Governo Monárquico Hereditário, Constitucional e Representativo, conforme estabelecido em seu art. 3º.

CONSTITUIÇÃO DE 1824²⁹

Art. 3. O seu Governo é Monárquico Hereditário, Constitucional, e Representativo.

²⁹BRASIL. Constituição de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

No tocante a separação dos poderes, o marco diferenciador desta Constituição foi a instituição de um quarto poder, qual seja, o Poder Moderador. Este era a chamada “chave de toda a organização política” da época.

Referido poder era exercido privativamente pelo Imperador, que também exercia o poder executivo, contrariando, assim, a regra de que “o rei reina, mas não governa”.

Acerca do Poder Moderador, traz-se à colação escólio do Professor Paulo Bonavides e de Paes de Anrade, que assim dispõem:

Quem lê a Constituição do Império há de averiguar que havia justificados fundamentos para convalidar o receio dos que opugnavam a introdução do novo poder. Seu ingresso no texto da Constituição, qual ocorreria, importava já uma ofensa ao princípio concebido para fazer a liberdade e a harmonia dos poderes. O Poder Moderador fora aqui introduzido de forma diferente, tamanha a soma, a profundidade e a extensão das competências assinaladas ao seu titular, que não o era de um só poder, senão de dois, visto que em sua pessoa vinha acumular-se também a titularidade executiva.

Em suma, o Poder Moderador, qual constava da Constituição, se opunha tanto à doutrina de Montesquieu, da separação dos poderes, como à de Constant, que era a doutrina do poder neutro ou poder judiciário dos demais poderes.³⁰

Destacam-se alguns artigos presentes na Constituição de 1824, necessários ao entendimento da separação dos poderes à época.³¹

CONSTITUIÇÃO DE 1824

TÍTULO 3º: Dos Poderes, e Representação Nacional

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o **Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial**.

Art. 11. Os Representantes da Nação Brazileira são o Imperador, e a Assembléia Geral.

Art. 12. Todos estes Poderes no Império do Brazil são delegações da Nação.

TÍTULO 4º: Do Poder Legislativo.

CAPITULO I: Dos Ramos do Poder Legislativo, e suas atribuições

Art. 13. O Poder Legislativo é delegado á Assembléia Geral com a Sancção do Imperador.

Art. 15. É da atribuição da Assembléia Geral:

³⁰ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. História Constitucional do Brasil. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 106.

³¹BRASIL. Constituição de 1824. Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

[...]

VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspende-las, e revogá-las.

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.”

TITULO 5º: Do Imperador.

CAPITULO I: Do Poder Moderador.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

CAPITULO II: Do Poder Executivo.

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

TITULO 6º: Do Poder Judicial.

CAPITULO UNICO: Dos Juízes, e Tribunais de Justiça

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juízes, e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem.

Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juízes applicam a Lei.

É importante lembrarmos que a separação dos poderes foi criada, principalmente, para descentralizar o poder, a fim de que este não fosse exercido por um só.

Na Carta de 1824, vislumbramos que o Imperador exercia um poder que se sobreponha aos demais – Poder Moderador, além de ter em suas mãos outro poder, o Executivo. Mas, ao mesmo tempo, o Imperador interferia na atuação do Legislativo, já que nos trabalhos deste Poder era mister a sanção imperial.

Chamamos atenção para o fato de que o Poder Legislativo não só criava as leis, mas também as interpretava, o que chamamos de interpretação autêntica, ao passo que no Poder Judicial, cabia ao juiz só aplicar a lei, ou seja, era ele a “boca da lei”, nos moldes delineados por Montesquieu.

Era o Legislativo o guardião da Carta de 1824.

Assim, podemos dizer que a separação dos poderes não atingiu na Constituição Imperialista os contornos para os quais foi criada, qual seja, liberdade e harmonia entre os poderes. Ainda que constasse que a divisão e a harmonia dos poderes consistia no meio mais

seguro de efetivar as garantias que a Constituição oferecia (art. 9 da Constituição de 1924)³², esse divisaõ e harmonia não existia, uma vez que o Imperador detinha o comando direta ou indiretamente sobre todos os poderes.

Com o advento da República, sobreveio a Constituição de 1891. Esta objetivou neutralizar o poder pessoal dos governantes, removendo a figura do Poder Moderador que era, segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade, “habitado a caprichosas e inibidoras intervenções, que não raro contribuiam para fazer sucumbir ou desestabilizar os ministérios da monarquia.”³³

Restou estabelecido a tripartição dos poderes.

CONSTITUIÇÃO DE 1891³⁴

TÍTULO I: Da Organização Federal

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Destaca-se que a guarda da Constituição e das leis deixou de ser competência privativa do Poder Legislativo (art. 35, 1º da Constituição de 1891).³⁵

O Supremo Tribunal Federal aparece pela primeira vez em uma constituição brasileira como órgão do Poder Judiciário, composto por 15 (quinze) juízes, nomeados pelo Presidente da República e, posterior, aprovação do Senado, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado (art. 56 da Constituição de 1891)³⁶, embora sua origem date de 1828.

Empós, fruto do movimento de 1930, a Constituição de 1934 manteve a estrutura tripartite de poderes. No entanto, o Executivo foi favorecido e fortalecido com o amplo rol de competências.

³²Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

³³ ANDRADE, P.; BONAVIDES, P. *op cit.*, p. 259.

³⁴BRASIL. Constituição de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

³⁵Art. 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: 1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal.

³⁶Art. 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

CONSTITUIÇÃO DE 1934³⁷:

Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

Note que o texto fala que os poderes devem ser “coordenados entre si”. Desta feita, as diversas competências a serem desenvolvidas devem ser integradas, ainda que cada poder seja independente.

Ao se reportar a tripartição dos poderes estabelecido pela Constituição de 1934, Paes de Andrade e Paulo Bonavides aduzem que “o poder autoritário do Executivo, se dissolveu o Legislativo, espezinhou o Judiciário”.³⁸

Podemos concluir, a partir da afirmação dos ilustres autores supracitados, que na vigência da *Lex Mater* de 1934, o executivo despontava-se frente aos demais poderes.

Com o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, adveio o Estado Novo, havendo a necessidade de uma nova Constituição para se adequar aos interesses da época. Surge a Carta de 1937, também chamada de Polaca.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, foi silente quanto a separação dos poderes. Contudo, existem em seu corpo, referências ao Poder Legislativo, ao Poder Judiciário e ao Presidente da República, considerado a autoridade suprema.

CONSTITUIÇÃO DE 1937³⁹:

Art. 73 - o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País.

Ao indicar o Presidente da República como autoridade suprema, obviamente a Constituição não poderia falar em equilíbrio ou harmonia

Não existia real embasamento na realidade da estrutura judiciária e legislativa.

³⁷BRASIL, Constituição de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 08 maio 2010.

³⁸ANDRADE, P.; BONAVIDES, P., *op.cit.*, p. 344.

³⁹BRASIL, Constituição de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 08 maio 2010.

Havia um verdadeiro desequilíbrio entre os Poderes. A competência destes era meramente formal.

Nesse sentido, obtemperam Andrade e Bonavides, *virgulatem*:

Os artigos 38 a 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo, com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 a 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pela Assembléias Legislativas dos Estados.

[...]

Quanto ao Judiciário, o arbítrio do Poder Executivo ultrapassava até mesmo o texto da Carta constitucional.⁴⁰

Podemos dizer que o Executivo era o poder de maior destaque, de forma a exercer sobre os demais poderes um certo centralismo, limitando, por via de consequência, as competências do Judiciário e do Legislativo.

Com o movimento de rechasso ao Golpe de 1937, adveio a Constituição de 1946, que, inicialmente, objetivava restabelecer o Legislativo e o Judiciário, devolvendo-lhes as competências e as prerrogativas que estes detinham e gozavam, respectivamente. Ressurge o princípio da separação dos poderes.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946⁴¹:

Art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Veja que o constituinte de 1946 inaugurou a técnica da redação, que viria a ser adotada nas constituições supervenientes, para enunciar o princípio da separação dos poderes, havendo a substituição do termo “coordenação”, presente na Constituição de 1934, por “harmonia”, que já existia nas constituições anteriores.

Ocorre que, depois de tantos anos de prevalência e hegemonia do Executivo, este ganhou “ares imperiais”, havendo verdadeira hipertrofia dos outros dois poderes.

⁴⁰ ANDRADE, P.; BONAVIDES, P., *op.cit.*, p. 351.

⁴¹ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

Durante a vigência da Carta de 1946, houve um enfraquecimento do Executivo, ao passo que o Legislativo restou fortalecido, mas reduzido às figuras da lei constitucional e da lei ordinária.

Produto da Revolução de 1964, surge a Constituição de 1967. Ao que se refere a separação de poderes, o consituente de 67 não inovou em relação a anterior, destacando-se o retorno da hegemonia do Executivo frente ao Legislativo e ao Judiciário.

CONSTITUIÇÃO DE 1967⁴²:

Art. 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 DE 1969⁴³:

Art. 6º São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

Feitas essas considerações acerca da separação de poderes na linha temporal constitucional, importa dizer que, em grande parte das Constituições do Brasil, houve prevalência do Poder Executivo, com um leve fortalecimento do Legislativo na Constituição de 1946. Ao reverso, quanto ao Judiciário, pelo que se vê, este permaneceu a margem dos demais poderes.

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, manteve o princípio da separação dos poderes, ratificando a necessidade de independência e harmonia entre os poderes, encontrando-se tal preceito estampado em seu Título I (Dos Princípios Fundamentais), art. 2º, *in verbis*:

⁴²BRASIL, Constituição de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

⁴³BRASIL, Emenda Constitucional nº. 1 de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988⁴⁴

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Conforme consta no célebre prefácio intitulado “A Constituição Coragem”, escrito pelo Deputado Ulysses Guimarães:

*“Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos”.*⁴⁵

Tamanha é a importância da separação dos poderes, que esta recebeu *status* de cláusula pétreia.

Cremos que uma das mais significativas, senão uma das mais importantes, dentre as inovações trazidas pelo constituinte de 88, foi a adoção de um sistema de controle jurídico do poder, balizado na teoria do *check and balances* (pesos e contrapesos).

Esse controle funciona da seguinte forma: os poderes possuem funções típicas e também funções atípicas. Estas últimas, ora são exercidas para consecução de suas finalidades precípuas (típicas), ora para impor limites a atuação dos demais poderes.

Dessarte, justifica-se tal sistema para que nenhum dos “poderes” venha a se sobrepor aos demais, e nem mesmo permaneça inerte quanto ao que lhes estar incumbido de realizar.

A título de curiosidade, segundo escólio de John Garvey e T. Alexander Aleintkoff, o *balance* (contrapesos, equilíbrio) tem origem na Inglaterra, a partir da ação da Câmara de Lordes, formada por clero e nobreza, equilibrando os projetos de lei advindos da Câmara dos Comuns, formada pelo povo, com o escopo de evitar que leis demagogas ou formuladas por impulso momentâneo de pressões populares fossem aprovadas.⁴⁶

O *check* adveio da opinião do Judge Marshall no famoso caso *Marbury versus Madison*, em 1803, ao afirmar que o Poder Judiciário tinha a missão constitucional de

⁴⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 maio 2010.

⁴⁵ GUIMARÃES *apud* ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 501.

⁴⁶ MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos : Desenvolvimento no Estado Brasileiro**. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf. Acesso em: 9 maio 2010.

declarar a inconstitucionalidade – e, portanto, tornar nulos – dos atos do Congresso, quando, a seu exclusivo juízo, tais leis não guardassem harmonia com a Carta Política. Segundo a doutrina do *Judicial Review*, o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos outros ramos.⁴⁷

Ad summan, podemos dizer que a *Lex Fundamentalis* de 1988, quis estabelecer um equilíbrio entre os poderes. Contudo, na prática, observamos que o Judiciário, ou melhor, o Supremo Tribunal Federal, vem “interferindo” na competência dos demais poderes, a partir do momento em que passa a ter uma atuação mais ativa, revestindo-se nos moldes de verdadeiro Tribunal Constitucional, ainda que não o seja.

2.3 Princípio da Separação dos Poderes *versus* Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário

As normas jurídicas podem se apresentar de duas formas: como regras ou como princípios.

Quando há um conflito entre regras, não havendo a possibilidade de existir uma interpretação que seja compatível a ambas, uma regra acaba por excluir a outra.

Ao reverso, em se tratando de conflito estabelecido entre princípios, estes devem se complementar, ainda que haja a prevalência de um sobre o outro, mas não a exclusão total de um deles. Fala-se, portanto, em uma ponderação, um sopesamento de princípios. O que determinar qual princípio será predominante é a análise do caso concreto.

A partir dessas considerações, mostra-se necessário lembrarmos, como dito no 1º capítulo de nosso estudo, que compete aos juízes e aos tribunais, intérpretes oficiais das normas jurídicas, realizarem o binômio sentido-aplicação, isto é, fixar o sentido do enunciado normativo e, posteriormente, aplicá-lo ao caso concreto.

⁴⁷ MALDONADO, *op.cit.*

No caso dos princípios, estes deverão ser concretizados pelo órgão julgador. Concretizar é uma operação que aproxima e excede a própria interpretação, conforme explicita o professor Glauco Barreira (2002).

Mas o que acontece quando estivermos diante de uma omissão legislativa? Poderão os juízes e os tribunais escusarem-se de apreciar o caso concreto?

Primeiro, a Constituição de 1988 foi explícita ao assegurar amplo acesso à justiça, inserindo no rol das garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, que assim dispõe:

Art. 5º - *omissis...*

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.⁴⁸

Portanto, não pode o Judiciário negar-se de apreciar a contenda que lhe for apresentada.

Além disso, a fim de evitar que haja um malferimento do princípio da separação dos poderes, vindo a função legislativa a ser exercida pelo Judiciário, o próprio legislador, na Lei de Introdução ao Código Civil, que é uma norma de sobredireito, buscou instrumentar o julgador de recursos que o possibilitasse atuar frente ao déficit de atuação legislativa, integrando todo o sistema, e suprindo a omissão.

Dispõe o art. 4º da LICC⁴⁹, *virgulatem*:

Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Revela ponderar que o órgão julgador ao exercer essa atividade integrativa não está criando direito novo, pois ele retira do próprio ordenamento jurídico um direito preexistente.

⁴⁸BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 maio 2010

⁴⁹ BRASIL, Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. Anne Joyce Angher, organização. 9.ed. São Paulo: Ridel, 2009 (Coleção de Leis).

Não caberia, então, ao Poder Judiciário, sob a alegativa de suprir omissões legislativas, alterar o conteúdo da norma, a fim de que esta incida em situação fática diversa daquela que está disciplinada pelo legislador.

Se alterasse o conteúdo normativo, poderíamos concluir que o Judiciário estaria a substituir a vontade do legislador, revelando, uma hegemonia de um Poder sobre outro, no caso, Judiciário sobre o Legislativo, configurando uma ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Até aqui, podemos concluir que houve uma preocupação de garantir a eficácia dos dois princípios em vergaste, de forma que um não exclua o outro e ambos sejam observados.

Ocorre que o legislador não é capaz de prever todas as situações. E outras vezes, ainda que esteja prevista a sua atuação na criação de determinada norma, assume posição de inércia.

Frente às novas exigências sociais, a criatividade do intérprete acaba por encontrar soluções muito mais rápidas para os conflitos de interesses do que as demoradas respostas do legislador. Destarte, referidas exigências são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador, falando-se, no que chamamos, de criação judicial do direito ou criação jurisprudencial do direito.

Assim, neste caso, há a observância do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, ao tempo em que o princípio da separação dos poderes é restringido, talvez, até mesmo, pela sua própria flexibilização ocorrida ao longo do tempo.

2.4 Da Criação Judicial do Direito

Acreditamos que um dos questionamentos mais pertinentes que podemos fazer ao longo deste trabalho seja: o que é mais importante: solucionar o caso concreto, ainda que balizado em uma 'legislação judiciária', atendendo ao princípio do acesso amplo à justiça, ou postergar as situações que se apresentam e que passam a ser repetitivas, esperando que o legislador supra tal omissão?

A postura inerte assumida pelo legislador contribui para que os direitos da sociedade, previstos e salvaguardados pelo Constituinte de 88, tornem-se, muitas vezes, letra morta, ou seja, sem eficácia, face à ausência de legislação complementar necessária, que, empós, 22 (vinte e dois) anos de promulgação da Lei Magna, ainda não veio a ser elaborada.

Por outro lado, podemos constatar que, hoje, é inerente as sociedades democráticas contemporâneas, como é a brasileira, uma verdadeira hipertrofia da ação judicial.

Se o órgão julgador deparar-se com o déficit da atividade legislativa, pode ele valer-se da Constituição, a fim de ver efetivado o direito requestado. E para tal intento, valer-se-á das técnicas hermenêuticas.

Nessa senda, são os ensinamentos de Sérgio Alves Gomes⁵⁰:

[...], *aplicar o Direito*, em um Estado de Direito Democrático, significa *aplicar* antes de tudo a *Constituição*. Diante desta, todos os poderes constituídos e demais leis devem se curvar. E para aplicá-la deverá o juiz interpretá-la, segundo os ensinamentos, princípios, da *hermenêutica constitucional*, entendida como especialidade da *hermenêutica jurídica*. Ao adotar como meta a aplicação dos princípios e regras constitucionais e dos princípios da *hermenêutica jurídica constitucional*, o magistrado muito se distancia daquela postura de falsa “neutralidade” tão ao gosto da escola de exegese, para se tornar um autêntico concretizador dos *valores* que são, ao mesmo tempo, *os fundamentos e objetivos* do *Estado de Direito Democrático*. Sob a égide dos *princípios* que orientam este, o Juiz torna-se um importante *sujeito ativo* na *aplicação e elaboração* do Direito, ou seja, um efetivo participante da *construção de uma sociedade autenticamente democrática*. É óbvio que tal atitude não é simpática aos *inimigos da democracia*. A estes, nada melhor que juízes autômatos, dóceis ou indiferentes aos caprichos e desmandos deles. Felizmente, a consciência democrática vem produzindo cada vez mais, dentro e fora da magistratura, uma mentalidade renovadora do papel do juiz na sociedade e dos relevantes escopos desempenhados no correto exercício do poder que este exerce. Isso vem ensejando o engrossar das fileiras dos magistrados que, prudente e inteligentemente, vão abrindo espaços à verdadeira justiça, [...].

Já faz parte do nosso cotidiano, a incessante criação jurisprudencial do direito. E esta criação desenvolve-se pelo fértil meio conferido pela Constituição, uma vez que esta ao estar revestida de uma série de princípios, constrói o espaço necessário a interpretações construtivas, primordialmente quanto à jurisdição constitucional, falando-se, portanto, na chamada legislação judiciária.

⁵⁰ GOMES apud PELIZARI, Mateus Faeda. **O juiz como legislador positivo no caso concreto**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1149>. Acesso em: 11 abr. 2010.

A legislação judiciária é fruto da atividade intelectiva do próprio julgador, não havendo a previsão de um processo formal como o legislativo.

Em se tratando do Brasil, o que podemos vislumbrar é um aumento estrondoso do controle normativo pelo Poder Judiciário, que se recorre a procedimentos interpretativos de legitimação das aspirações sociais, viabilizando a ação judicial, pautadas nos princípios e fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

A criação judicial do direito é uma realidade. Mas é preciso uma última indagação: o Poder Judiciário, com destaque ao Supremo Tribunal Federal, cria a norma em abstrato, ou ele concretiza a norma?

Para responder a esta pergunta, importa recordamos, primeiramente, os ensinamentos de Kelsen.

Consoante a Teoria Pura do Direito, elaborada por Hans Kelsen, o ordenamento jurídico possui estrutura de pirâmide. No ápice dessa estrutura piramidal encontra-se a chamada norma hipotética fundamental, que confere validade às normas a ela inferiores, inclusive à Constituição. Segundo este teórico, as normas inferiores deveriam observar as superiores, ou seja, estas eram o seu fundamento.

Desta feita, a sentença proferida pelo órgão julgador, considerada norma individual, liga-se necessariamente a uma norma superior. A norma abstrata é individualizada por obra do juiz.

Conforme assevera o professor Glauco Barreira (2002), “Kelsen via a sentença como ato volitivo, e não como ato intelectivo ou ato de conhecimento.”

Assim, quando se diz, na linha do pensamento kelseniano, que o juiz cria a norma individual, admite-se que o direito é composto pelo conjunto de normas gerais e abstratas e de normas individuais e concretas, e, portanto, que o direito também é criação do juiz.

É como se o processo legislativo só terminasse com a atuação do julgador, ou seja, no momento da concretização da norma, até então, abstrata.

Porém, a realidade que se aponta se contrapõe a teoria de Kelsen. E isso se torna mais evidente, considerando o caso brasileiro, quando o STF constrói a norma jurídica a partir

de uma interpretação conforme a Constituição, quando exerce o controle de constitucionalidade, quando adota regra de balanceamento ou regra da proporcionalidade *stricto sensu* dos direitos fundamentais, ou quando a sentença por ele proferida não afirma positivamente lei ou norma geral alguma.

Contrapondo-se a Kelsen, Eugenio Bulying (*apud* MARINONI, 2008) defende a criação do direito pelos juízes.

Sustenta Bulying que o juiz ao criar a norma individual, segundo o pensamento kelseniano, não cria o direito, uma vez que esta norma se valida em uma norma geral criada pelo legislador. Para tal teórico, a teoria de Kelsen só estaria correta se ele admitisse que o juiz cria a própria norma geral.

Apesar de Kelsen entender que a norma individual, *in casu*, a sentença, somente se justifica pela existência de uma norma geral a que se reporte, ele não chega a admitir, claramente, que o juiz pode criá-la quando a norma geral é tida como injusta, tanto é que Kelsen fala em “aplicação de norma geral não positiva”.

Bulying aduz que a teoria kelseniana é inconsequente quanto a esse aspecto, já que a positividade do direito advém do fato das normas serem criadas por atos humanos, como reconhece Kelsen, não há que se falar em “não-positividade”.

Desta feita, considerando que a positividade é decorrente da norma criada por um ato humano, conclui-se que o juiz cria a norma geral, dotada de positividade.

E como veremos no capítulo seguinte, o STF, em determinados momentos, cria a norma geral.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rui Barbosa, invocando a doutrina norte-americana, assim definiu a posição do STF no jogo dos poderes do Estado: "Intérprete final da Constituição (Dicey), o Supremo Tribunal Federal é, pois, o último juiz da sua própria autoridade (Cooley)". (Edgard Costa, Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Rio, Civilização Brasileira, 1964, 1º vol., pág. 22. apud Inocêncio Mártires, Gilmar Mendes e Paulo Branco. Op. Cit. p. 81, nota 208).

3.1 Considerações Gerais: O papel da Suprema Corte

O Supremo Tribunal Federal (STF), conforme explicitado no capítulo anterior, consiste em um órgão pertencente ao Poder Judiciário, criado em 1828.

A Constituição de 1891, sob a influência da doutrina constitucional norte-americana, outorgou ao STF a função de guardião da *Lex Mater*, antes exercida pelo Legislativo.

Hodiernamente, o órgão de cúpula do Poder Judiciário é composto por onze ministros, escolhidos dentre as pessoas de notável saber jurídico e reputação ilibada, maiores de 35 (trinta e cinco) anos e menores de 65 (sessenta e cinto) anos, nomeados pelo Presidente da República, depois da aprovação do Senado Federal.

Dentre as competências estabelecidas pelo constituinte de 88, conforme explicita o ex-presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, a que possui maior peso político é a competência para “processar e julgar a ação direta de constitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.”⁵¹

Além das competências expressas na Constituição de 1988, o STF também detém uma série de competências advindas do próprio modelo constitucional brasileiro. Isso se deve a incorporação da Teoria *Implied Powers* (Teoria dos Poderes Implícitos), desenvolvida pelo constitucionalismo americano, que será abordada adiante.

⁵¹BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. *op. cit.*, 2009. p. 994.

3.2 Ativismo Judicial

A expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez pelo jornalista americano Arthur Schlesinger ao se reportar a Suprema Corte dos Estados Unidos, quando esta propugnava que “o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos”.⁵²

As Supremas Cortes, ao se revestirem de uma postura mais ativa, típica de Estados Democráticos de Direito, partem do princípio de que devem concretizar os fins colimados em suas próprias constituições, não mais se sujeitando à atuação legislativa, que peca por sua morosidade na regulamentação dos dispositivos constitucionais.

Essa expansão do poder judicial está atrelada à própria evolução histórica.

Ora, essa postura ativa deve-se a decadência do constitucionalismo liberal positivado. Ela só se torna possível com uma filosofia constitucional comprometida em garantir a igualdade e a dignidade humana. Os tribunais mostram-se muito mais abertos e acessíveis ao cidadão do que as demais instituições políticas, além do fato daqueles não poderem se escusar de responder as demandas que lhes são apresentadas, face o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, enunciado no capítulo anterior.

Segundo o professor Luiz Flávio Gomes⁵³, existem dois tipos de ativismo judicial: (1) o ativismo judicial inovador, que é a criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito; (2) e o ativismo judicial revelador, que consiste na criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa. Neste último caso, o juiz inova o ordenamento jurídico, não criando uma norma nova, mas, complementando o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

Por fim, importa analisarmos as posições favoráveis e contrárias ao ativismo judicial perpetrado pelo Judiciário quando o Legislativo aparece como inerte, omissivo.

⁵²FERNANDEZ, Athualpa. **Ativismo Judicial**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/40388>. Acesso em: 02 maio 2010.

⁵³GOMES, Luis Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>. Acesso em: 02 maio 2010.

É certo que existe um consenso acerca da atuação dos órgãos julgadores como legisladores negativos. O mesmo não ocorre quando eles assumem a atuação de legisladores positivos.

Aqueles que defendem a impossibilidade do Judiciário atuar positivamente alegam que este poder não dispõe de um meio de legitimação para tanto, ou seja, não possui legitimidade democrática. Ademais, haveria a inobservância da separação dos poderes.

Ao reverso, contrários a esse pensamento, o Judiciário pode ser legislador positivo, pois ele atua como uma espécie de delegado do Poder Constituinte para a defesa da Constituição. Ademais, o devido processo legal, a reserva de consistência, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição, legitimariam o Judiciário para agir desta forma. Quanto à separação dos poderes, esta não é mais vista como uma estrutura rígida, mas analisada de acordo com o contexto histórico em que está inserida.

Passa-se a analisar, a partir de agora, o ativismo judicial do STF.

3.2.1 Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal

O STF objetiva conformar a Constituição às novas exigências sociais, garantido, por sua vez, a força normativa da Lei Magna. Não importa ser somente o guardião, é preciso incorporar o espírito da nossa Lei Suprema.

Foi no ano de 2006, com a renovação da composição do STF, que esta Corte incorporou o ativismo judicial. Foi a partir deste momento, que o Supremo passou a influir de forma mais incisiva na vida do país. Tornou remota a era em que o Executivo parecia ser o único Poder da República, relegando o Legislativo e o Judiciário a um plano subalterno frente à opinião pública.

Assim, depois de dois séculos de criação desta Suprema Corte, face à posição ativa que vem exercendo, os destinos do Brasil passam, hoje, pelo Judiciário. Na verdade, passam pelas mãos do STF, que nada mais é do que o “juízo final”. Presumimos que não seria

impróprio dizer que, atualmente, quem “governa” é o STF, reproduzindo-se o que uma vez o Ministro Celso de Mello disse.

O Ministro José Celso de Mello Filho, em entrevista a revista Consultor Jurídico em 15 de março de 2006, ao falar da evolução do Supremo, assim dispôs:

O Tribunal orientava-se, então como assinala o ministro Sepúlveda Pertence, por uma visão retrospectiva, que o mantinha vinculado e condicionado aos padrões estabelecidos no passado, em face de anteriores ordens constitucionais. Hoje, o STF tem uma outra visão do processo constitucional. Possui uma nova percepção que põe em evidência o papel vital desta Corte nesse processo de indagação do texto constitucional.⁵⁴

Até algum tempo atrás, o STF era formado por ‘juristas’ conservadores que foram indicados para o cargo antes do processo de redemocratização, imiscuídos no seio de outra Constituição e na tradição jurídica que exigia um Supremo discreto. Atualmente, todos os ministros do STF foram indicados no período democrático, dos quais, oito deles só no Governo Lula.

Podemos dizer que o STF rompeu com o passado, comprometendo-se com o futuro. Daí, falarmos que estamos evoluindo para o surgimento de um Estado Judiciarista.

A Constituição de 1988 ofereceu maior liberdade quanto à interpretação das leis e na atuação frente os vazios jurídicos. A Lei Magna vigente deu força ao STF, o que resta comprovado com a criação da ação direta de constitucionalidade e do mandado de injunção.

O STF assume, então, um papel menos defensivo, mas ativo ao ponto de suprir lacunas legislativas, a fim de que prevaleça o espírito da Constituição de 1988.

Após 22 (vinte e dois) anos de promulgação da Constituição de 1988, muitos de seus artigos não foram, ainda, regulamentados pelo Congresso Nacional. Este assume uma posição apequenada. Sua pauta se vê atravancada pela avalanche de medidas provisórias editadas ao longo dos governos, atualmente, no Governo Lula, que precisam ser analisadas com prioridade.

Destarte, o STF, apesar de não deter a legitimidade de exercício, assume o papel de legislador positivo, atribuindo a si uma espécie de “legitimidade” de fato.

⁵⁴CHAER, Márcio. [Entrevista com José Celso de Mello Filho publicada em 15 de março de 2006, na Internet]. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei. Acesso em: 15 dez. 2009.

Tal legitimação advém dos poderes implícitos outorgados pela Lei Magna de 1988 e do princípio da máxima efetividade.

O escopo do princípio da máxima efetividade é realizar os dispositivos constitucionais violados, seja por ação comissiva ou omissiva. É conferir a máxima eficácia as normas constitucionais.

Recordando-se os ensinamentos de Angela Cristina Pelicioli⁵⁵, incumbe ao STF promover a efetividade da ordem constitucional quando os poderes políticos não agem ou agem em discordância com os direitos fundamentais.

Quando um dos três poderes não exerce suas funções, um dos outros a supri, para abominar o vácuo deixado.

Ao que pertine a teoria dos poderes implícitos, esta possui origem na Constituição Americana de 1787.

Esta teoria “adota a premissa de que a atribuição, pela Constituição, de uma determinada competência a um órgão, ou o estabelecimento de um fim a ser por ele atingido, implicitamente, confere os poderes necessários a execução dessa competência ou à consecução desse fim (se a Constituição pretende o fim, entende-se que tenha assegurado os meios para a satisfação desse fim)”.⁵⁶

Sobre a atuação do STF e a possibilidade de criar o direito, já que age como legislador positivo, impende citar Francisco Campos, em discurso proferido na solenidade de abertura dos trabalhos do STF, em 02 de abril de 1942:

Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida a matéria

⁵⁵PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo.** São Paulo: LTR, 2008. p. 239.

⁵⁶ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *op.cit.* p. 75.

de cuja condensação há de resultar a espécie. (O Poder Judiciário na Constituição de 1937, in Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 367).⁵⁷

Para verificarmos que o Supremo Tribunal Federal atua como legislador positivo, elegemos, para tanto, a análise do mandado de injunção, especificamente o MI 712, que trata da greve dos servidores públicos.

3.3 Mandado de Injunção (MI)

3.3.1 Considerações Gerais

O mandado de injunção foi instituído pela Constituição de 1988, objetivando assegurar a plena eficácia e aplicabilidade de seus dispositivos.

Encontra-se previsto no art. 5º, inciso LXXI da Lei Magna⁵⁸, *virgulatem*:

Art. 5º - *omissis...*

[...]

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

Esse remédio constitucional somente é cabível quando a norma constitucional possui eficácia limitada (ou seja, por si só não é aplicável) e ainda não foi regulamentada por norma infraconstitucional.

Qualquer pessoa que se sinta lesada por falta de norma regulamentadora pode impetrar Mandado de Injunção, devidamente assistida por um advogado.

Desta feita, podemos inferir que o escopo-mor desse remédio é garantir a eficácia e a aplicabilidade do texto constitucional, a fim de que este não se torne ‘letra morta’, em face

⁵⁷ CAMPOS *apud* BRANCO, P. G. G., COELHO, I. M., MENDES, G., *op.cit.*, p. 82.

⁵⁸ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 maio 2010.

da omissão legislativa na regulamentação, o que acarreta a chamada “violação negativa do texto constitucional” (MI 542, rel. Min. Celso de Mello, 28.08.2001).⁵⁹

3.3.2 Cabimento

Do próprio preceptivo legal que enuncia o Mandado de Injunção, citado alhures, podemos extrair os pressupostos necessários a sua impetração, quais sejam: a ausência de norma regulamentadora de um preceito constitucional cumulada com a inviabilização do exercício de um direito e/ou liberdade constitucional, ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Revela ponderar que não é qualquer omissão que enseja o manejo deste remédio constitucional. É mister que haja previsão constitucional impondo o dever estatal de emanar normas legais. Atrelado a isto deve restar configurado um retardamento abusivo por parte do Legislativo, ou seja, este estar em mora.

Quanto a este aspecto, podemos dizer que esse retardamento é realidade em nosso cotidiano jurídico. Conforme explicitado anteriormente, depois de 22 (vinte e dois) anos do advento da Constituição de 1988, muitos de seus artigos não foram regulamentados, como é o caso do art. 37, inciso VII e do art. 40, §4º, inciso III, da CR/88 que tratam, respectivamente, da greve e da aposentadoria especial dos servidores públicos.

⁵⁹ E M E N T A: MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, § 3º) - INJUSTIFICÁVEL OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL - FIXAÇÃO DE PRAZO PARA LEGISLAR - DESCABIMENTO, NO CASO - WRIT PARCIALMENTE DEFERIDO. A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA). - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). Entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno)...” (STF, MI 542/SP, Min. Celso de Melo, DJ. 28.02.2006).

3.3.3 Legitimidade Ativa e espécies de Mandado de Injunção

O mandado de injunção pode ser individual ou coletivo, dependendo de sua legitimidade ativa.

Apesar da garantia constitucional do mandado de injunção apontar para uma natureza individual, uma vez que não há expressa previsão de sua modalidade coletiva, como ocorre com o mandado de segurança coletivo (CR/88, art. 5º. Inciso LXX), o Supremo Tribunal Federal atribuiu aos partidos políticos com representatividade no Congresso Nacional e à organização sindical de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano legitimidade ativa para ingressarem em juízo como o mandado de injunção coletivo na defesa dos interesses de seus membros e associados quando do cerceamento dos direitos, liberdades e/ou prerrogativas inerentes à soberania, à nacionalidade e à cidadania (MI 20/DF, Min. Celso de Mello).⁶⁰

No caso do mandado de injunção individual é legitimado o próprio titular do direito constitucional obstado por inércia do legislador.

3.3.4 Efeitos da decisão proferida em sede de Mandado de Injunção

Este certamente é o ponto mais relevante na análise da temática em questão. Principalmente, porque verificaremos a mudança de posição do Supremo Tribunal Federal, que, antes adotava o pensamento de que a decisão proferida em sede de mandado de injunção era meramente declaratória e, empós, passou a adotar pensamento diverso, aduzindo que a decisão tem caráter mandamental.

⁶⁰MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. (STF, MI 20-4/ DF - DISTRITO FEDERAL, Min. Celso de Mello, j. 19/05/1994, DJ. 22/11/1996).

Para entender essa mudança de entendimento, imprescindível se faz reportarmos, primeiramente, as teses jurídicas que versam sobre os possíveis efeitos das decisões proferidas. Adotamos, para tanto, a didática do professor Alexandre de Moraes.

Havendo o acolhimento do pedido em mandado de injunção, poder-se-á adotar uma posição concretista ou uma posição não-concretista.

Segundo a posição concretista, uma vez presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, cabe ao Judiciário reconhecer a omissão legislativa ou administrativa, efetivando a concretização do exercício do direito, até, posterior, edição da norma regulamentadora.

Esta posição subdivide-se em duas: concretista geral e concretista individual.

Ao que pertine a primeira, a decisão proferida pelo julgador deve ter efeito *erga omnes*, ou seja, contra todos (geral), possibilitando, através de um provimento judicial normativo, a concretude do direito requestado, até posterior regulamentação pelo órgão competente.

Quanto à segunda, o efeito seria *inter partes*, ou seja, limitar-se-ia ao autor da ação.

A concretista individual, por sua vez, subdivide-se em concretista individual direta e concretista individual indireta.

Na concretista individual direta, o Poder Judiciário ao julgar procedente o mandado de injunção, concretiza direta e imediatamente a eficácia da norma constitucional.

Ao reverso, segundo a concretista individual geral, não há esta concretização imediata. Primeiro, há uma comunicação ao órgão omissivo da decisão, conferindo-lhe prazo para que elabore a regulamentação. Após o término do interregno, permanecendo a inércia, o Poder Judiciário fixará as condições necessárias ao exercício do direito pleiteado pelo autor.

Pela posição não concretista, incumbe ao Judiciário apenas reconhecer formalmente a inércia do Poder Público e cientificar a sua decisão ao órgão competente, a fim de que este edite a norma faltante. É evidente que este posicionamento está pautado na

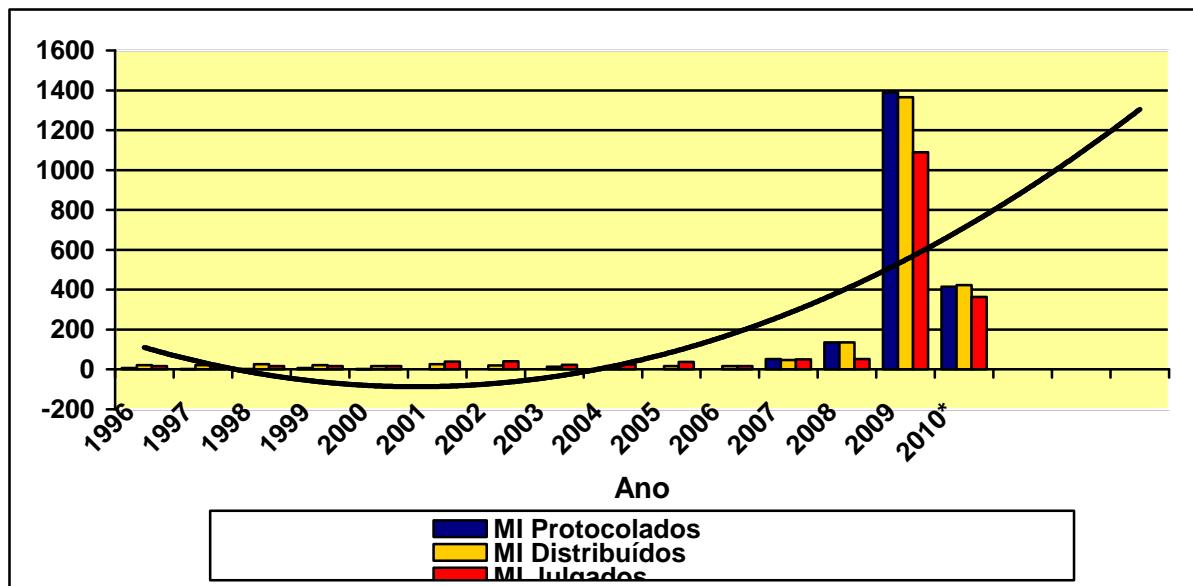
observância do princípio da separação dos poderes, que não admite a interferência do Poder Judiciário na criação do direito, a fim de que se supra a lacuna legislativa.

Inicialmente, o STF adotava a posição não concretista (MI 107/DF)⁶¹, o que na prática nada adiantou porque o legislativo permaneceu inerte.

Com a nova composição da Corte, dada em 2006, como dissemos em linhas anteriores, esta deu passos decisivos na plena restauração do mandado de injunção, porque até então a criação constitucional de 1988 era vista como uma inutilidade.

Não é a toa que, a partir desse período, houve uma hipertrofia no número de mandados de injunção protocolados, conforme verificamos no gráfico abaixo.

Gráfico 1 – Evolução do Mandado de Injunção (MI)



FONTE: Portal de Informações Gerenciais do STF

*Dados de 2010 atualizados até 30 de abril

Observe que em meados da década de 90, era inexpressiva a quantidade de mandados de injunção impetrados. Do período compreendido entre 2001 a 2006, ela inexistiu,

⁶¹EMENTA: - Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9., da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir. - Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem "legitimatio ad causam", em se tratando de mandado de injunção, quem pertence a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele. - Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito. - Precedente do STF: MI 235. Mandado de injunção não conhecido (STF, MI 107/DF, Min. Moreira Alves, DJ. 02.08.1991).

havendo verdadeiro aumento a partir de 2007, com ápice em 2009, com 1389 (hum mil, trezentos e oitenta e nove) mandados de injunção protocolados.

Por fim, resta-nos dizer que segundo a linha de tendência assinalada no gráfico, espera-se uma crescente no número de mandados de injunção.

Passemos a análise, a ser realizada no tópico seguinte, do Mandado de Injunção 712, relativo ao direito de greve dos servidores públicos, através do qual, restará demonstrado, além da mudança de pensamento do STF, a possibilidade por parte deste de criar o direito, utilizando-se dos processos hermenêuticos.

3.3.5 Mandado de Injunção 712-8/PA

O direito de greve do servidor público está previsto no art. 37, inciso VII da Constituição de 1988⁶², que dispõe:

Art. 37 – *omissis...*

[...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Veja que se trata de norma de eficácia limitada, necessitando de outra norma para sua regulamentação.

No Mandado de Injunção nº. 20-4/DF, impetrado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil, o Ministro Celso de Mello, ao analisar o direito de greve, afirmou que este só seria possível mediante a edição de lei complementar por parte do Legislativo.

Impende, pois, transcrever a ementa do julgado acima:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO

⁶²BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 maio 2010.

CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis SÓ SE REVELARÁ POSSÍVEL DEPOIS DA EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. (STF, MI 20 / DF - DISTRITO FEDERAL, Min. Celso de Mello, j. 19/05/1994, DJ. 22/11/1996). (Grifo nosso).⁶³

Houve por parte do STF uma adoção da posição não concretista, ficando adstrito a declarar a mora legislativa para que houvesse a edição de norma regulamentadora por parte do Legislativo.

Tempo depois, o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará impetrou mandado de injunção objetivando dar efetividade ao art. 37, inciso VII da CR/88. Trata-se do MI 712-8/PA.

Para o nosso estudo, é de suma importância o voto do Ministro Relator Eros Grau, acompanhado pelos demais, que sintetiza o novo posicionamento adotado pelo STF, além de retratar o poder-dever da Corte em legislar positivamente. Senão, vejamos.

⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 20/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Brasília, 19 de maio de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acesso em: 02 maio 2010.

VOTO DO MINISTRO EROS GRAU NO MI 712-8/PA⁶⁴:

[...] 14. **O artigo 37, VII, consubstancia norma especial em relação ao caráter geral do preceito veiculado pelo artigo 9º, estabelecendo que "o direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica".** Isso se explica por duas razões. 15. Em primeiro lugar porque na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital - indivíduo ou empresa - que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. 16. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. Vale dizer: a greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. Por isso é relativamente tênue, por exemplo, enquanto poder de fato dotado de capacidade de reivindicação social, a greve exercida no setor do ensino público. Como a falta da utilidade social somente será sentida a tempo mais longo, as paralisações aí praticadas permanecem durante largos períodos de tempo, até que as reivindicações às quais estejam voltadas sejam atendidas, quando e se isso ocorra. Em segundo lugar, a relação do emprego público é instrumental, direta ou indiretamente, da provisão de serviços públicos, cuja continuidade há de ser assegurada em benefício do todo social. 17. Serviço público, na noção que dele podemos enunciar, é - observei alhures³ - a atividade explícita ou implicitamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (DUGUIT) - ou, em outros termos, atividade explícita ou implicitamente definida pela Constituição como serviço existencial [permite-me enfatizar: existencial, não essencial, mais do que essencial] existencial, dizia, relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (CIRNE LIMA). 18. Daí o caráter especial - de norma especial - do artigo 37, VII, em relação à norma geral extraída do artigo 9º da Constituição do Brasil, cujo § 1º diz que "[a] lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade". 19. **Por isso tenho que a Lei n. 7.783, de 20.06.89, atinente à greve dos trabalhadores em geral, não se presta, sem determinados acréscimos, bem assim algumas reduções do seu texto, a regular o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Este reclama, em certos pontos, regulação peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "servicos públicos"; e vice-versa. Trata-se aí de atividades próprias do setor privado, de um lado - ainda que essenciais, voltadas ao atendimento de necessidades inadiáveis da coletividade - e de atividades próprias do Estado, de outro.** 20. **Daí porque, de início, não me parece deva ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício.** 21. Isso me leva a alterar posição que anteriormente assumi, ao afirmar que a norma veiculada pelo artigo 37, VII é de eficácia contida. Pois é certo que ela reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. Por isso, ao adotarmos a classificação usual das normas constitucionais segundo o critério da eficácia, devo necessariamente tê-la como de eficácia limitada; e assim a tenho porque esta é conclusão que necessariamente se extrai da interpretação da Constituição no seu

⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 712-8/PA. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP. Advogado (a/s): Eduardo Suzuki Sizo e outro. Impetrado: Congresso Nacional. Brasília, 25 de julho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em: 02 maio de 2010.

todo. **A Constituição - e isso repetirei inúmeras, inúmeras vezes neste Tribunal - a Constituição não pode ser interpretada em tiras, aos pedaços, porém no seu todo.** 2. Passo ao exame do instituto do mandado de injunção. Quanto a ele, toda a exposição que segue neste apartado do meu voto é extraída de justificativa de autoria do Professor JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA a anteprojeto de lei por ele elaborado, que foi publicado inicialmente no jornal O Estado de São Paulo, de 26 de agosto de 1989, e, posteriormente, foi convertido no Projeto de Lei n. 4.679, de 1.990, que o repetiu na íntegra, inclusive a sua justificativa [Diário do Congresso Nacional de 17.04.1990, página 2.824 e segs.]. 23. Diz o eminent Professor Titular da Faculdade de Direito da USP: "1. É princípio assente em nosso direito positivo que, não havendo norma legal ou sendo omissa a norma existente, cumprirá ao juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (Lei de Introdução ao Cód. Civil, art. 4º; Cód. Proc. Civil, art. 126). Assim, o que pode tornar inviável o exercício de algum direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente assegurados não será nunca a 'falta de norma regulamentadora' mas, sim, a existência de alguma regra ou princípio que proíba ao juiz recorrer à analogia, aos costumes ou aos princípios de direito para suprir a falta de norma regulamentadora. Havendo tal proibição, configura-se a hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, diante da qual o juiz é obrigado a extinguir o processo sem julgamento de mérito (Cód. Proc. Civil, art. 267, VI), o que tornará inviável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa assegurados pela Constituição. O caso, pois, em que cabe o mandado de injunção é exatamente o oposto daquele em que cabe o mandado de segurança. Vale dizer, é o caso em que o requerente não tem direito de pretender a tutela jurisdicional e em que requerido teria o direito líquido e certo de resistir a essa pretensão, se acaso fosse ela deduzida em Juízo. Esta constatação - prossegue BOTELHO DE MESQUITA - é de primordial importância para o conhecimento da natureza e dos fins do mandado de injunção. Dela deriva a determinação dos casos em que se pode admitir o mandado de injunção e também dos objetivos que, por meio dele, podem ser alcançados". O mandado de injunção "destina-se, apenas, à remoção da obstáculo criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora. A remoção desse obstáculo se realiza mediante a formação supletiva da norma regulamentadora faltante. É este o resultado prático que se pode esperar do julgamento da mandado de injunção. A intervenção supletiva do Poder Judiciário deve subordinar-se, porém, ao princípio da independência e da harmonia entre os Poderes (CB, art. 2º). A autorização constitucional para a formação de normas supletivas não importa permissão ao Poder Judiciário para imiscuir-se indiscriminadamente no que é da competência dos demais Poderes. Trata-se apenas de dar remédio para omissão do poder competente. Para que tal omissão se configure, é preciso que norma regulamentadora não tenha sido elaborada e posta em vigor no prazo constitucional ou legalmente estabelecido, quando houver, ou na sua falta, no prazo que o tribunal competente entenda razoável. Antes de decorrido tal prazo não há que falar em omissão do poder competente, eis que a demora se incluirá dentro da previsão constitucional e assim também a provisória impossibilidade do exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas garantidos pelo preceito ainda não regulamentado. O que é danoso para os direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais não é a demora, em si mesma considerada, mas a demora incompatível com o que se possa ter como previsto e programado pela Constituição. [...] O cabimento do mandado de injunção pressupõe, por isto, um ato de resistência ao cumprimento do dispositivo constitucional, que não tenha outro fundamento senão a falta de norma regulamentadora. [...] O conteúdo e os efeitos da decisão que julga o mandado de injunção, e bem assim os efeitos do seu trânsito em julgado, devem ser estabelecidos a partir de uma clara determinação do escopo do mandado de injunção exatamente o que falta no texto constitucional. Pelo que do dispositivo constitucional consta, sabe-se quando cabe o mandado de injunção, mas não se sabe para o que serve; sabe-se qual o problema prático que visa a resolver, mas não se sabe como deverá ser resolvido. [...] O que cabe ao órgão da jurisdição não é, pois, constranger alguém a dar cumprimento ao preceito constitucional, mas, sim, suprir a falta de norma regulamentadora, criando, a partir daí, uma coação da mesma natureza daquela que estaria contida na norma regulamentadora. O ilícito constitucional (o ato

anticonstitucional) é algo que só poderá existir depois de julgado procedente o mandado de injunção e, por isto, não constitui matéria que possa ser objeto de decisão no julgamento do próprio mandado. Fixados estes limites desponta o problema da compreensão da hipótese da norma que será supletivamente formulada pelo tribunal. Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes? Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos".

24. O que deve ser regulado, no caso de que tratamos, é - alterada parcialmente a dicção de MAURICE HAURIOL - a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 25. A mora, no caso, é evidente. Trata-se, nitidamente, de mora incompatível com o previsto e programado pela Constituição do Brasil no seu art. 37, inciso VII. 26. Salvo a hipótese de - como observei anteriormente, lembrando FERNANDO PESSOA - transformarmos a Constituição em papel "pintado com tinta" e aplicá-la em "uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma", constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante. 27. O argumento de que a Corte estaria então a legislar - o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 20 da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] - é insubstancial. 28. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que parece o art. 37, VII da Constituição, função normativa, porém não legislativa. 29. Explico-me.

30. A classificação mais freqüentemente adotada das funções estatais concerne aos ofícios ou às autoridades que as exercem. Trata-se da classificação que se denomina *orgânica* ou *institucional*. Tais funções são, segundo ela, a *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional*. Se, porém, pretendermos classificá-las segundo o critério *material*, teremos: a função *normativa* - de produção das normas jurídicas [= textos normativos]; a função *administrativa* - de execução das normas jurídicas; a função *jurisdicional* - de aplicação das normas jurídicas. 31. Na menção aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estamos a referir centros ativos de *funções* - da função *legislativa*, da função *executiva* e da função *jurisdicional*. Essa classificação de *funções estatais* decorre da aplicação de um critério *subjetivo*; estão elas assim alinhadas não em razão da consideração de seus aspectos *materiais*. 32. Entenda-se por *função estatal* a expressão do poder estatal - tomando-se aqui a expressão "poder estatal" no seu aspecto *material* - enquanto preordenado a *finalidades* de interesse coletivo e objeto de um *dever jurídico*. 33. A consideração do poder estatal desde esse aspecto liberta-nos da tradicional classificação das funções estatais segundo o critério *orgânico* ou *institucional*. Nesta última, porque o poder estatal é visualizado desde a perspectiva *subjetiva*, alinharam-se a função *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional*, às quais são vocacionados, respectivamente, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. 34. Afastado, contudo o critério tradicional de classificação das funções estatais, cumpre fixarmo-nos naquele outro, que conduz à seguinte enunciação: [i] função *normativa* - de produção das normas jurídicas [= textos normativos]; [ii] função *administrativa* - de execução das normas jurídicas; [iii] função *jurisdicional* - de aplicação das normas jurídicas. 35. A função *legislativa* é maior e menor do que a função *normativa*. Maior porque abrange a produção de atos administrativos sob a forma de leis [lei apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o; menor porque a função *normativa* abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo. 36. Daí que a função *normativa* compreende a função *legislativa* [enquanto produção de textos normativos], a função *regimental* e a função *regulamentar*. 37. Quanto à *regimental*,

não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário, visto incumbir-lhe também, e por imposição da Constituição, a de formular supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada. Aqui o Judiciário - na dicção de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA - remove o obstáculo criado pela omissão do poder competente para editar a norma regulamentadora faltante, essa remoção realizando-se mediante a sua formulação supletiva. 38. De resto, é ainda certo que, no caso de concessão do mandado de injunção, o Poder Judiciário formula a própria norma aplicável ao caso, embora ela atue como novo texto normativo. 39. Apenas para explicitar, lembro que texto e norma não se identificam. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta a transformar textos - disposições, preceitos, enunciados --- em normas. 40. O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado. 41. Ademais, não há que falar em agressão à "separação dos poderes", mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada "separação dos poderes" provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de "separação dos poderes", o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original. 42. De resto, o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante. Note-se bem que não se trata de simples poder, mas de dever-poder, idéia já formulada por JEAN DOMAT⁸ no final do século XVII, após retomada por LEÓN DUGUIT⁹ e, entre nós, por RUI BARBOSA¹⁰, mais recentemente por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹¹. 43. A este Tribunal incumbirá - permito-me repetir - se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador. 44. No caso, o Sindicato impetrante solicita seja julgada procedente a ação e, declarada a omissão do Poder Legislativo, determinada a supressão da lacuna legislativa, mediante a regulamentação do direito de greve no serviço público, autorizando-se a utilização de normas análogas às da Lei n. 7.783, até o advento de lei própria; pede, ao final, seja reconhecido o direito de greve. 45. Não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-o, exclusivamente, e em sua plena redação, a Lei n. 7.783/89, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros do seu exercício. Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador - tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados - que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só. 46. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. E nada obsta a que, no que tange às hipóteses de outras impetrações, no futuro, que versem situações análogas, a elas seja estendida, por despacho monocrático do relator, essa mesma regulação, nos termos do disposto no artigo 21 do Regimento Interno desta Corte. 47. Temos então como indispensável a definição, por esta Corte, das medidas a serem tomadas no sentido de assegurar a continuidade da prestação do serviço público; somente assim poderá ser conferida eficácia ao disposto no art. 37, VII. 48. Boa parte da filosofia do serviço público encontra inspiração no princípio da sua continuidade, isto é, continuidade do serviço público. 49. A continuidade do serviço público é, na França, afirmada como princípio com valor constitucional ainda que a Constituição não lhe faça referência. Aliás, a idéia de continuidade é inerente, mesmo no medievo, ao

empreendimento de atividades que assumissem a configuração do que modernamente denominamos *serviço público*. Uma ordenança de Charles IX, rei de França, de 1.560, estabelecia que aos titulares de direitos de pedágio [*droicts de Peage*] incumbia a conservação em boa e devida reparação [= em bom estado] das pontes, caminhos e passagens; isso não sendo feito, o produto das receitas do pedágio seria tomado pelos agentes do reino [*Procureurs*] e aplicado à reparação e conservação devidas. O mesmo preceito é reproduzido, no século XIX, no artigo 42 do *cahier des charges* [conjunto de disposições que definem as condições da concessão de serviço público] aplicável à concessão de transporte ferroviário entre Paris e Lyon: “Le chemin de fer et toutes ses dépendances seront constamment entretenus en bon état et de manière que La circulation soit toujours facile et sûre. L'état dudit chemin et de ses dépendances sera reconnu annuellement, et plus souvent, en cas d'urgence ou d'accidents, par un ou plusieurs commissaires que désigneront l'administration. Les frais d'entretien et ceux de réparation, soit ordinaires, soit extraordinaires, resteront entièrement à la charge de la compagnie”. Outrossim, o modelo de *cahier des charges* para a concessão de pontes, aprovado pela circular de 7 de maio de 1.870, estabelecia, em seu artigo 26, que, se a circulação viesse a ser interrompida, o concessionário deveria prover, por sua conta, um serviço de travessia por balsa; e, mais, se a ponte viesse a ser destruída, ainda que em razão de força maior, o concessionário seria obrigado a reconstruí-la, sem direito a reclamar qualquer indenização do Estado. 50. Estreitamente vinculado à própria essência do serviço público, o princípio da sua continuidade expressa exigência de funcionamento regular do serviço, sem qualquer interrupção além das previstas na regulamentação a ele aplicável. 51. E assim é porque serviço público é atividade indispensável à consecução da coesão social e a sua noção há de ser construída sobre as idéias de coesão e de interdependência social. 52. Basta neste passo, por todas, a observação de MAURICE HAURIQUET²⁰: as condições fundamentais de existência do Estado exigem que os serviços públicos indispensáveis à vida da nação não sofram interrupção. 53. Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3º e seu parágrafo único, no art. 4º, no parágrafo único do art. 7º, no art. 9º e seu parágrafo único e no art. 14⁶⁵. Este, pois, é o

⁶⁵ 21 "Art. 1º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. Parágrafo único. O direito de greve será exercido na forma estabelecida nesta Lei. Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador. Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação parcial do trabalho. Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, da paralisação. Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação parcial da prestação de serviços. § 1º O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quorum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve. § 2º Na falta de entidade sindical, a assembléia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no 'caput', constituindo comissão de negociação. Art. 5º A entidade sindical ou comissão especialmente eleita representará os interesses dos trabalhadores nas negociações ou na Justiça do Trabalho. Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos: I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve; II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento. § 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem. § 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento. § 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa. Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, exceto na ocorrência da hipótese prevista no art. 14. Art. 8º A Justiça do Trabalho, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Públíco do Trabalho, decidirá sobre a procedência, total ou parcial, ou improcedência das reivindicações, cumprindo ao

conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei n. 7.783/89: "Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação parcial do trabalho. Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, da paralisação. Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação parcial da prestação de serviços"; "Art. 7º [...] Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, exceto na ocorrência da hipótese prevista no art. 14"; "Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação do serviço público. Parágrafo único. É assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo"; "Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, em especial o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho". **54. Em face de tudo, conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII da Constituição do Brasil, nos termos do conjunto normativo enunciado neste voto.** (Destaque nossos).

Importa, neste momento, analisarmos *pari passu* o voto do Ministro Eros Grau.

Primeiramente, destacamos o item 39 de seu voto: "Apenas para explicitar, lembro que texto e norma não se identificam. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo".

Podemos detectar nesse item, a adoção por parte do Ministro do método hermenêutico normativo-estruturante, definido no primeiro capítulo do nosso estudo. Relembrando, para tal método, não é a literalidade do texto normativo-constitucional que

Tribunal publicar, de imediato, o competente acórdão. Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação do serviço público. Parágrafo único. É assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo. Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, em especial o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que: I - tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; II - seja motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho. Art. 15. A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal. Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito. Art. 17. Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (lockout). Parágrafo único. A prática referida no caput assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação".

regulamenta a situação fática, mas, sim, os órgãos do legislativo, da Administração Pública, os tribunais e juízes que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, caso necessário, sua implementação fática. Como asseverou Friedrich Müller, é o texto literal apenas a “ponta do icerbeg”, ou seja, o ponto de partida.

Segundo este método, é o intérprete o construtor da norma.

E esse nosso entendimento pode ser ratificado no item 40 do voto do Ministro em vertência:

O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado.

Cumpre observar que o próprio Ministro reconhece a flexibilização do princípio da separação dos poderes, ao tempo em que afasta violação ao mesmo frente ao ativismo judicial perpetrado pelo Supremo. Isso é observado quando Eros Grau menciona:

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

A legitimação da Corte na supressão das lacunas legislativas é dada pela própria Constituição. Esta é vista como um todo, e não a partir de particularidades. Logo, apesar da Lei Magna consagrar a separação dos poderes, ela também forneceu mecanismos, como o mandado de injunção, para que os verdadeiros detentores de direitos, liberdades e prerrogativas não ficassem a mercê da mera legislativa.

Aqui, podemos ver consagrados os seguintes princípios hermenêuticos eminentemente constitucionais: o princípio da máxima efetividade, o da força normativa e o da correção funcional.

Ora, a fim de que as cláusulas constitucionais não sejam letra morta, em uma Constituição adjetivada como Cidadã, elas precisam ter a máxima efetividade, consoante as exigências sociais vigentes, reconhecendo, assim, a normatividade da Constituição. Ainda que

tenha sido previsto uma organização estrutural do Estado, esta não deve ser óbice para o acesso aos direitos consagrados na Lei Suprema.

Por fim, o próprio Ministro reconhece que o Judiciário, no caso o STF, é criador de norma jurídica abstrata e geral, assinalando que este não tem o poder, mas o poder-dever de assim atuar, na formulação supletiva da norma regulamentadora faltante.

É claro e evidente que não houve uma integração analógica, ao se reportar a aplicação da Lei nº. 7.783/89, que regula o direito de greve dos celetistas. Primeiro, porque o Ministro é categórico ao afirmar que a norma contida no art. 37, inciso VII da CR/88 é especial em relação ao diploma legal indicado. Segundo, porque existem peculiaridades dos servidores públicos diferentes dos trabalhadores de iniciativa privada.

Partindo-se dessas premissas, no *decisum* vergastado ficou evidenciado que o STF estabeleceria parâmetros outros, definidos de modo abstrato e geral, a fim de regulamentar casos análogos posteriores, uma vez que a “norma jurídica é o *preceito, abstrato, genérico e inovador - tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados - que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só.*” E arremata, o Ministro ao dizer que em sede de mandado de injunção, “*o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.*”

Veja que já há no julgado as modificações que devem ser realizadas.

Quanto a essa última assertiva verifica-se que cai por terra o entendimento de Kelsen ao dizer que a sentença é a norma concreta, é a norma de decisão. Pudemos verificar, ao longo da análise do MI 712, que o próprio STF defende a criação judicial do direito.

Aponte-se uma última consideração. No voto ficou estabelecido que o efeito a ser dado seria *erga omnes*.

Ad summan, cite-se Rui Medeiros *apud* MÁRTIRES, MENDES e BRANCO que ao tratar da legislação positiva perpetrada pelos Tribunais aduz: “A atribuição de uma função

positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional [...].”⁶⁶

3.4 STF: Poder Moderador ou função moderadora?

Intérprete último da Constituição e juiz último de sua própria autoridade, o Supremo Tribunal Federal apresenta, hoje, uma composição sólida e independente, na medida em que conseguiu colocar o Judiciário em primeiro plano.

Face o ativismo judicial do Supremo, este poderia ser chamado de quarto poder, constituinte de plantão ou mesmo legislador positivo.

A Corte desenvolveu um arcabouço jurisprudencial ou, porque não dizer, guardada as devidas proporções, uma legislação judiciária que lhe possibilita atuar como força moderadora entre os poderes da República. Atua como uma instância de superposição, não só quanto aos conflitos entre o Legislativo e o Executivo, mas também nos conflitos destes poderes com os demais órgãos componentes do Judiciário.

No capítulo segundo do presente trabalho, nos reportamos ao chamado Poder Moderador, e a definição deste por Benjamin Constant. Segundo este teórico, o poder moderador funcionaria como o judiciário dos demais poderes.

Poder-se-ia dizer que a Corte seria um poder moderador se considerarmos o conceito de Constant. O STF é quem dá a palavra final. Esta Corte enfrenta o Executivo e o Legislativo. Enfrenta a mídia e a sua própria jurisprudência.

Talvez seja mais afável aos “ouvidos” admiti-lo como função moderadora, pois muitas vezes, quando falamos em um poder acima dos outros, colocamos de lado o ideário democrático.

⁶⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Mendes. Op. cit., 2009; p. 1267.

3.5 A caminho de um Estado Judiciarista: um Governo de Juízes

No capítulo segundo, pudemos observar a evolução para um Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucionalista. Tivemos a oportunidade de apontar todas as influências que promoveram o surgimento de referido Estado, que tem como cerne a Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, é o intérprete último da Constituição Federal de 1988. É ele que estabelece o seu sentido, pautando este na jurisdição constitucional.

Como Guardião da Constituição, muitas de suas decisões possuem reflexos políticos, perpetradas pela realização de uma “interpretação autêntica”, formulada esta a partir de uma legislação judiciária. Estaríamos diante de uma judicialização da política?!

Hoje, podemos observar que os dissídios de interpretação constitucional assumem inevitável conotação política. Pudemos observar, quando analisamos o aumento considerável de mandados de injunção protocolados, o natural inconformismo daqueles que, não conseguindo fazer valer o seu direito, por falta de regulamentação pelo legislativo, batem as portas da Corte, buscando efetivá-los.

Destarte, podemos dizer que o Supremo, ciente de seu papel e de sua autoridade, utiliza-se de seus “superpoderes” para proteger a Constituição como um todo, arbitrando, firmemente, as inevitáveis tensões entre os valores constitucionais permanentes com as chamadas omissões do Legislativo, que deixa de cumprir o compromisso firmado em 1988.

Pela configuração que se apresenta hoje, não soa descabido dizer que estamos caminhando para uma onipotência judicial, para a instauração de um governo de juízes, em que as grandes decisões políticas vão se deslocando do âmbito do Legislativo para o Judiciário.

Estamos convergindo para a instauração de um Estado Judiciarista, com uma preponderância dos juízes em relação aos legisladores, já que aqueles seriam vistos como os legítimos criadores do direito, e não como simples reveladores da *mens legislatoris* ou da *mens legis*.

4 CONCLUSÃO

A sociedade, cada vez mais complexa e plural, clama pela efetivação dos direitos consagrados constitucionalmente, não podendo mais ficar aprisionada a idéia inicial de separação dos poderes, concebida em uma estrutura rígida e intransponível. Não há mais espaço para isso. Não se pode mais ficar a mercê da mora abusiva do Poder Legislativo, muito mais comprometido com a “politicalha”. Afora isso, o Congresso encontra-se congestionado pelo enorme número de medidas provisórias editadas pelo Chefe do Poder Executivo Nacional, o Presidente da República, que detêm prioridade na análise.

Não nos cabe mais restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal a simples legislador negativo. É flagrante e notório que, hodiernamente, ele exerce uma função atípica, prevista e legitimada implicitamente pelo espírito da Constituição, qual seja, a de legislador positivo.

E para essa nova função, a hermenêutica constitucional mostrou-se e mostra-se um excelente instrumento viabilizador.

Ora, a acessibilidade de métodos e princípios eminentemente constitucionais ao alcance da Corte Suprema sobreleva a sua atividade, possibilitando proferir decisões, consoante a sua pré-compreensão, seguidas, empós, de fundamentação, o que favorece a criação judicial do direito, que é constante em nosso país e vem ganhando força ao longo do tempo, de forma a dizermos que estamos cada vez mais caminhando no sentido de que a Lei governa, mas a jurisprudência reina.

Mereceu destaque, em nosso estudo, a reserva de consistência, como limitação a este fim, com o escopo de garantir que o cidadão possa se insurgir contra quaisquer abusos, equívocos ou desmandos.

Por outro lado, constatamos que a criação judicial do direito, e, por conseguinte, o surgimento de uma legislação judiciária, não se limita a normas de concretização.

Quando analisamos a mudança no entendimento de apreciação do mandado de injunção, verificamos que o STF não só concretiza o direito por meio de uma atividade integrativa, mas, quando necessário, como ocorreu no MI nº. 712-8/PA (greve dos servidores

públicos), cria critérios outros e modifica expressões, para que haja realmente a efetivação do direito. Como disse o Ministro Eros Grau, eles criam a norma abstrata e geral.

Face o ativismo judicial, bem como por figurar como instância de superposição em relação aos demais Poderes e ao próprio Judiciário, o Supremo poderia ser visto como um quarto poder, um Poder Moderador.

Pelo quadro que nos é apresentado atualmente, não soa descabido dizermos que estamos caminhando para uma onipotência judicial do STF, para a instauração de um Governo de Juízes, um Estado Judiciarista, tendo em vista que as grandes decisões políticas vão se deslocando do âmbito do Legislativo para o Judiciário.

REFERÊNCIAS

Livros

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2.ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2008.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Mendes. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FILHO, Glauco Barreira Magalhães. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAQUIAVEL. **O Príncipe**. Tradução Antônio D'Ella. São Paulo: Cutrix, 1995. Título original: II PRÍNCIPE.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTESQUIEU. **Espírito das Leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007. Título original: *De l'Esprit des Lois, ou Du rapport que les lois doivent avoir avec La constitucion de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, etc* (1^a edição, 1748).

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PELICOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo.** São Paulo: LTR, 2008.

Artigos

FERNANDEZ, Athualpa. **Ativismo Judicial.** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/40388>. Acesso em: 02 maio 2010.

GOMES, Luis Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>. Acesso em: 02 maio 2010.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos : Desenvolvimento no Estado Brasileiro.** Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf. Acesso em: 9 maio 2010.

MARTINS, Marianne Rios. **Os limites de atuação do poder judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2^a dimensão.** Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf. Acesso em: 20 mar. 2010.

PELIZARI, Mateus Faeda. **O juiz como legislador positivo no caso concreto.** Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1149>. Acesso em: 11 abr. 2010.

Entrevistas

CHAER, Márcio. [Entrevista com José Celso de Mello Filho publicada em 15 de março de 2006, na Internet]. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei. Acesso em: 15 dez. 2009.

Legislação

BRASIL. Declaração de Direitos da Virgínia. Internet: Wikipédia, a encyclopédia livre: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL. Declaração do Homem e do Cidadão. Internet: a enciclopédia livre: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL. Constituição de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

BRASIL. Constituição de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

BRASIL, Constituição de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 08 maio 2010.

BRASIL, Constituição de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 08 maio 2010.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

BRASIL, Constituição de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

BRASIL, Emenda Constitucional nº. 1 de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-9.htm. Acesso em: 8 maio 2010.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 maio 2010.

BRASIL, Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. **Vade Mecum Acadêmico de Direito.** Anne Joyce Angher, organização. 9.ed. São Paulo: Ridel, 2009 (Coleção de Leis).

Jurisprudências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 263.975-3/RN. Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Caixa Econômica Federal. Advogados: Marcelo Rogério Martins e outros. Agravado: Geraldo Simão da Silva. Advogados: Rita de Cássia A. E. Mota de Castro e outros. Brasília, 26.09.2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 abr. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 90450-5/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente/Impetrante: Demétrios Nicolaos Nikolaidis. Advogado(s): Sócrates Spyros Patseas e outro (A/S). Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 23 de setembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>. Acesso em: 02 abr. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 542-7/SP. Impetrante: Companhia Paulista de Plásticos. Relator: Ministro Celso de Mello. Advogados: Roberto Fernandes de Almeida. Impetrado: Congresso Nacional. Brasília, 28 de agosto de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81862>. Acesso em: 02 abr. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 107-3/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Brasília, 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>. Acesso em: 02 maio 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 20/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Brasília, 19 de maio de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acesso em: 02 maio 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 712-8/PA. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP. Advogado (a/s): Eduardo Suzuki Sizo e outro. Impetrado: Congresso Nacional. Brasília, 25 de julho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em: 02 maio de 2010.

Outras fontes

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. Acesso em: 02 maio 2010.