



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS.
Curso de Direito.

MATHEUS ALVES BARCELOS DA CRUZ

**O USO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO FORMA DE REGULAMENTAÇÃO
INDIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: APOSENTADORIA ESPECIAL POR
INSALUBRIDADE.**

Brasília

2018

MATHEUS ALVES BARCELOS DA CRUZ

**O USO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO FORMA DE REGULAMENTAÇÃO
INDIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: APOSENTADORIA ESPECIAL POR
INSALUBRIDADE.**

Monografia apresentada em conclusão ao curso de graduação de
Direito da do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB,
como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito

Professor: MSc. Anna Luiza de Castro Gianasi

Brasília

2018

MATHEUS ALVES BARCELOS DA CRUZ

**O USO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS COMO FORMA DE REGULAMENTAÇÃO
INDIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: APOSENTADORIA ESPECIAL POR
INSALUBRIDADE.**

Monografia apresentada em conclusão ao curso de graduação de Direito da do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito

Professor: MSc. Anna Luiza de Castro Gianasi

Brasília, 24 de abril de 2018.

Banca Examinadora

Profa. Anna Luíza de Castro Gianasi

Orientadora

Karla Margarida Martins Santos

Examinadora

Formulando para nossa pátria o pacto da reorganização nacional, sabíamos que os povos não amam as suas constituições senão pela segurança das liberdades que elas lhes prometem, mas que as constituições, entregues, como ficam, ao arbítrio dos parlamentos e à ambição dos governos, bem frágil anteparo oferecem a essas liberdades, e acabam, quase sempre, e quase sempre se desmoralizam, pelas invasões, graduais, ou violentas, do poder que representa a legislação e do poder que representa a força. Nós, os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isso fizemos deste tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores da Razão de estado, resumimos-lhe a função específica nesta idéia.

Se ela vos penetrar, e apoderar-se de vós, se for, como nos concebíamos, como os Estados Unidos conseguiram, o princípio animante deste tribunal, a revolução republicana estará salva. Se pelo contrário, se coagular, morta, no texto, como o sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estará perdida. Ora, é a primeira vez que essa aspiração se vai ver submetida à prova real. E aqui está por que eu tremo, senhores, receando que o julgamento desta causa venha a ser o julgamento desta instituição.¹

(RUI BARBOSA)

¹ Texto retirado da sustentação oral de Habeas Corpus, proferida na tribuna do Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 1892.

RESUMO

Os questionamentos que orbitam sobre a problemática da atuação proativa do Poder Judiciário não é algo atual. No entanto, no que diz respeito à prolação de precedentes obrigatórios, trata-se de matéria de discussão novidadeira e relevante, uma vez que com o Novo Código de Processo Civil em 2015, percebe-se maior respeito aos motivos determinantes da sentença. Com o advento do constitucionalismo, aplica-se à atuação judicial maior respeito aos valores da Constituição, conseqüentemente impondo-os normatividade frente ao ordenamento jurídico subalterno. Soma-se a isso a tendência juspositivista do Judiciário, o que, de fato, pode criar um verdadeiro conflito entre as convicções que se tem à respeito dos princípios da segurança jurídica e da máxima eficácia da norma constitucional. Nesse sentido, parece que a sistemática de precedentes trazidas com o novo diploma legal busca conferir equilíbrio aparente contraposição dos valores. É neste amplo contexto de debate sobre a legalidade da prolação de precedentes e a omissão legislativa inconstitucional, na regulamentação do exercício de direitos fundamentais que possuem sua norma instituidora dotada de eficácia limitada em face da sua garantia de exercício, que se insere a problemática desta pesquisa.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Constitucionalismo; Democracia; Judiciário; Legislativo; Omissão Legislativa; Crise de Representatividade; Direitos Fundamentais; Construção do Direito.

ABSTRACT

The issues surrounding the Judiciary proactivity are not new. However, regarding the provision of mandatory precedents, this is a current and relevant discussion, due to the advent of the new Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, there is a greater respect for the purpose of the sentence. With the advent of constitutionalism, a greater respect for the constitutional values are applied to the judicial action, consequently imposing normativity on the subordinate legal system, adding to this the legal positivism tendency of the Judiciary, what could create a real conflict between the convictions one has about the principles of the legal certainty and the maximum effectiveness of the constitutional norm. In this sense, it seems that the systematics of precedents brought by the new legislation aims to balance the apparent opposition of values. It is in this broad context of debate about the legality of the precedents and the unconstitutional legislative omission, in regulating the exercise of fundamental rights that have its establishing norm limited by the effectiveness of its guarantee of exercise, that this research is based.

Keywords: Judicial Activism; Constitutionalism; Democracy; Judiciary; Legislative; Legislative omission; Crisis of Representation; Fundamental rights; Construction of Rights.

Sumário

Introdução	8
1. O direito à aposentadoria especial	12
1.1 Natureza jurídica	12
1.2 Situação Legislativa	17
2 Análise de precedente proferido pelo Supremo Tribunal Federal, RE nº 797.905 com repercussão geral reconhecida.	26
2.1 Precedentes obrigatórios	26
2.2 Fundamentos conformadores dos precedentes	33
2.3 O precedente firmado	36
3. A aplicação da teoria da separação dos Poderes ao caso concreto.	39
3.1 Atuação dos Poderes Estatais.....	39
3.2 Atuação Democrática do Judiciário	47
Considerações Finais	55
Referências	59

Introdução

Em um contexto democrático, no qual o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos direta ou indiretamente, faz-se necessário compreender a constitucionalidade quando da prolação de precedentes em matérias afetas às normas constitucionais de eficácia limitada, cuja regulamentação é deficiente pelo Poder Legislativo. Uma vez que tal atividade impacta de forma coletiva a toda sociedade e também individualmente, é fundamental conhecer os parâmetros para aferição da legalidade dessa construção jurisprudencial.

Do princípio da legalidade previsto no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal (CF/88), decorre a existência do sistema baseado na normatividade, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, característica do Estado de Direito. Sabe-se, entretanto, que cabe ao Poder Judiciário a fiscalização e freio do exercício do poder de *imperium*² e *dominium*³ característico do próprio Estado e de sua soberania. Com isso, faz-se com que as tomadas de decisões do Estado estejam adstritas aos limites da lei (DANTAS, 2016), obrigando-o a agir dentro dos limites que definem as competências mantêm o regular funcionamento das funções estatais de legislar, administrar e julgar.

Por este motivo não se tem claro em que medida o Judiciário possui a referida capacidade para criar e estabelecer estes parâmetros de exercício de direitos fundamentais carentes de regulamentação sem que haja a extrapolação dos limites de sua atuação. Isso porque, aparentemente, se contrapõem os princípios da legalidade e da máxima eficácia do constitucional e seus direitos fundamentais, uma vez que se discute a eventual atuação legislativa do Poder Judiciário.

Para os fins desta pesquisa, deve-se observar que o Estado já possui legitimidade social para a execução de seus atos típicos, seja por meio de órgãos ou dos próprios poderes, e verificar se, em sua prática, os limites impostos pela separação de Poderes foram respeitados (art. 2º da Constituição). Na presente monografia busca-se compreender se as competências

² *Atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (ius imperii), não intervindo a vontade dos administrados para sua prática. Como exemplo, os atos de polícia (apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação etc. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 187)*

³ *[...] é comum, de um lado, a referência ao domínio público no sentido dos bens que pertencem ao domínio do Estado ou que estejam sob sua administração e regulamentação. Nesse caso, o adjetivo público fica entrelaçado à noção de Estado, a quem é conferido um poder de dominação geral. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 1.235)*

constitucionais estão sendo respeitadas quando da prolação de precedente obrigatório que versa sobre direitos fundamentais que possuem eficácia limitada e depende, em alguma medida, de regulamentação para o seu exercício.

Busca-se compreender se a sociedade tem alcançado o retorno devido das instituições estatais, responsáveis pela manutenção do regime democrático, seja pela produção legislativa, pela aplicação da norma, ou ainda pela convergência das competências em prol do exercício de direitos (MARINONI, 2014, p. 138).

Não se pode olvidar que a aprovação de normas jurídicas pelo legislador sobre determinados assuntos frequentemente demanda tratativas que perduram por longos períodos de tempo, próprios do devido processo legislativo. Por outro lado, também não se pode esquecer que as demandas apresentadas pela sociedade ao Poder Judiciário não podem ficar ilimitadamente sem respostas (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição). E, em razão da morosidade do Poder Legislativo em prover estas normas jurídicas, frequentemente se observa que as razões que levaram as partes à lide se dá pelo conflito de interesses que deveriam estar regulamentados por determinado provimento legislativo. Por consequência da omissão e o advento de oposições de interesses, os litígios serão dirimidos pelo Poder Judiciário.

A despeito da sua previsão na norma constitucional, as normas com eficácia limitada têm aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, uma vez que somente incidem plenamente após uma normatização ulterior por parte do legislador.

Para José Afonso da Silva a classificação da eficácia de uma norma se divide em três subespécies graduais de autonomia para produção de efeitos. Sendo que a primeira produz efeitos instantâneos à promulgação da Constituição, bastando sua presença no texto constitucional para que os efeitos pretendidos sejam postos em prática, enquanto a última, em escala de gradação, possui características de dispositivos legais que são inteiramente inservíveis individualmente, necessitando de posterior atenção do legislador derivado.

Com relação as normas constitucionais de eficácia limitada, essa posterior atividade do Poder Legislativo necessita de mais ou menos tempo, a depender das predileções de momento dos representantes do povo, deixando, por vezes, a sociedade, que é destinatária final de toda a sistematização das normas, em estado de vacância normativa até que esta seja suprimida por meio da edição da lei que assegura eficácia plena ao exercício dos direitos.

A atuação do Poder Judiciário, no entanto, vem sendo frequentemente questionada a respeito da legalidade de seus atos, uma vez que, sob o pretexto de se estar fazendo justiça e de estarem atendendo às necessidades da sociedade, os limites das competências institucionais vêm, gradativamente, caldeando-se, dificultando a identificação do limiar para suas atuações.

A presente pesquisa se justifica na medida em que busca identificar os principais efeitos do protagonismo adotado pelo Poder Judiciário por meio de seus órgãos jurisdicionais, e também por investigar os limites desta atuação. Isso porque, em tese, se trata de fixação de normas gerais de condutas com efeitos concretos ao indivíduo, ainda que indiretos, dado que, uma vez que prolatado o precedente por órgão colegiado, este vincula apenas os órgãos jurisdicionais a ele subordinados a adotarem o mesmo posicionamento.

Em última análise, este estudo busca compreender se o corpo político Estado, por meio da jurisdição constitucional democrática, vem assegurando à sociedade o efetivo exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição dentro dos limites impostos pela separação estatal de Poderes.

Pensando nisso, o estudo dos precedentes obrigatórios demandará a exploração qualitativa de bibliografia pertinente às unidades teóricas conformadoras do objeto deste trabalho, de ordem nacional e estrangeira, visando amparar a criação do conhecimento crítico necessário para se chegar em uma resposta coerente frente à problemática trazida pela pesquisa.

No primeiro capítulo será realizado um estudo sobre o direito previdenciário como um direito fundamental, dando especial enfoque ao direito de aposentadoria especial, que, muito embora esteja previsto na CF/88, para o seu exercício é necessária a regulamentação e a imposição de limites objetivos pelos poderes constituídos.

Passo seguinte a esta construção do arcabouço acerca do direito material, necessário para a prospecção do conhecimento acerca do tema, no segundo capítulo será explorado o que foi assentado no julgamento do RE 797.905/CE com o objetivo de verificar, na prática, a aplicação das informações anteriormente apresentadas. Será identificada a *ratio decidendi* dos votos conformadores do caso concreto, bem como a tese jurídica firmada em abstrato, que servirá de orientação para o julgamento de casos futuros que se amoldarem aos fatos e ao direito enfrentado no caso paradigma.

Ainda no segundo capítulo, igual tratamento será dado ao sistema de precedentes obrigatórios instituído com o advento no Novo Código de Processo Civil (NCPC – Lei n. 13.105/2015), especialmente quanto aos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a teoria que o permeia.

No terceiro capítulo, será realizado um estudo sobre a divisão dos poderes na Constituição Federal, bem como a evolução desta repartição até os dias atuais e seus reflexos nas competências destes Poderes, essencialmente no que tange à observância da máxima eficácia das normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais.

Espera-se que reste comprovado a tese inicial de que a estabilização de precedentes obrigatórios por parte do Poder Judiciário configura uma atuação que usurpa as funções típicas do poder Legislativo. Neste caso, eventualmente será proposta forma de solução do desalinhamento institucional observado.

Para tanto, buscando responder os questionamentos concernentes à legalidade da prolação de precedentes obrigatórios por parte do Poder Judiciário em matérias afetas a direitos fundamentais de eficácia limitada, esta pesquisa se utilizará da dogmática de uma pesquisa teórica para construir o arcabouço argumentativo, se utilizando do estudo da doutrina engajada na temática, bem como da legislação pertinente.

Por fim, soma-se ainda à metodologia adotada a ilustração, por meio do estudo de caso para demonstrar, no caso concreto, das conclusões inerentes à pesquisa científica, bem como da doutrina e legislações pertinentes ao caso a fim de se chegar à resposta que do questionamento inicial.

1. O direito à aposentadoria especial

1.1 Natureza jurídica

Para a total compreensão desta pesquisa, que se presta a responder a indagação que se faz quanto a legalidade da atuação do Poder Judiciário quando da prolação de precedentes obrigatórios que versam sobre direitos fundamentais cuja norma instituidora é de eficácia limitada, é necessário esclarecer outra premissa: O que é um direito fundamental?

É sabido que, no decorrer da história, a sociedade elegeu e implementou direitos que devem ser garantidos a qualquer homem em razão de sua própria qualidade e condição humana. Direitos cujo conteúdo é tão necessário que garantem condições mínimas para a sobrevivência e manutenção até mesmo da própria subsistência. Esses direitos são, quase sempre, advindos de lutas sociais que representaram, de alguma forma, um avanço em face ao poder do Estado em favor das liberdades individuais e melhores condições de vida.

O reconhecimento dos direitos naturais do homem, porém, não basta por si só para assegurar ao seu respeito. Este precisa ser garantido contra a tendência ao abuso que tão frequentemente se apossa dos Governantes. Para isso a declaração de direitos se completa com os enunciados das garantias que protegerão os referidos direitos, enunciados este que a constituição formaliza. (FERREIRA FILHO, 1990, p. 41)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que “os direitos fundamentais (na sua primeira fase), nos termos em que o pacto os preserva, constituem limitação ao Poder”, portanto, constituem formas de defesa da sociedade em face as ambições do Estado. Quanto à sua garantia, também em face das predições estatais assevera que: “o Poder Político, estabelecido pela Constituição, nada pode contra eles” (FERREIRA FILHO, 1990, p. 6). Acontece que, a despeito de serem normas estabelecidas pelo próprio Estado, estas também possuem a característica de essencialidade. Uma vez que visam a proteção do indivíduo elas estão salvaguardadas de alterações que visam apenas predileções do Poder estatal. Não podendo este, em favor próprio, mitigá-los por qualquer motivo, senão para melhorar a condição social.

O termo ‘*direitos fundamentais*’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direitos constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘*direitos humanos*’ guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinado ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempo, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (SARLET, 1996, p. 31)

Ainda sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho observa a localização dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico: “Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direito jurídico-positivamente vigente numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exato dessa positivação jurídica é a Constituição”. (CANOTILHO, 1998, p. 353). Isto porque a Constituição de um Estado é resultado de um projeto social elaborado pelos constituintes originários, que tornam dinâmicas as instituições, por meio de normas que espelham as necessidades sociais, e institucionalizam princípios impessoais em defesa dos fundamentos democráticos.

Paulo Bonavides afirma que, para criar pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade, devem ser nomeados todas as garantias e direitos no instrumento constitucional, bem como devem receber desta carta o *status* de imutável, ou pelo menos de mudança dificultada (BONAVIDES, 2016). Solidificando-se, assim, o entendimento de que os direitos fundamentais necessitam estar prescritos na Constituição para conferir-lhe o *status* de pressupostos de validade das demais normas subalternas.

Ingo Sarlet aponta que os direitos fundamentais assumiram papel de assegurar o cumprimento das garantias fundamentais e também de lastrear, com valores básicos e diretivos, a ação positiva do Estado, em que este, efetivamente, presta um serviço público, por exemplo. Destaca também que o principal desdobramento desta função consiste na força normativa que, segundo ele, assegura instrumentalidade às garantias fundamentais.

Deste modo, os direitos fundamentais, incluídos na Constituição, respeitando princípios garantistas, pois protegem os indivíduos, tal como o da supremacia da Constituição, possuem o condão de manutenção da ordem jurídica democrática, e serão diretamente responsáveis por nortear a criação, a aplicação e também a interpretação de normas jurídicas subalternas, infraconstitucionais. De José Joaquim Gomes Canotilho vem este posicionamento, conforme excerto a seguir:

igualmente vinculada à dimensão objetiva, e que, além disso, demonstra que todas as funções dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva jurídico-objetivo, quanto na dimensão subjetiva, guardam direta conexão entre si e se complementam reciprocamente (embora a existência de conflitos), poder ser genericamente designada de função organizatória e procedimental. Neste sentido, sustenta-se que, a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível extrair consequências não só para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para a uma formatação dos direitos organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da

proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução de seu significado e conteúdo material. (CANOTILHO, 2013, p. 186)

Daí decorre que garantias fundamentais possuem o condão de instrumentalizar o direito constitucional, por conseqüente, o ordenamento jurídico. Deste modo, as garantias fundamentais são normas presentes na Constituição que, não obstante também garantirem a proteção das funções estatais, também asseguram a proteção do indivíduo em face destas mesmas funções estatais, impondo-as limites objetivos de atuação, portanto, configurando, sobretudo, um meio de defesa.

O direito constitucional brasileiro, desde a Constituição de 1824 tem dedicado atenção às garantias fundamentais, introduzindo desde então, conceitos que induzem esta dupla proteção à sociedade por meio dos controles exercidos pelas funções estatais, nos limites de suas competências. Ivo Dantas faz um breve apanhando histórico acerca da passagem desta categoria de direito em nossas constituições.

A Carta Política Imperial de 1824, a matéria ocupava o Título VIII, denominado “Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros” compreendido nos arts. 173 a 179, e dos quais apenas o último deles, compostos por 35 itens, preocupava-se com Direitos e Garantias.

A Constituição de 1891, em seu Título III, dedicado à Declaração de Direitos, regulava a matéria no Cap. II, arts. 72 a 78, enquanto que a Constituição de 1937 tratava “Dos Direitos e Garantias Individuais” nos arts. 113 e 114. A Carta de 1937 ressaltava-lhe os arts. 122 e 123, embora se saiba que, na prática, foi letra morta.

O art. 141 em seus 38 parágrafos e incisos I a IV, além dos arts. 142, 143 e 144 da Constituição de 1946 eram referentes aos “Direitos e Garantias Individuais”, enquanto que no texto de 1967 em sua redação originária e após a Emenda Constitucional 1/69, apontam-se os arts. 140 e 153 respectivamente.

Por fim, a Constituição de 1988 inovou profundamente, o tratamento da matéria, inclusive, modificando até mesmo, a terminologia utilizada. Neste sentido, utiliza o texto constitucional a expressão “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, frente a qual constata-se a omissão da palavra Garantias, em uma falha que deve ser destacada, sobretudo, em razão de que aquelas sem encontram incluídas ao longo de vários incisos do art. 5º. (DANTAS, 2016, p. 118)”

Na CF/88 se verifica especial tratamento quanto aos direitos fundamentais, onde se observa, sem prejuízo de outros que possam se encontrar de forma esparsa pelo texto, um título inteiro denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* que conta ao todo com sete artigos, seis parágrafos e 109 incisos, todos visando garantir, de imediato, o vigor e a defesa destes direitos.

No entanto, obrigatória se faz a distinção havida entre direitos e garantias fundamentais. Carlos Sánches Viamonte é categórico ao afirmar que “garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, aramado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política” (VIAMONTE, 2010, p. 1)

De Ruy Barbosa vem o contraste havido entre direitos e garantias fundamentais que melhor esclarece tal distinção, que o faz com severa crítica e insurgência contra a inadvertência dos juristas que ao utilizar os conceitos como sinônimos. Tal conceito, inclusive foi adotado pelo *grand dictionnaire littré*:

A confusão, que é irrefletidamente se faz muitas vezes entre direito e garantia, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de a ocorrência mais ou menos fácil. (BARBOSA R. , 1893, pp. 193-194)

Assim, para finalizar a distinção, Rui Barbosa ainda conceitua garantias fundamentais, afirmando, ainda, que estas devem ser compreendidas em dois níveis graduais de sentido:

vem a serem acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalaneada e simultâneo das suas prerrogativas;

em sentido estrito, se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizada pelos autos de nossa Lei Fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana. (BARBOSA R. , 1999, p. 273).

Por fim, a respeito destas classes de direitos e garantias fundamentais, outras características ressaltam sua importância, sua rigidez e garantia de proteção e aplicação. São vedadas as tentativas de abolição, até mesmo por emenda constitucional (art. 60º, §4, IV da CF/88), de qualquer um deles.

Por mais que não garanta, de imediato, eficácia de direitos fundamentais, em razão da classificação de J.J. Canotilho, a Constituição Federal (art. 5º, §3º da CF/88) impõe o vigor da norma. O que assegura a fundamentação dos atos praticados em defesa destes direitos, ainda que sejam carentes de plena eficácia.

Importante esclarecer que o recorte desta pesquisa, o direito à aposentadoria por si só se caracteriza como um direito fundamental pelas qualidades que lhes são próprias, uma vez que é abalizado como um destes direitos considerados fundamentais à boa convivência entre o Estado e a sociedade e entre os membros da própria sociedade. O direito a aposentadoria, seja ela por quaisquer motivos elencados na CF/88, integra um conjunto de direitos que, juntos, formam o sistema de previdência social brasileiro.

A previdência social, no entanto, prevista na CF/88, em seu art. 6º, geograficamente localizado no *Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, no capítulo que trata *Dos Direitos Sociais*, é classificada como um sistema de garantias sociais, portanto, indissolúvel ao indivíduo. Impossível, deste modo, a sua abolição no texto constitucional, bem como aplicável de forma imediata, conforme prevê a Constituição.

Historicamente, a previdência social se caracteriza como um tradicional mecanismo de proteção diante das adversidades da vida do ser humano, tais como a fome, doenças, acidentes e até mesmo a velhice. Este instituto é considerado, no direito positivo brasileiro, como componente da seguridade social. Por sua vez, se configura como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e também da própria sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos previdência e à saúde, conforme prescreve o art. 194 da CF/88.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos.

No entanto, conforme se observa em seu parágrafo único, compete ao Poder Público a organização e regulamentação, e que esta atividade deverá, além de observar os princípios gerais da administração, perseguir uma série de objetivos principiológicos que buscam conferir isonomia e equidade aos seus assegurados, dentre os quais se tem: *I - universalidade da cobertura e do atendimento; V - equidade na forma de participação no custeio e VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados*. Segundo João Ernesto Aragonés Vianna estes princípios, adotados pela Constituição, foram desdobramentos dos enunciados pela Organização Internacional do Trabalho, OIT, (VIANNA, 2014)

Deste modo, tem-se que a aposentadoria é apenas um dos direitos fundamentais que busca proteger o assegurado com benefícios em casos de adversidades, previsíveis ou não, a ser propiciado pelo Estado dentro do sistema previdenciário. Direito este que se caracteriza por ser fundamental e da ordem social, portanto, tipicamente de 2ª dimensão.

No entanto, considerando que a aposentadoria se trata de um direito com eficácia limitada, para que seus efeitos sejam plenamente exercidos, respeitando princípios como isonomia e dignidade da pessoa humana, é necessário que o poder público implemente a sua regulamentação, o que torna pertinente o estudo de sua situação legislativa.

1.2 Situação Legislativa

Segundo estudo publicado no sitio eletrônico do STF, originalmente, a Constituição possuía 245 artigos em seu texto. No entanto, com o passar dos anos e a atuação dos Poderes estatais em seus misteres, especialmente no que diz respeito a sobrevivência de Emendas Constitucionais, mudanças em seu texto ocasionaram inclusões e exclusões de artigos, fazendo-a possuir atualmente 250 artigos⁴.

Destes 250 artigos do texto constitucional, considerando os incisos, parágrafos e alíneas, a CF/88 possui cerca de 380 dispositivos passíveis de regulamentação e que, portanto, possuem eficácia limitada em razão da necessidade de regulamentação infraconstitucional. Deste total de 380 dispositivos passíveis de regulamentação, 263 já foram objeto de atividade legislativa.⁵

Deste modo, depois de transcorrido quase 30 anos desde a data em que fora promulgada, é possível verificar a existência de 117 dispositivos constitucionais que ainda não possuem devida regulamentação, e causam atritos nos Poderes Estatais constituídos quanto a sua vigência e aplicação.

Para os fins a que se presta esta monografia, deve-se ter em mente que os dispositivos constitucionais são dotados de eficácia, e por serem a base de todo o ordenamento

⁴ NOTÍCIAS STF, *O STF e os 25 Anos da Constituição*, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=250119>

⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL: dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação, disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm>.

jurídico gera efeitos concretos no mundo das coisas. Considerando que este texto se reveste da expressão política do Estado, as consequências de sua aplicabilidade merecem de um acurado estudo doutrinário para construir as bases do estudo.

Em primeiro momento, eficácia pode ser classificada quanto a sua capacidade de gerar os efeitos em dois planos, o jurídico e o social. Eficácia no plano social se refere à potencialidade que uma norma constitucional possui de ser observada pela sociedade à que se destina, sem a necessidade de maior coerção por parte do Estado.

Eficácia no plano jurídico, por sua vez, se refere à potencialidade jurídica que uma norma constitucional possui para produzir efeitos em maior ou menor grau no mundo das coisas, ou seja, há um aspecto coercitivo em que o Estado, no uso do poder de polícia, cria meios para lhes dar cumprimento e executoriedade. Ainda no plano jurídico de eficácia, as normas devem ser classificadas quanto a sua aplicabilidade no tempo e sua aptidão para produzir efeitos jurídicos entre seus destinatários. São assim as chamadas normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

Normas constitucionais de eficácia plena – não necessitam de legislação integradora pois produzem todos os seus efeitos de plano; possuem aplicabilidade imediata. Todas as normas que atribuem competência (arts. 21, 25 a 29 e 30; 145, 153, 154 e 155).

Normas constitucionais de eficácia contida – as que possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata até o advento de norma infraconstitucional que venha a conter a extensão do mandamento constitucional. Exs: art. 5º, VIII, XIII. Às vezes a contenção pode ocorrer em função de um conceito vago, tal como “ordem pública”, “bons costumes” etc.

Normas constitucionais de eficácia limitada – são as que necessitam de legislação integradora, pois não produzem seus efeitos de imediato; possuem aplicabilidade mediata. Dividem-se em:

Normas const. de princípio institutivo – as que traçam esquemas gerais de órgãos ou entidades. Ex: art. 224

Normas constitucionais de princípio programático- as traçam princípios a serem observados pelo legislador comum. Exs: arts. 196 (direito à saúde), 205 (à educação), 215 (à cultura), 227 (proteção à criança) (SILVA, 1998)

As normas constitucionais com eficácia jurídica limitada, conforme mencionado, podem ser classificadas como normas institutivas de eficácia limitada e normas constitucionais programáticas.

As normas institutivas também são chamadas de organizativas, uma vez que apenas possuem comandos de estruturação geral da instituição de determinado órgão, de modo que a referida organização deve ser realizada por outra norma infraconstitucional. À título de exemplo desta espécie de norma constitucional com eficácia limitada com características institutivas temos o art. 201 da CF/88, que organiza a previdência social em dois regimes de critérios para concessão.

As normas constitucionais de eficácia limitada que possuem característica de serem programáticas, por seu turno, são normas que, literalmente, estabelecem programas que devem ser implantados por determinado ente ou instituição, objetivando fins sociais, securitários, econômicos, educacionais, culturais, etc. O importante é que ao regulamentar o dispositivo, a *mens legis*⁶ seja obedecida.

Em diversos casos parecidos que, embora se perceba a existência de um direito a ser exercido que necessite de uma ulterior regulamentação pelo Poder Legislativo, não se nota efetiva ação legislativa com o intuito de conferir a eficácia pretendida pelo Constituinte Originário. Tal situação se caracteriza como abusiva, uma vez que impede que o indivíduo exerça seus direitos, portanto, deve ser coibida por meio da adoção de medidas previstas no ordenamento jurídico

Um exemplo de direito que não possui sua máxima eficácia que se pode mencionar, em razão de omissão legislativa, é o direito de greve dos servidores públicos, que, conquanto se note como um direito fundamental, presente no texto constitucional, seu exercício está vinculado a criação, pelo Poder Legislativo, de instrumentos que criem contornos objetivos para a aferição de sua legalidade. Para Ivo Dantas

[...] se, de um lado, o Estado tem consigo instrumentos eficazes de Controle Social, de outro, os indivíduos são titulares de direitos públicos subjetivos que servem para limitar o abuso de poder. Assim, por exemplos, se ao Estado é dado o direito de desapropriar, de executar seus créditos, de criar tributos, enfim, de impor comportamentos, por outro lado é assegurado ao indivíduo opor-se a atos do poder público quando estes atinjam de forma ilegal, direitos a ele pertencentes, agindo, em tais circunstâncias, através do Mandado de Segurança Individual ou Coletivo; do Habeas datas e Habeas Corpus. Do Mandado de Injunção e do Controle de Constitucionalidade das Leis e dos atos administrativos. (DANTAS, 2016, p. 99)

⁶ Segundo o doutrinador alemão Rudolph von Ihering, para se encontrar a *mens legis*, deve-se *procurar o pensamento da lei na alma do seu autor, passando por cima das palavras*. (IHERING, 1953). Portanto, pode-se dizer que a *mens legis* é o significado atribuído ao texto jurídico irrigado das intenções do legislador quando da sua produção.

Tendo como base estas lacunas legislativas, reconhecidas pelo Poder Judiciário como omissões inconstitucionais⁷, esta pesquisa se justifica ante a relevância de se dar maior eficácia às normas constitucionais, bem como pela necessidade de conferir à sociedade maior acesso aos direitos e garantias que porventura se encontram com eficácia ou pleno exercício mitigado em razão da inércia do Poder competente para se realizar tal atividade.

No que concerne ao direito de aposentadoria, classificado como direito fundamental, tal como anteriormente demonstrado no início deste capítulo, é preciso estabelecer a atual situação legislativa e a sua aplicabilidade, especialmente na modalidade escolhida como recorte da pesquisa, aposentadoria especial por insalubridade.

Muito embora o art. 40 da CF/88 consigne que os servidores públicos dos Entes federativos estão assegurados pelo Regime Próprio de Previdência Social, RPPS, de caráter contributivo e solidário, estando estes, portanto, garantidos em caso de adversidades da vida, tal como o acometimento de doenças e acidentes, em razão do pagamento obrigatório deste seguro, a matéria não se encontra em sua máxima potência de eficácia.

A Constituição, no entanto, traz balizas gerais que regem o sistema previdenciário dos Entes Federativos. José dos Santos Carvalho Filho, quando da disposição acerca das características da autonomia político-administrativa, afirma que cabe ao ente federativo a regulação que disciplina e identifique a natureza estatutária dos servidores públicos a ele vinculado (CARVALHO FILHO, 2005), bem como questões afetas a administração dos regimes que, porventura, a União, Estado, Municípios e o Distrito Federal estabeleça aos seus segurados.

Todavia, não está dentro desta autonomia política-administrativa a discricionariedade para escolha dos critérios específicos para a concessão dos benefícios de aposentadoria dos servidores vinculado ao Ente federativo. O artigo 40 da CF/88 garante o acesso destes desde que cumprido os requisitos que agora transcrevo:

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015)

⁷ O sítio eletrônico do STF elenca um conjunto de 30 decisões, sendo a mais antiga delas de 1992, nas quais se declarou a mora do Legislativo e foi feita a notificação do órgão competente, cujas matérias ainda estão pendentes de regulamentação pelo Parlamento. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>, acesso em: 09 maio 2018.

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Com a leitura do parágrafo 4º do dispositivo retro se percebe que, muito embora seja vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo RPPS, apenas nas hipóteses de seus incisos, é possível a adoção de novos parâmetros para esta investidura.

I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Portanto, na modalidade de aposentadoria por insalubridade, inciso II, é possível a adoção de parâmetros de concessão diferentes da regra geral. Contudo, para que sua aplicação seja na máxima eficácia, a matéria necessita de provimento do Poder Legislativo que regulamente as exceções, visando a observâncias de princípios gerais que regem a administração pública, tal como os princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade.

No entanto, a despeito da existência da norma e a premente necessidade de regulamentação da matéria, até os dias atuais o dispositivo que trata das exceções, não possui sua eficácia em máxima potência. Isso porque, do contrário que se espera, o Poder Legislativo se manteve inerte em sua tarefa de suprir a lacuna existente e deixou que ao Poder Judiciário, em razão de interposição de diversos Mandados de Injunção, a tarefa de garantir o exercício claudicante.

A lacuna legislativa quanto aos direitos previdenciários do assegurados pelo RPPS, somada ao fato de boa parte da população brasileira se encaixar no perfil adequado para o exercício deste direito, demonstra a premente necessidade da referida regulamentação. No entanto, o que se tem visto é a crescente judicialização de pedidos de aposentadoria especial

por parte de servidores públicos submetidos à essas circunstâncias que, por ausência de regulamentação e conveniência do exercício de seus direitos, vem instando o Poder Judiciário a se manifestar acerca da legalidade para a concessão individual nos casos concretos postos.

O Poder Judiciário, em razão dos motivos que serão melhor abordados futuramente, firmou o entendimento de ser aplicável aos assegurados pelo RPPS, no que couber, todas as regras concernentes a aposentadoria especial do Regime Geral de Previdência Social, RGPS. Esta tese restou firmada após a elaboração da Súmula do STF de nº 33, que possui o fito de conferir maior homogeneização na aplicação do instituto por parte dos órgãos judicativos, bem como garantir o exercício do direito fundamental por parte dos servidores públicos.

Súmula 33: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

A súmula fora firmada em razão do julgamento de caso representativo da relatoria da ministra Carmen Lúcia, o MI 975. No caso do julgado mencionado, a Ex.^{ma} Ministra entendeu ser cabível a aplicação do art. 57 da lei 8.213/91 aos servidores públicos em razão do reconhecimento da omissão legislativa na matéria.

Ementa: Mandado de injunção. Aposentadoria especial do servidor público. Artigo 40, § 4º, da Constituição da República. Ausência de lei complementar a disciplinar a matéria. Necessidade de integração legislativa. 1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91. (MI 795, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgamento em 15.4.2009, DJe de 22.5.2009)

Importante frisar que, originalmente, as regras previstas na Lei Complementar 8.213/1991 não são aplicáveis aos servidores públicos, uma vez que se destinam aqueles que se enquadram ao Regime Geral de Previdência Social, RGPS, regidos pelo decreto-Lei n. ° 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis Trabalhistas- CLT). Portanto, considerando que o regime estatutário de contratação da administração é regido pela Lei 8.112/1990, não há que se falar em sua aplicação aos servidores por inadequação legal.

Deste modo, percebe-se o movimento do Tribunal no sentido conferir eficácia ao direito de aposentadoria dos assegurados pelo RPPS, se valendo de interpretação lógica e

sistemática do ordenamento jurídico. Assim, a lacuna legislativa que afeta a aposentadoria especial tem seus efeitos abrandados pelo Poder Judiciário, que aguarda o fim da inércia do Poder legislativo, com a instituição dos seguintes parâmetros para a concessão da aposentadoria especial, nos termos da Lei 8.112/91:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

A atual situação legislativa e judicial do instituto da aposentadoria especial por insalubridade dos servidores públicos é marcada pela utilização de um precedente vinculante obrigatório criado pelo STF, no qual foi reconhecida omissão inconstitucional e determinada a aplicação de regulamentação diversa a fim de garantir o exercício de um direito constitucionalmente previsto aos servidores públicos.

No RE n. 797.905 /SE, julgado à luz da sistemática da repercussão geral, o Plenário do STF reforçou o posicionamento de que deve ser aplicado aos servidores públicos, no que couber, os requisitos propostos aos trabalhadores regidos pela CLT quanto a aposentadoria especial por insalubridade.

Neste julgado mencionado, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, além de conferir eficácia *erga omnes* ao posicionamento do Tribunal quanto a aplicabilidade da norma subsidiária, o Plenário ainda afirmou que a omissão se deu ante a inércia conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que se trata de lei de iniciativa privativa do Presidente da República e posterior tratamento pelo Congresso Nacional.

Deve-se considerar que a regulamentação de normas constitucionais com eficácia limitada deve ser interpretada como garantia do respeito integral da Constituição, e que a ausência destas regras legais fomenta a procura jurisdicional pelos cidadãos para resolução de suas demandas e exercício de seus direitos. Para que a Constituição seja plenamente eficaz em suas normas, é necessário que estes dispositivos sejam regulamentados.

Em vista disso, no dia 05/10/2017, os, então, Presidentes dos Poderes Legislativos e Judiciário, Rodrigo Felinto Ibarra Epitácio Maia e Cármen Lúcia Antunes Rocha, respectivamente, assinaram o protocolo de intenções pelo qual se comprometem a conjugarem esforços, cada qual no limite de suas respectivas competências constitucionais, para promoção de ações destinadas a dar maior efetividade às normas constitucionais.⁸

A medida se dá justamente em razão da ausência de regulamentação de tantos dispositivos constitucionais que possuem eficácia limitada, mesmo depois de transcorrido 29 anos desde a promulgação da CF/88. Fora aventada a problemática de que a omissão legislativa, seja ela reconhecida ou não, vem estimulando a “terceirização” da regulamentação indireta de matérias pelo poder Judiciário, que por meio do manejo de remédios constitucionais adequados vem garantindo o exercício de direitos presentes na Constituição por via diversa da prevista originalmente.

Por fim, convém ainda mencionar que, diante do movimento para se aprovar no Congresso Nacional a reforma constitucional previdenciária, eventual aprovação da matéria, possivelmente causará mudanças no atual posicionamento quanto à aplicação deste instituto. A Proposta de Emenda à Constituição, PEC, de n. 284/2016, no ponto específico deste trabalho dispõe:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, vedada a caracterização por categoria

⁸ Notícias STF: Solenidade para assinatura de protocolo de intenções entre STF e Câmara dos Deputados marca os 29 anos da CF/88, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358194>

profissional ou ocupação. ” Proposta de Emenda à Constituição 287/2016 ⁹.
(grifei)

Embora se note apenas uma sutil diferença na redação do inciso III do artigo 40 da Proposta de Emenda à Constituição, os resultados práticos podem ser profundos nas leis orgânicas que regulamentam categorias profissionais, uma vez que veda o reconhecimento dos requisitos ensejadores apenas pelo exercício de uma função ou de categoria profissional. O reconhecimento dos motivos ensejadores, portanto, deve ser realizado quando da solicitação do benefício pela Administração Pública.

Neste sentido, o estudo não apenas doutrinário, mas também prático, por meio da pesquisa de um julgado onde se discute o exercício de um direito fundamental com eficácia mitigada, é uma medida que se impõe, uma vez que se pretende observar a atuação do Poder Judiciário neste papel de garantidor de direitos, especialmente quando da prolação de precedentes obrigatórios.

⁹ Proposta de Emenda à Constituição 287/2016.

2 Análise de precedente proferido pelo Supremo Tribunal Federal, RE nº 797.905 com repercussão geral reconhecida.

2.1 Precedentes obrigatórios

A justiça brasileira tem dificuldade em dar eficácia aos princípios fundamentais da previsibilidade das decisões judiciais e da segurança jurídica, considerados pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, uma vez que inibem a prolação de decisões que visam o mero casuísmo e interesses privados. Estes princípios vão muito além da simples subsunção do fato à norma, vez que sua interpretação pode variar de acordo com o órgão julgador, o que não afastaria a instabilidade jurídica, objetivo se pretende sempre alcançar com a efetiva prestação jurisdicional.

Pode-se notar a importância do princípio da segurança jurídica para a sociedade como destinatária das decisões observando que, segundo Luiz Guilherme Marinoni, esta se caracteriza como sendo um *direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito* (MARINONI, 2010, p. 571), uma vez seu objetivo, segundo Roque Antônio Carrazza, *é preservar e proteger as justas expectativas das pessoas, diante de provimento jurisdicional, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais que frustrem a confiança depositada nas normas jurídicas* (CARRAZZA, 2009, p. 43).

Quanto ao direito de previsibilidade das decisões judiciais Jorge Maury Maia Nunes preleciona que *a certeza do direito é fundamental ao homem, porque lhe permite saber qual a qualificação que poderá esperar para a sua ação ou para a ação dos demais* (NUNES, 2007, p. 7), nesse prisma, tem-se que a previsibilidade, não só das decisões judiciais, mas do próprio direito, é essencial para o homem tome consciência de seus atos, de modo que este os adeque no sentido de gerar expectativas quanto suas consequências.

Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos [...] Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. (CANOTILHO J. J., 2000, pp. 243-245)

Recentemente, com o advento do NCPC, um novo sistema de interpretação de normas ganhou importância no nosso ordenamento, uma vez que objetiva unificar

entendimentos acerca de um determinado assunto. O sistema de precedentes visa a resolução de casos análogos por meio do julgamento de um caso concreto paradigma, vinculando aos novos casos não apenas a parte dispositiva da sentença, mas também a sua fundamentação, a *ratio decidendi*, conforme leitura dos arts. 926-928 do Código de Processo Civil.

No entanto, antes do prosseguimento desta pesquisa, se faz necessário uma pequena pausa para que seja posto alguns pressupostos básicos para a continuação. Aqui muito se tem falado sobre precedentes sem, contudo, indicar definições claras dos conceitos que permeiam a teoria dos precedentes.

Conforme observa Teresa Arruda Alvim Wambier *no Brasil, assim como nos países de civil law, em geral, as decisões são decisões e não precedentes, necessariamente* (WAMBIER, 2014), necessária se faz, portanto, a distinção entre os conceitos de precedentes e decisão.

De forma apertada, um precedente é uma decisão judicial tomada em um caso concreto que pode vir a ser usada como razão de decidir em outros casos similares. Conforme observa Luiz Guilherme Marinoni, *uma decisão, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, constitui precedente que deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar*. (MARINONI, 2013, pp. disponível em e-book). Portanto, para que uma decisão seja considerada um precedente, seja ele obrigatório ou não, é necessário que o sujeito que o prolatou seja competente e dotado de autoridade para tanto e que o seja firmada tese jurídica aplicável a outros casos análogos.

Segundo Hélio Ricardo Diniz Krebs, Teresa Arruda Alvim afirma que *a parte da decisão que realmente vincula é a ratio decidendi*. (KREBS, 2015, p. 123). A razão de decidir é a tese de direito que se extrai do julgado em razão da interpretação da norma conjugada com os fatos postos no caso concreto.

Ao passo que os precedentes se configuram em decisões, cujo os processos foram submetidos à técnica processual da nova sistemática, nem todas as decisões prolatadas, seja ela por um juízo singular ou colegiado, se revestem do poder vinculativo do entendimento previamente firmado. Hermes Zanetti Júnior indica duas razões para que nem toda decisão constitua um precedente:

- (a) Não será precedente a decisão que aplicar a lei não objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma

norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende de força de precedente para ser vinculativo.

(b) A decisão não pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso precedente, e não da decisão no caso atual. (ZANETTI JÚNIOR, 2014, pp. 8-9)

Assim, pode-se concluir que os precedentes obrigatórios, formalmente integrados no sistema jurídico brasileiro com o advento do NCPC, se caracterizam por ser uma técnica processual que visa conferir objetividade ao direito. Trata-se de procedimento no qual se insere determinado julgado representativo no sistema de precedentes obrigatórios com vistas a dirimir questão controvertida com grande repercussão social, resolve-o firmando uma tese jurídica geral e abstrata possível de aplicação em casos análogos.

Tal mecanismo causa impacto direto no trato dos casos por parte do Poder Judiciário, uma vez que como é de conhecimento público, quantitativamente falando, a Justiça brasileira se encontra em situação de total asoberbamento.¹⁰ No entanto, uma vez que se trata de um caso paradigma a outros tanto, se observa maior debruçamento na matéria em busca de interpretações de normas legais visando conferir ao exercício do poder jurisdicional maior efetividade, segurança jurídica e celeridade.

Sabe-se que, não raro, a interpretação das normas em um mesmo lapso temporal, pode variar de acordo com os ditames de consciência do juiz e outras questões de fundo que influenciam no momento do exercício da atividade interpretativa. Pensando nisso, o NCPC autorizou apenas que tribunais, portanto, órgãos colegiados, pudessem firmar e conferir força vinculante e maior higidez aos seus precedentes, em razão do debate e argumentações que subsidiam a tomada de decisão.

Por isso, para se compreender e utilizar de forma correta o precedente, o agente que pretende pôr em prática e exigir sua vinculação ao caso concreto deve considerar todas as situações de fato e de direito, bem como teses jurídicas que envolveram a construção da razão de decidir original.

Ao contrário do que possa parecer, a sistemática dos precedentes não se presta a conferir rigidez eterna a um posicionamento adotado em um caso concreto para outros análogos

¹⁰ Sobre o tema, ler a pesquisa “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça. O Relatório Justiça em Números divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira.

que ainda virão ao Poder judiciário. A sistematização processual dos precedentes adota algumas técnicas processuais para a manutenção do caráter hígido do precedente, seja pela sua superação e revisão ou a distinção entre o caso que se deu a origem e o análogo.

O *overruling* (art. 927, §2 e 986 do CPC) garante a colegiado julgador, fundamentadamente, superar o posicionamento jurídico adotado, revogando-o tácita ou explicitamente, *quando se detecta a necessidade de mudança, ou porque (a) se considera agora, a norma errada; ou porque (b) se considera agora a norma errada, embora ela não estivesse errada quando foi criada* (WAMBIER, 2009, p. 7), como pondera Teresa Arruda Alvim.

A segunda razão levantada pela autora citada anteriormente se justifica na constante evolução da sociedade e a necessidade da sistematização de seus princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento jurídico. Por isso, em razão da convicção de que o direito precisa ser, antes de qualquer coisa, um reflexo da sociedade a que se destina, representando valores e ideais, afim de garantir alguma pacificação social.

De outra sorte, a técnica do *distinguishing*, por sua vez, é o método que o tribunal utiliza para a redução da aplicação do precedente originário. Este meio visa a consideração, pelo tribunal, das nuances e particularidades do caso análogo em detrimento da aplicação da regra geral estabelecida na tese jurídica do precedente.

A regra do precedente não é abandonada, mas reformulada, levando em consideração características específicas do caso. Um exemplo interessante dado por Melvin A. Eisenberg: a regra é a de que *bargains are enforceable* (a parte pode ser obrigada a adimplir contratos não cumpridos). No caso, tem-se um negócio celebrado com um menor. O tribunal nunca decidiu se um negócio jurídico envolvendo menores é exequível. Pode ser formulada uma nova regra para excepcionar da regra geral a circunstância de um negócio ter sido celebrado com um menor, embora a regra geral continue valendo para todos os outros casos (WAMBIER, 2009, p. 7)

À título de exemplo desta última técnica, o *distinguishing*, temos o que decidido no RE 1.014.286/SP, que, em apertadíssima síntese, tal qual o julgado escolhido para estudo, busca o reconhecimento da aplicação da súmula 33 do STF ao caso concreto.

O enunciado da referida súmula dispõe sobre a aplicação da lei 8.213/91 aos assegurados pelo RPPS no que couber. A demanda visa o reconhecimento a aplicabilidade averbação do tempo de serviço aos autores, por serviços prestados em atividades insalubres para a obtenção de outros benefícios previdenciários.

Após todo o trâmite e análise pelos Tribunais competentes, o Plenário decidiu pela não aplicação no caso em razão do não amoldamento e alcance do enunciado da súmula 33, tal como no precedente firmado no RE com agravo e Repercussão Geral nº 797.905. Portanto, reduzido o campo de aplicação do precedente alegado, uma vez embora aplicável a lei, não é cabível para benefícios previdenciários, conforme ementa seguinte:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PEDIDO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADES EXERCIDAS SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS QUE PREJUDIQUEM A SAÚDE OU A INTEGRIDADE FÍSICA DO SERVIDOR, COM CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM, MEDIANTE CONTAGEM DIFERENCIADA, PARA OBTENÇÃO DE OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. **QUESTÃO NÃO ABRANGIDA PELO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE 33. REITERAÇÃO DA CONTROVÉRSIA EM MÚLTIPLOS PROCESSOS. IMPACTO DA DECISÃO NO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DA PREVIDÊNCIA PÚBLICA. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 1014286 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 20/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 17-05-2017 PUBLIC 18-05-2017) (grifei)**

Assim, percebe-se que não há um enrijecimento *ad eternum* das decisões que versam acerca de um único tema que fora objeto de fixação de precedentes, baseada na razão de decidir do acórdão. É facultado apenas ao mesmo tribunal que firmou um determinado precedente, sempre baseado em uma razão de decidir, superar o seu próprio entendimento apoiado em uma nova posição jurídica acerca do tema. Sem embargos da necessidade de fundamentação em função da vinculação formal da nova tese jurídica.

Existem dois modelos predominantes de vinculação¹¹ do juízo julgador ao precedente alegado. O primeiro é o modelo de vinculação formal, que subordina plenamente o juízo da resolução da causa quando alegado um precedente de vinculação formal, estando o juiz adstrito a mera aplicação do precedente caso não seja alegado qualquer das técnicas de superação ou distinção.

¹¹ É válido esclarecer que toda decisão judicial e vinculante, ou seja, produz uma determinação a ser obrigatoriamente observada. Algumas decisões vinculam apenas as partes (eficácia *Inter partes*). Outras vinculam também terceiros que não são partes (eficácia *erga omnes*). Entretanto, a expressão “precedente vinculante” é utilizada pela comunidade jurídica como sinônimo de “precedente normativo”, para referir-se a julgados que produzem efeitos não apenas vinculantes, mas também contra todos (*erga omnes*), obrigando, portanto, terceiros que não atuaram no feito (MELLO, 2015, p. 42)

A vinculação formal se caracteriza pela fiel subordinação do juízo *ad quem* que pretende utilizar para com o julgado. Em caso de desrespeito à precedente com vinculação formal em sede de sentença, cabe a reclamação (art. 988 do CPC), ou em caso de decisão interlocutória, embargos de declaração.

Interessante mencionar que, ainda sobre as hipóteses de cabimento da reclamação por inobservância de precedente com vinculação formal, o pedido da ação não será o novo julgamento da ação, sob pena de supressão de instância. Deverá ser analisado apenas a vinculação do juízo *a quo*, se houve obediência ou não ao precedente firmado, o que em caso negativo, causa prejuízo a prestação jurisdicional.

Em se tratando de precedente com mera vinculação persuasiva, à parte que a tenha indicado não há meios cogentes para se induzir o julgador a acata-los, uma vez que se trata apenas de uma trivial orientação para auxiliar o livre convencimento do juiz, o que apenas está obrigado a justificar a não aplicação no caso concreto

Um julgado pode, por outro lado, produzir um precedente de eficácia meramente persuasiva, ao manifestar um entendimento que obriga às partes de uma ação apenas, mas que não ter de ser obrigatoriamente observado pelos demais órgãos judiciais, no julgamento de casos diversos, ainda que tenham por objeto questão jurídica idêntica. O julgado com esse tipo de eficácia não é, de todo, irrelevante: presta-se para apoiar argumentativamente a defesa de uma parte ou um posicionamento judicial no mesmo sentido; demonstra que a tese de direito em que se funda já foi acolhida por um órgão judicial; pode dar ensejo a uma série de decisões e resultar na consolidação de uma linha jurisprudencial. Este tipo de eficácia contribui, em alguma medida, para a redução da indeterminação do direito (MELLO, 2015, p. 42)

À título de suporte, abaixo tabela de que demonstra a hierarquia dos precedentes de vinculação formal e dos de vinculação persuasivas

Tabela 1 - Hierarquia dos Precedentes

VINCULAÇÃO FORMAL	VINCULAÇÃO PERSUASIVA
<p>1° - STF em controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF)</p> <p>2° - STF em Sumulas Vinculantes – administração pública</p> <p>3° - STF, STJ em recursos repetitivos RE e Resp.</p> <p>4° Tribunais de Justiça em IRDR, Assunção de Competência e Sumulas Vinculantes Estaduais e TRF em IRDR e Assunção de Competência</p>	<p>1- Sumulas persuasivas emanadas do STF.</p> <p>2- Sumulas persuasivas emanadas do Superior Tribunal de Justiça, STJ.</p> <p>3- <i>Obter Dictum</i></p>

Fonte: Autor.

Por fim, é mister reforçar que sumulas são, de fato, precedentes que, mesmo não se tratando de decisão prolatada por um julgador, mas sim, de um ato administrativo de redação de um enunciado, que traduz o entendimento de uma série de decisões que convergem num mesmo sentido, poderá assim, conferir a esta, vinculação formal, por meio sumula vinculante, ou ainda mantê-las apenas como sumulas meramente persuasivas

Isso porque, apesar das súmulas vinculantes e os precedentes se aproximarem do conceito de leis, uma vez que se tratam de normas gerais e abstratas com efeitos concretos, não se pode os confundi-los. Precedentes, em sentido lato, somente determinam a real forma de aplicação de uma prescrição legislativa. Pode-se, então, em falar em súmulas vinculantes com uma espécie do gênero precedentes em razão de suas características próprias.

Somente é possível a utilização de uma súmula, seja ela vinculante ou persuasiva, quando considerada todas as situações de fato, teses jurídicas que envolveram a construção deste entendimento, para só então realizar a adequação processual do enunciado com o caso concreto.

2.2 Fundamentos conformadores dos precedentes

2.2.1 Relatório em primeira instância

Trata-se de análise de acórdão prolatado em 14 de agosto de 2013 em sede de Recurso Extraordinário em demanda que, em sua origem, buscava aplicação subsidiária do artigo 57 e 58 da Lei 8.213/91 em razão de omissão legislativa. Uma vez existente enunciado de súmula vinculante a respeito do assunto, a discussão passou a cingir-se a respeito da imputação da mora ao Governador do estado de Sergipe ou ao Presidente da República

A princípio, o Tribunal de Justiça de Sergipe entendeu ser o Governador o responsável pela edição de normas regulamentadoras da concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos estaduais, conforme *obter dictum* extraído da decisão.

Assim, deve ser aplicado o princípio da simetria, tendo o Governador do estado de Sergipe a iniciativa para legislar sobre a aposentadoria dos servidores públicos estaduais, sendo, portanto, parte legítima para figurar no polo passivo do presente mandado de injunção. (Sergipe. Tribunal de Justiça, 2013)

A desembargadora Maria Aparecida Santos Gama Da Silva, relatora do caso no tribunal de segunda instância afirmou, fundamentada no art. 24 da CF/88, que é competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios legislar sobre previdência social, restando a União a regulamentação geral de normas afetas a matéria. No entanto, considerando a inexistência desta norma geral, os estados podem exercer competência plena para atender suas peculiaridades (art. 24, §3 da CF/88). Com isso, apontou o Governo do Estado como o agente omissivo no que se refere a regulamentação do regime próprio de previdência de Sergipe.

No mérito, a relatora trouxe efetividade ao enunciado 33 da súmula do STF, elidindo, desta forma, os debates os debates e eventuais votos divergentes. Observa-se a utilização de uma espécie de precedente formulado pelo STF como razão de decidir adotada pela relatora, que julgou parcialmente o pedido para reconhecer a mora legislativa do Governador do estado de Sergipe, que no caso concreto se refere ao direito estabelecido da aposentadoria especial por insalubridade.

Inconformado com a decisão, por entender ser o Presidente da República o agente omissivo, a procuradoria do Estado de Sergipe se insurgiu em face ao *decisum* com o manejo do RE n 797.905, autuado em 27 de fevereiro de 2014, distribuído para a relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Intimadas para apresentarem contrarrazões do RE, a parte autora

apenas se reportou inteiramente ao acórdão recorrido, uma vez que, em razão de sua alegada clareza e correção, dispensavam qualquer retoque.

2.2.2 Votos proferidos no Supremo Tribunal Federal

a- Voto Vencedor – Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Relator)

No voto proferido pelo relator, buscou-se, identificar o requisito de admissibilidade da repercussão geral da questão apontada, reconhecendo-a, em razão da potencialidade o tema ser objeto em diversas outras demandas que versarem a respeito do reconhecimento aos assegurados do RPPS os direitos e garantias inerentes ao assegurados pelo RGPS, bem como a análise do mérito que permeia a questão.

No mérito, o ministro também se baseou na força normativa do enunciado 33 da súmula do STF, aprovado no dia 09 de abril de 2014, para aplicar o posicionamento de ser aplicável, que assim dispõe:

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica.

O ministro ainda defendeu que, embora a compete ao STF julgar ações que versem a respeito de dispositivos com eficácia limitada de competência concorrente, uma vez que a matéria deve ser regulamentada uniformemente, em norma de caráter nacional, de iniciativa do Presidente da República. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013), e por isso, deve-se imputar a este a mora legislativa acerca da matéria afeta ao direito de aposentadoria especial por insalubridade dos servidores públicos.

Em seu voto, o Ministro apontou que a força normativa de um precedente vincula todo o Poder Judiciário e a administração pública, razão pela qual, sequer seria necessária a impetração do mandado de injunção para o exercício do direito, uma vez que garantido mediante a aplicação da eficácia *erga omnes* à tese firmada. Não obstante, manifestou-se pelo reconhecimento da repercussão geral do caso debatido nos autos visando reafirmar a jurisprudência da Corte no sentido de ser aplicável ao servidor público, em razão de reconhecida omissão inconstitucional, as regras previstas ao RGPS, bem como no sentido de reafirmar, também, que a inércia deve ser imputada ao Presidente da República.

Importante mencionar que o caso fora objeto de análise nos moldes que prescreve os art. 543-A e 543-B do NCPC, que dispõe sobre a o reconhecimento de repercussão geral do

RE para o seu conhecimento da matéria pelo STF incluídos no diploma legal pela lei 11.418/2006. Deste modo, julgado em meio eletrônico, no plenário virtual, o Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou o Ministro Joaquim Barbosa.

No entanto, de acordo com o que dispõe o regimento interno do STF, decorrido o prazo de 20 dias, disposto no art. 334 do referido diploma legal, sem, contudo, que haja manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral (§1º, art. 334 do regimento interno do STF).

Da análise do acórdão, percebe-se que apenas o Min. Joaquim Barbosa não se manifestou a respeito da matéria, tão pouco do juízo de prelibação, razão pela qual, aplica-se a presunção de existência da dita repercussão geral ao caso, tal como anteriormente mencionado. No entanto, não se sabe o teor do posicionamento dos demais ministros, todavia, a julgar que por unanimidade o Tribunal reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, havendo apenas a menção da ausência de manifestação apenas do Min. Joaquim Barbosa, julga-se que os demais ministros acompanharam na integralidade o voto do relator, reputando-o vencido.

Por fim, para além de reafirmar a força normativa do enunciado 33 da súmula do STF, o precedente ainda conferiu ao caso concreto a repercussão geral no que concerne a competência para elaboração de normas regulamentadoras da Previdência Social, a fim de reconhecer a adesão dos casos semelhantes em que se discute o direito pertencente ao sistema previdenciário.

b- Voto Dissidente – Ministro Marco Aurélio Mello

Em se tratando de análise de precedentes, se faz mister, também, fazer o exame do voto divergente, uma vez que além de compor o próprio acórdão, nos moldes do art. 941, § 3º do NCPC, o voto divergente também aponta grau de incerteza da tese. Por este motivo, passo a decomposição do voto do Ministro Marco Aurélio, marcado pela divergência, no mérito do voto vencedor, *isso ajuda no desenvolvimento judicial do direito, ao estabelecer uma pauta a partir da qual se poderá identificar, a viabilidade de superação do precedente (art. 486, §1º, VI, e art. 927, §§ 2º e 4º do NCPC) (DIDIER, 2016, p. 39).*

Coube ao ministro Marco Aurélio, em sede de juízo de prelibação do RE, avaliar dentre outras questões processuais, o reconhecimento da existência de repercussão geral, nos moldes que prevê do art. 2º da lei 11.418/2006, que acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, então código de processo civil vigente, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Atualmente a matéria encontra respaldo no art. 1.035 do NCPC.

Por ocasião do voto, embora tenha preferido não se manifestar a respeito do mérito, o Min. Marco Aurélio sustenta que a defesa da competência dos demais entes Federativos para a regência da relação jurídica mantida com seus prestadores de serviço, *in verbis*:

Está-se diante de tema que possui repercussão geral. No Plenário, venho sustentando que o artigo 40, § 4º, da Constituição Federal versa leis complementares, ou seja, dele consta a expressão no plural. A razão é muito simples: cumpre a estados e municípios a regência da relação jurídica mantida com prestadores de serviços. Mas essa óptica tem sido isolada.

Mesmo assim, quando no plenário físico, o Min. optou por manter seu posicionamento anteriormente mencionado, restando-o vencido.

2.3 O precedente firmado.

Firmou-se o precedente no sentido de ser aplicável aos servidores públicos de todos os níveis federativos o enunciado 33 da súmula do STF, que assim dispõe:

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Assim, considerando que a razão de decidir deste julgado, se baseia na potencialidade que a norma possui de dar origem a outras tantas novas ações, bem como na competência e necessidade do Presidente da República de regulamentar uniformemente, em norma de caráter nacional, a matéria afeta ao direito de aposentadoria dos servidores públicos, extrai-se os seguintes dispositivos do acórdão a) Imputasse ao Presidente da República a mora legislativa que incorre na omissão inconstitucional que concerne o §, 4º, art. 40 da CF/88; e b) Aplica-se ao servidor público no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Percebe-se que com esta técnica da aplicação do julgado na sistemática dos precedentes obrigatórios, maior robustez e fortalecimento para a chamada teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, que ocasiona a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Explico-se.

Embora se trate de hipótese que se refira a atuação precípua do STF em controle incidental de constitucionalidade (art. 102, III, da CF/88), via de regra, o RE, diverso do que ocorrer no controle abstrato de normas, que tem por parâmetro o controle constitucional em face a lei, exprime aos seus julgados eficácia *inter partes*. No entanto, tendo como marco histórico os julgados no STF dos casos de “Mira Estrela” e “Progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos” (RE 197.917 e HC 82.959/AC, respectivamente), observa-se a maior aplicação da eficácia *erga omnes* aos julgados com vistas a conferir força normativa à Constituição e exercício de guarda do STF sobre o texto constitucional.

Trata-se nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes de “autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, inc. X, da Constituição sem expressa modificação do texto” (MENDES G. F., 2004, p. 165). Ou seja, se o STF em sede de controle difuso declarar inconstitucionalidade, essa decisão disporá de efeitos gerais e abstrato, aplicáveis a todos, portanto, com eficácia *erga omnes*.

Dito tudo isso, convém mencionar que o verbete 33 da sumula do STF já possui proposta de alteração de seu enunciado. Visando conferir aplicabilidade, também, aos assegurados pelo RPPS que possuem algum tipo de deficiência, deve passar a ser veiculado da seguinte forma:

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, incisos I e III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica

Trata-se de julgamento Proposta de Emenda Vinculante n 118, proposta pelo Procurador Geral da República que busca incluir no rol de legitimados a invocar a aplicação subsidiária da lei n. 8.213/91 também aos servidores públicos portadores de deficiência.

O Ministro Ricardo Lewandowski (então Presidente) se manifestou pelo acolhimento da proposta, no que foi acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio. Afirmou que, à época da aprovação do Enunciado 33, observara-se que, com relação ao inciso I do § 4º do

art. 40 da CF, pertinente aos portadores de deficiência, não haveria ainda processos suficientes para reconhecer-se uma jurisprudência consolidada.

No entanto, agora existiria a possibilidade de incluir na redação do verbete tal inciso I, porquanto a orientação jurisprudencial do STF teria se firmado no sentido de que também aos servidores públicos com deficiência deveriam ser aplicadas analogicamente as regras do regime geral da previdência social. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso.

Atualmente, visando conferir maior grau democrático ao verbete, fora expedido ofício ao Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Conade, para que se manifeste a respeito da inclusão do inciso I, do parágrafo 4º, art. 40 da CF/88, que dispõe que será aplicável ao servidor público portador de necessidades especiais regras diferenciadas para a concessão de aposentadoria, portanto, também observado inércia do Parlamento.

Percebe-se, deste modo, que a tendência de interpretação dos valores da norma serem aplicados aos casos concretos visam a garantia do exercício de direitos fundamentais. Por isso, com o fito de revestir de legitimidade a decisão que conferirá força normativa ao verbete, que incluirá outros legitimados a reivindicarem a aplicação subsidiária da Lei 8.213/91, foram chamados a se manifestarem os interessados.

Posto todo este apertado panorama, necessário para situar o leitor quanto ao problema de pesquisa, há se considerar a importância do fiel cumprimento da Constituição e dos limites de atuação que ela impõe, principalmente entre os Poderes do Estado. Estas competências estabelecidas pela Lei Maior são acompanhadas de intensos entreveros em relação a atuação de cada um deles, visto que os limites desta separação funcional dos poderes por vezes não são bem claros.

A Teoria da Separação dos Poderes foi concebida em um contexto de abusos de reinados absolutistas, que Bonavides chama de *Caduca Sociedade de privilégios ainda presente no corolário da herança feudal enxertada no corpo da Monarquia absoluta, tal como um apêndice morto ou cadáver de uma ordem econômica extinta: a dos feudos medievais* (BONAVIDES, 2016, p. 28), e busca alcançar uma melhor atuação do Estado no gerenciamento dos interesses do bem comum.¹²

¹² Segundo Ives Gandra Martins, *Bem Comum nada mais é do que o próprio bem particular de cada indivíduo, enquanto este é parte de um todo ou de uma comunidade: "O bem comum é o fim das pessoas singulares que existem na comunidade, como o fim do todo é o fim de qualquer de suas partes". Ou seja, o bem da comunidade*

3. A aplicação da teoria da separação dos Poderes ao caso concreto.

3.1 Atuação dos Poderes Estatais.

Sendo o homem eminentemente racional, portanto social, naturalmente surgiu à compreensão da necessidade de um poder que pairasse acima das vontades individuais (SILVEIRA P. F., 1999, p. 18), Paulo Fernando Silveira inicia umas de suas obras justificando a necessidade de se instituir uma força que estivesse acima das vontades individuais em busca da obtenção de benefícios comuns a este corpo social

É com a leitura conjugada de outra frase, *todo aquele que detém poder tende a dele abusar, até que encontre um limite.*” (MONTESQUIEU, 1997, p. 200), agora do autor da clássica racionalização desta repartição dos Poderes, na obra “O Espírito das leis” do Barão de Montesquieu, que se justifica a referida necessidade de não concentrar em poucas mãos o domínio de tais funções, tipicamente estatais, que são necessárias para a manutenção das relações institucionais voltadas ao bem comum do destinatário final.

E por este motivo, Paulo Fernando Silveira aponta, em sua obra, a tensão existente na relação havida entre os Poderes instituídos, a necessidade de se impor limites ao exercício destas suas atribuições, visando garantir a máxima efetividade dos preceitos constitucionais.

Dentro de um contexto que se enxerga um Estado organizado, também se vê a necessidade de se exercer funções que garantam as ordens jurídica, econômica e social desta sociedade constituída. Para tanto, surgem formas de governo e de exercício das funções estatais, que devem ter amparo na legitimidade e na consciência do corpo social e eleitoral.

Para que tenham essa legitimidade social, seus atos devem ser reconhecidos sem a necessidade do uso da força para fundamentá-los, se baseando majoritariamente em leis previamente constituídas, evitar-se a condução despótica e, em caso de colisão de interesses, a atribuição da lide a um corpo jurisdicional capaz de dirimir com independência e imparcialidade a demanda.

De forma apertada, essa é a estruturação ideal das funções de um Estado, dispostas na forma de três poderes distintos e independentes entre si proposto por Montesquieu. Este será objeto de estudo deste capítulo, que busca entender, não apenas os limites de atuação dos

é o bem do próprio indivíduo que a compõe. O indivíduo deseja o bem da comunidade, na medida em que ele representa o seu próprio bem. Assim, o bem dos demais não é alheio ao bem próprio. (MARTINS FILHO, 2000, p. 4)

Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas também de que forma estes devem atuar em busca do bem comum.

Tal repartição é feita segundo um critério funcional em três funções estatais maiores, legislação, administração e jurisdição, tal como posto por Montesquieu que aperfeiçoou a obra de Jonh Locke, que inicialmente previa apenas as atividades Legislativa e Executiva. Segundo Locke, a função jurisdicional estava implícita na função administrativa, uma vez que cabia ao administrador aplicar a força pública interna para assegurar a ordem e o direito, consistente em manter as relações de Estado.

Por mais complexa que possa parecer essa divisão, deve-se ter em mente que ela representa apenas uma divisão de funções que pertencem ao Estado. E por isso, para que estas passam trabalhar de forma harmoniosa não pode haver dissonâncias entre normas, cabendo este cuidado ao Poder responsável pela função estatal de legislar, uma vez que existente desacordo entre em as leis legitimamente promulgadas culmina na necessidade de atuação de outro poder, cuja a função estatal é julgar e definir, segundo critérios de legalidade decorrentes da Constituição, qual destas normas prevalecerá.

Em uma nação, a Constituição tem a função de consubstanciar a figura do próprio Estado, organizando as instituições e seus órgãos, a forma que se exerce e delimita o poder daqueles que operam as funções tipicamente estatais. Este controle se dá, precipuamente, pela edição de normas com características de Direitos e Garantias Fundamentais que visam uma proteção individual, ao passo que também mantém uma ligeira submissão destes ao Estado com a disposição de uma pequena parte das liberdades individuais.

[...] mesmo uma Constituição defeituosa, é seguramente melhor do que nada, na medida em que reduz o arbítrio e assegura os direitos individuais. Incontestavelmente, se não for boa o suficiente, já se teria um ponto de partida definido (ATALIBA, 1998, p. 16).

A CF/88 previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que pudessem exercê-las, bem como criou mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado de Direito, tal como a defesa das garantias fundamentais, inerentes ao sistema democrático.

Atualmente, a figura clássica da tripartição dos poderes como uma medida de se evitar que arbítrios sejam perpetuados já não se mostra tão eficaz ante a evolução das relações

entre eles em razão da defesa de seus misteres. No Brasil, por exemplo, a figura do Ministério Público se encaixa ao lado das três figuras centrais dos Poderes constitucionais, portanto, com igual autonomia e prerrogativas, uma vez que cabe a este a manutenção e guarda do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹³.

O Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático, há de ser estruturado em função da defesa do exercício pleno dos direitos e garantias presentes na Constituição, precipuamente por meio da atuação legislativa negativa, conforme entendimento que a muito tempo já vem sendo adotado, inclusive, pela Corte Constitucional anteriormente a promulgação da atual Constituição, conforme *obiter dictum* extraído do bojo da Representação 1.451, da relatoria do Ministro Moreira Alves:

Ora, a jurisprudência desta Corte é firme no entendimento de que, por via de declaração de inconstitucionalidade de lei, não pode ela alterar o sentido inequívoco desta, o que implicaria, em última análise, criar lei nova, por diversa, em seu sentido, da existente. Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo. (RP 1.451, Relator(a): Min. Moreira alves, julgado em 24/06/1988)

Todavia, atualmente diante da premente necessidade de se garantir o exercício da vida cotidiana e a constante colidência de interesses esparsos na sociedade, Luís Roberto Barroso denomina de *desilusão com a política majoritária* (BARROSO L. R., 2012., p. 7)¹⁴, a em disfuncionalidade do parlamento em prover regulamentações que atendam às necessidades da sociedade, por meio de processo que, por excelência, é normativo.

Em razão desta disfuncionalidade o Poder Judiciário vem sendo instado a resolver a anomia existente. Este processo é chamado de Judicialização da Política¹⁵, em que se verifica um Poder estatal deixar de agir em razão de motivos diversos, enquanto outro toma para si esta função que está sendo preterida.

¹³ Sobre o tema, ler: MARQUES, J. B. de Azevedo. *Direito e Democracia - O Papel do Ministério Público*. São Paulo: Cortez, 1984.

¹⁴ Sobre a Judicialização de temas naturalmente políticos “(...) há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade.”

¹⁵ Sobre o tema, ler: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004 e CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: Luiz Werneck Vianna (Org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO L. R., 2013, p. 6).

Luís Roberto Barroso estrutura a jurisdição constitucional democrática como sendo o poder geral que todo órgão julgador do Poder Judiciário possui para interpretar e aplicar o texto constitucional em razão do controle difuso de constitucionalidade, sendo o STF o seu guardião legal¹⁶. Em decorrência deste papel que desempenham as Cortes Constitucionais, estas passam a ser responsáveis pelo fiel cumprimento não apenas do que está escrito, mas das orientações dadas pela Constituição, de forma a se estabelecer o equilíbrio entre os Poderes do Estado, e também com a própria sociedade.

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre o órgão e a função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. (CANOTILHO J. J., 2000, p. 545)

Hélio Tornaghi faz referência a duas concepções acerca da jurisdição democrática em defesa de determinados valores, a saber: *a jurisdição como atividade complementar a da formulação jurídica* e *a jurisdição como atividade substitutiva da administração* (TORNAGHI, 1974, pp. 72-100).

Quanto à proposição que versa sobre a função complementar da jurisdição na formulação jurídica discorre que:

chegamos ao grau mais adiantado, os povos têm na jurisdição uma atividade complementar da legislação. Para ordenar a coexistência harmônica, esclarece o que é direito e evitar os litígios, impõem-se normas (leis) e apontam-se soluções (precedentes) que, seguidas, preservam os interesses de cada um e a paz de todos. Mas as formulas jurídicas contidas nas leis e nos precedentes podem ser desconhecidos¹⁷ ou inobservadas. É então precioso fazer que prevaleça o direito no caso em que ele foi atingido. Isso é realizado

¹⁶ Vide art. 102 da Constituição Federal. Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a *guarda da Constituição, cabendo-lhe:*” (grifei).

¹⁷ Importante ressaltar que, o princípio mencionado por Tornaghi, “desconhecimento da lei”, não possui aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, onde, de forma taxativa, e consagrada a ficção jurídica contida no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto Lei nº 4.657, de 04.09.1942), com alterações introduzidas e consolidada pela Lei 3.238 de 01.08.1957. (TORNAGHI, 1974, p. 87)

pelo Juiz, que desfaz as dúvidas, decide as controvérsias e impõem coativamente, se necessário, a própria decisão”. (TORNAGHI, 1974, p. 72)

Em seguida, com relação a atuação adjetiva da jurisdição, como forma da administração da própria justiça, Hélio Tornaghi diz o seguinte:

Como acabou de mostrar-se, o Juiz junta-se ao legislador na tarefa de assegurar a ordem jurídica (de todos) e o direito (de cada um). O legislador o fez de maneira geral e abstrata, isto é, arquitetando a norma seguível em cada gênero de casos, e de considerações particulares de um por um; o Juiz declara o que é correto em cada caso e tem em conta respectivas circunstâncias. ” (TORNAGHI, 1974, p. 87).

Nota-se, portanto, que a função do Poder Judiciário, há muito tempo não se limita apenas como jurídica, em que há a aplicação fria da Lei em face do caso posto. Percebe-se que, no controle dos atos praticados pelos demais poderes, evidencia-se o caráter político jungido à execução da atividade judicativa, nos limites de sua competência, julga inconstitucional, ou até mesmo a invalidade dos atos praticados por aqueles.

O Poder Judiciário, por meio da Corte Constitucional, por ser esta a guardiã da Constituição, possui como encargo democrático, a atuação como árbitro entre a separação dos Poderes estatais estabelecidos, buscado, ao fim, dar cumprimento à Constituição mediante prolação de decisões judiciais, dando continuidade e eficácia ao trabalho desempenhado pelos constituintes originários.

Uma vez instado a decidir demandas nas quais se observa o conflito entre as funções, ainda que reflexo, o Poder Judiciário será impelido a emitir decisão, que deverá ser aceita entre as partes, juntamente com seus efeitos. Portanto, considerando que a lide foi posta dentro dos limites legais de admissibilidade de demandas, o juiz do caso estará atuando dentro da legalidade.

Nesse sentido, sobressai a necessidade de se verificar a manutenção incólume do princípio democrático, e se o exercício da jurisdição constitucional democrática afigura-se salutar e legítima para a concretização dos valores dos direitos e garantias fundamentais inseridos no texto constitucional ¹⁸, posto que, ainda que haja a separação das funções estatais, convém retomar que estas representam em unidade a função estatal.

¹⁸ Nesse sentido, editou-se, como reação parlamentar, uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 33/2011) que visa a alterar alguns dispositivos do texto magno a fim de aumentar, ou criar, diriam alguns, o controle do Legislativo sobre algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal. É nesse amplo contexto de exercício da jurisdição constitucional, da legitimidade de seu exercício e do conflito institucional daí exurgente que se insere

Surge, assim, o debate da legitimação das cortes constitucionais, visto que estas não são corpos democráticos, eletivos ou representativos, não obstante suas decisões afetem diretamente a vida do corpo social ao qual elas se referem; mesmo com uma mínima participação da sociedade civil nos debates realizados. Florescem, a partir daí questões bastante polêmicas, cujo debate é diverso.” (ARABI, 2013, p. 11)

Nesse sentido, mais uma vez Luís Roberto Barroso afirma que

O processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de integração. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador (BARROSO L. R., 2012., p. 351).

Sem embargos, quanto ao Poder Legislativo, interessa compreender melhor s respeito de suas funções típicas, legislar e fiscalizar, para os fins desta pesquisa, especialmente relacionado à primeira, uma vez que se trata da atividade que exerce maior impacto as relações privadas, em razão das regulamentações produzidas.

Para se analisar o Poder Legislativo brasileiro, deve-se compreender primeiro que o Sistema Legislativo adotado no País é o bicameralismo federativo, ou seja, composto por duas casas de representação, a Câmara dos Deputados Federal e o Senado Federal, conforme dispõe o art. 44 da CF/88.

Sendo a Câmara dos Deputados Federal constitucionalmente prevista no art. 51, o órgão incumbido de materializar o princípio da representação popular indireta, onde *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*, nos termos da Constituição, com encargo ainda de representar o povo ¹⁹ e a defesa da vontade popular em cada Estado Membro, devendo seus membros serem eleitos democraticamente pelo sistema proporcional em relação ao número de eleitores.

Ao passo que a segunda casa, o Senado Federal, também com previsão constitucional, art. 52, enquanto representante dos Estados Membros e do Distrito Federal, tem seus membros eleitos seguindo o princípio majoritário, uma vez que não se trata de estabelecer um número proporcional à população, mas, sim, de eleger ao Senado, com mandato de oito anos, aquele candidato que obtiver, nas urnas, o maior número de votos, conforme o argumento

o presente trabalho, que pretende abordar os principais aspectos controversos sobre essa questão, concluindo, ao final, pela legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal

¹⁹ Entendam-se como Povo os brasileiros natos e naturalizados, ambos descritos no art. 12 e seus incisos da Constituição Federal

de representação (SILVA, 1998, p. 515), tem ainda por encargo, como órgão deliberativo, a função de analisar e debater questões inerentes aos interesses de gestão dos Estados Membros e do Distrito Federal.

Desta forma, fica desenhada a estrutura básica do Poder Legislativo brasileiro, base da edição normativa primária, que instituem direitos e criam obrigações, o que, inicialmente, se caracteriza como pressuposto de regulação a qualquer forma de atuação estatal. Portanto, trata-se de mais uma forma de controle estatal das relações Estado x Sociedade, bem como em relação à própria atuação.

Conforme artigo inaugural da Constituição Federal, onde se respalda os preceitos constitucionais, *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*, tem-se que a função dos indicados para comporem o corpo político é dar representação as vontades daqueles que os indicaram. Nota-se a natureza dúplice da função do cidadão, se de um lado estes são os sujeitos detentores de direitos²⁰ e deveres, estes também possuem a prerrogativa de encaminharem seus representantes para a criação normativa dos seus direitos.

E com essa legítima representação exercida pelo Poder Legislativo, por meio do devido processo legislativo, que se garante a participação popular na elaboração das normas, se verifica o escopo democrático da atividade exercida pelo Poder Legislativo. Primordial a função positivista exercida pelo Estado, que se pretende regular as relações públicas e privadas sem que haja predileções arbitrárias para qualquer das partes.

Deve-se ter em mente que, uma vez superada as proposições normativas oriundas das relações consuetudinárias primordiais que as normas representavam, estas passam agora a significar um pacto social em prol do bem comum²¹, representado pelas legislações. E por isso, Waldron observa que a atual configuração normativa transparece como arrivista, uma vez que sua observância não reflete com exatidão os costumes praticados no território de vigência, (WALDRON, 2003), mas uma disposição de parte da liberdade inerente a cada um.

²⁰ Segundo Alexandre de Moraes, os direitos políticos compõem: *O conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos e subjetivos que investem o indivíduo no status activae civitatis, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado.* (MORAES, 2012, p. 207).

²¹ *O bem comum está, portanto, para permitir aos indivíduos a consecução de seus bens particulares, mas é superior a estes: o bem particular de um indivíduo não pode ser buscado em detrimento do bem comum da sociedade.* (MARTINS FILHO, 2000, p. 6)

No entanto, esta posição inicial acerca da origem das normas se justifica no que concerne o papel que estas desenvolvem em torno da sociedade, uma vez que como menciona o autor, anteriormente, as normas consuetudinárias possuíam ancestralidade nas tradições praticadas, e que por isso, possuíam herança. De certo se referia quanto a legitimidade intrínseca à obediência natural, enquanto as atuais legislações, se configuravam de puro poder (WALDRON J. , 2003).

Contudo, não se deve encarar a crítica apontada como um obstáculo à tendência positivista das normas. Muito pelo contrário, trata-se de um posicionamento derivado do pensamento de John Robert Seeley²², que se empenhava em estudar a função da ciência política e seus impactos nas grandes sociedades (Seeley, 1896) à época. Portanto, não se está a negar a legitimidade do Poder Legislativo na produção de leis, mas de sim reafirmar a sua função, uma vez que, desde de que superada a fase consuetudinária da normatização, o legislador passou a ostentar papel de coesão que os costumes exerciam nas pequenas comunidades.

Portanto, - de um posto de vista sociológico-, uma sociedade vem a ter um sistema jurídico, na descrição de Hart, quando algumas de suas regras e das práticas morais tradicionais passam a desempenhar um papel diferente na vida de seus membros – um papel que faz, primeiro, a sua articulação e, depois, sua emenda, ab-rogação ou revisão, ser pensada de uma maneira que não era antes. Daí a necessidade do aparelho que Hart torna central na sua versão particular de positivismo jurídico: refero-me ao aparelho das regras secundárias, regras de reconhecimento e práticas para não perder de vista quais regras foram modificadas e quais não foram. Esse aparelho é necessário porque o papel que as regras agora desempenham na vida da sociedade significa que os membros não mais têm acesso às regras, ‘instintivamente’ ou “intuitivamente” ou apenas em virtude da sua socialização e criação (WALDRON, 2003, p. 15)

Daí se infere que o Poder Legislativo exerce primordial função de controle social de natureza dúplex, uma vez que se destina a controlar as funções estatais buscando a proteção do bem comum do ponto de vista proposto por Ives Gandra da Silva Martins Filho.

a) O princípio do bem comum é peça chave para a compreensão das relações sociais, tanto dos indivíduos entre si, como destes com a sociedade, sendo que sua exata captação é elemento que propicia, quando respeitado, a otimização do convívio social.

b) Para se formar um conceito de bem comum, necessário se faz conjugar 5 noções básicas: finalidade, ordem, participação, comunidade e ordem.

h) Bem Comum é o bem singular, considerado como parte de um todo. (MARTINS FILHO, 2000, pp. 9-10)

²² Regius Professor of modern history in the University of Cambridge Fellow of Gonville and Caius College; Fellow of the Royal Historical Society, and Honorary Member of the Historical Society of Massachusetts.

O controle realizado pelo Poder Legislativo se dá por meio da edição de veículos normativos previstos no art. 59 da CF/88, ou seja, de normas abstratas de condutas com reflexos concretos à sociedade, e também ao cidadão, individualmente falando. Portanto, a sua atuação no meio social, com a edição de normas de conduta geral com efeitos concretos se dá de forma por meio destes veículos normativos.

José Levi Junior da Amaral entende existir um mito quanto à separação harmônica dos Poderes e aponta que o estabelecimento de sistemas presidencialistas é um vetor do enfraquecimento do Poder Legislativo, uma vez que ocorre a *perda de seu poder de estabelecer o orçamento governamental, tarefa cada dia mais técnica e autolimitada pela trajetória de gastos do governo* (AMARAL JUNIOR, 2016, p. 10); o autor ainda menciona a perda do Legislativo do poder de propor leis e aprova-las sem a concordância do Governo como fator determinante na limitação da área de atuação do Poder Legislativo.

Tal enfraquecimento reflete-se em seu poder de controle, seja pelo papel desempenhado pelas maiorias partidárias – que atuam em consonância com os objetivos do executivo –, seja pela necessidade de compor maioria qualificada para reverter um governo. (AMARAL JUNIOR, 2016, p. 10).

No entanto, a despeito da perda funcional do Poder Legislativo em razão da ingerência de outros Poderes, é possível se verificar ainda outro fator que enrijece essa supressão, a “terceirização de matérias” ao Poder Judiciário.

Em conformidade com o que já foi aqui exposto²³, o fato da aprovação legislativa demandar tempo e esforço político e a aparente inércia frente a aprovação popular de seus atos, somada a necessidade de provimentos regulamentários e de administração do Estado, diversas matérias, consideradas de cunhos contramajoritários, estão sendo encaminhadas ao Poder Judiciário.

3.2 Atuação Democrática do Judiciário

Para Montesquieu, *quando em uma república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser uma democracia* (MONTESQUIEU, 1997, pp. 23-24). Nesse sentido, a substância do Estado Democrático está intimamente ligada a legitimação social do

²³ Vide capítulo 1 desta monografia.

exercício no poder nos moldes do que hoje é assentado na Constituição (parágrafo único, art.1, CF/88), o poder é exercício pelos representantes do povo, eleitos por estes.²⁴

Para Montesquieu, aquele que detém o poder tende a dele abusar em razão de sua concentração em mãos únicas (MONTESQUIEU, 1997), já se considera a separação de Poderes como um mecanismo para o controle destes abusos e alcance de interesses públicos. Por isso, tem-se que estes poderes exercem funções democráticas na medida em que garantem exercício de direitos fundamentais a vida humana.

Para José Afonso da Silva, democracia é um conceito histórico. *Assim, ela não constitui um valor-fim, mas um valor-meio, a partir do qual ocorre a concretização gradual de valores essenciais à convivência humana*, (PEREIRA, 2009, p. 5), deste modo, *é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história* (SILVA J. A., 2005, p. 299).

Maria Lucia Luz Leiria a respeito da compreensão da democracia como um valor a ser alcançado, afirma que, democrática é a sociedade que o Estado busca a realização dos direitos fundamentais representativos das necessidades apresentadas (LEIRIA, 2009).

Deste modo, temos que, tradicionalmente, da separação constitucional dos Poderes, resulta em especial ao Judiciário, em razão da autoridade política no qual é investido, a função de se pronunciar como árbitro final de leis e atos administrativos emitidos pelos demais poderes. Tendo por encargo ainda, segundo José Antônio Pimenta Bueno, apud Cláudio Lacombe, o domínio e aplicação das leis.

o domínio, a aplicação das leis que formam o direito particular, a ordem civil, que regulam e compõem os interesses dos indivíduos entre si na qualidade de particulares e ainda o consagra como o protetor dos direitos e interesses individuais da liberdade, da propriedade, da honra, da vida e de tudo que é caro aos homens como homens (LACOMBE, 2010, p. 80).

Imputa-se, portanto, ao Poder judiciário, a missão da jurisdição constitucional, que nas palavras de Hans Kelsen é *a garantia jurisdicional da Constituição, e é um elemento do*

²⁴ De acordo com Micheli Pereira para Sérgio Fernando Moro *a definição de democracia como 'governo do povo' é criticada como insuficiente e mistificada, uma vez que, em muitas situações, não há identificação da vontade do representante com a vontade do representado, e que, para Robert A. Dahl, tal concepção de democracia só pode ser considerada válida se concebida como um ideal a ser atingido, segundo o qual a participação popular nas decisões políticas deve ser o mais ampla possível* (MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 113). (PEREIRA, 2009, p. 5)

sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais (KELSEN, 2007, pp. 123-124).

Desta conjugação de valores temos que também é imputável ao Poder Judiciário, no uso de sua representação da função estatal, o desempenho da atribuição democrática na medida em que atua em defesa da garantia do exercício de valores fundamentais.

Essa posição possui como pedra angular os direitos fundamentais, que por sua vez, segundo Katya Kozicki e Estefânia Maria de Queiroz Barboza, *representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte, de máxima manifestação da soberania popular* (KOZICKI & BARBOZA, 2008). Portanto, a atuação do Poder Judiciário visando dar maior efetividade às normas constitucionais se configura como uma verdadeira atuação democrática, uma vez que estão a proteger o povo como um todo.

Não basta, no entanto, que a jurisdição democrática exerça suas funções pautadas em princípios democráticos, uma vez que ela, sobretudo, deve visar os resultados produzidos. *Dworkin defende que os procedimentos democrático-deliberativos não são suficientes para alcançar resultados justos, sendo necessário, também, juízos de valores substantivos adequados a cada caso, de modo que estes se voltem à concretização de resultados* (PEREIRA, 2009, p. 6).

É bem verdade, no entanto, que esta postura judicial não possui guarida na doutrina como um todo. Bem afirma Habermas que *há divergências quanto às concepções de bem comum nas sociedades modernas e complexas* (PEREIRA, 2009, p. 6), razão pela qual, segunda a autora, Habermas valoriza em maior grau os consensos alcançados em um processo deliberativo, onde é posto, por meio dos representantes, as posturas políticas. Deste modo, a atuação política, é o que mais importa, independente do resultado alcançado pelos atores.

Exatamente neste ponto os classistas divergem, enquanto Habermas se preocupa corretamente com o formalismo e a representatividade que reveste a edição de uma Lei pelo Poder Legislativo, portanto, procedimentalista. Dworkin almeja que as normas produzidas tenham além da função de controle social, representem os anseios de valores que a sociedade necessita.

Por este motivo Habermas questiona a atuação da jurisdição constitucional quando se trata da revisão de normas concebidas seguindo o processo legislativo, uma vez que se trata de processo realizado seguindo valores democráticos de representatividade dos cidadãos.

O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial. (HABERMAS, 2003, p. 301)

Dworkin, por sua vez, apresenta um modelo de atuação do Poder Judiciário que possui fins garantísticos, representada pelo constitucionalismo que garante normatividade aos princípios, em que se vislumbra a atuação desse Poder como verdadeiro defensor do direito

Não é somente contra as debilitações políticas, da administração, ou do Congresso, que os tribunais não dispõem de autoridade revogatória. Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos substituir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo; mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir. (BARBOSA R. , 1893, p. 99).

Percebe-se que os conceitos que uma norma possui, para ambos os autores, são opostas uma à outra. Enquanto para Habermas a se apresenta como uma materialização da vontade popular, que deve seguir um procedimento democrático de formulação. Para Dworkin as normas devem representar valores dos quais a sociedade necessita, as quais a Corte Constitucional é legítima para conferir adequação com a realidade vivida, o que permite uma mutação dinâmica em defesa das minorias.

Não há a menor pretensão desta pesquisa acadêmica definir, de forma conclusiva, qual dos dois modelos ideológicos de interpretação das normas deve, ou não, ser considerado correto. Até porque, na medida em que não são divergentes, uma vez que defendem a importância de uma norma positivada, considera-se que ambos possuem suas parcelas de acertos e erros.

Na teoria de Dworkin a Constituição e seus valores se apresentam no centro do sistema jurídico, e por isso temos uma maior defesa de direitos fundamentais, em razão de sua eficácia horizontal. Entretanto, também apresenta maior grau de insegurança jurídica em razão da possibilidade inúmera de interpretação a respeito de um mesmo tema com o passar do tempo.

Korrad Hesse não obstante, afirma que a Constituição possui uma eficácia dirigente, segundo a qual os direitos fundamentais desencadeiam efeitos sobre as relações havidas entre os Estado e o indivíduo. Segundo o autor, ao primeiro incumbe a permanente função da concretização à sociedade dos efeitos dos direitos fundamentais e a realizar os seus valores, por meio da adoção de medidas positivas. (SARLET, 1996, pp. 146-147)

“[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.” (HESSE, 1991, p. 18)

Por outro lado, na teoria em que Habermas propõe a supremacia do Legislativo, em razão de seu caráter democrático e representativo, o cientificismo da produção legislativa impõe maior rigor com a segurança jurídica, uma vez que incumbiria ao Poder Judiciário apenas a aplicação da lei, seja pela subsunção silogística ou pela interpretação em menor grau. No entanto, este modelo também traz consigo a carga da morosidade que ao Poder Legislativo é característico, o que acarretaria a o distanciamento contumaz da norma a realidade vivida pela sociedade.

What do they imply about institutions? Should we embody our rights in legalistic formulae and proclaim them in a formal Bill of Rights? Or should we leave them to evolve informally in dialogue among citizens, representatives and officials? How are we stop rights from being violated? Should we rely on a general spirit of watchfulness in the community, attempting to raise what Mill called "a strong barrier of moral conviction" to protect our liberty? Or should we also entrust specific branch of government- the courts, for example with the task of detecting violations and with the authority to overrule any other agency that commits them? ²⁵ (WALDRON J. , 1993, p. 18)

²⁵ O que eles implicam sobre as instituições? Devemos incorporar nossos direitos em fórmulas legalistas e proclamá-los formalmente em uma *Bill of Rights*? Ou devemos deixá-los evoluir informalmente no diálogo entre cidadãos, representantes e funcionários? Como podemos impedir que os direitos sejam violados? Devemos confiar em um espírito geral de vigilância na comunidade, tentando levantar o que Mill (Jonh Stuart Mill) chamou de "uma forte barreira de convicção moral" para proteger nossa liberdade? Ou devemos também confiar um ramo específico do governo - os tribunais, por exemplo -, com a tarefa de detectar violações e com a autoridade para anular qualquer outra agência que as cometa?

Dito isso, sobrevém a importância de verificar, portanto, a legalidade, e sobretudo, a constitucionalidade desta atuação do Poder Judiciário, deixando questões ideológicas que envolvem a adoção das posturas do Poder, indicadas anteriormente.

A atual Constituição valorizou a atuação do Poder Judiciário em defesa destas garantias constitucionais individuais e coletivas, dando-lhe a prerrogativa do exercício da Jurisdição Constitucional Democrática por meio das ações constitucionais, quais sejam: o Habeas Corpus (LXVIII), o Mandado de Segurança (LXIX), a Ação Popular (LXXIII), o Mandado de Segurança Coletivo (LXX), o Habeas Data (LXXII), e o Mandado de Injunção (LXXI), todos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

O constituinte originário previu o mandado de injunção no art. 5º, LXXI, da CF/88 para casos de omissão legislativa que obstasse o exercício de direitos ou liberdades fundamentais constitucionalmente previstas. Considerando a inúmeras proposições deste instrumento processual com vistas que o Judiciário de modo geral e o STF de forma concreta, supra, preencha as omissões atribuíveis aos outros poderes da República, omissões inconstitucionais, este instrumento tem mostrado sua fundamental importância para os princípios republicanos de democráticos com a edição das respectivas normas faltantes.

Em vista disso, percebe-se o papel de árbitro do Poder Judiciário na distribuição e equilíbrio dos poderes entre o Legislativo e o Executivo, bem como entre a União e os estados, e continua como protetor da liberdade e dos direitos individuais e coletivas assegurados pela Constituição (LACOMBE, 2010). A sua atuação nestes casos de supressão de lacunas não se dá pela edição de leis, mas sim da interpretação destas preexistentes.

Luís Roberto Barroso afirma que toda interpretação jurídica é, também, uma interpretação constitucional (BARROSO L. R., 2005), em razão do status de centralidade do ordenamento que a constituição passou a adotar após a promulgação da CF/88. *Isso porque de maneira gradual, em maior ou menor relevância, todos os principais ramos do direito infraconstitucional têm aspectos seus abordados na Constituição* (BARROSO L. R., 2005, p. 26).

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a

constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional (BARROSO L. R., 2005, p. 28)

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, ao discorrer sobre o princípio da unidade da Constituição reconhece a importância do método de interpretação da constituição como um sistema, e não como normas isoladas.

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituída na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade (MENDES & BRANCO, 2016, p. 114)

E por isso, para a interpretação de um sistema jurídico que possui como norte os valores expressos na Constituição, deve-se compreendê-la e interpretá-la como uma unidade. Desta forma, resulta que não podemos, de forma alguma, separar a norma do conjunto ela integra o sentido da parte e o sentido do todo são mutuamente dependentes

Como já dito, tem-se que o ato praticado pelo Poder Judiciário, especialmente por meio do STF, tem feito se caracteriza por serem interpretações das normas constitucionais. Portanto, considerando que a própria constituição atribui esta competência ao Poder jurisdicional por meio da jurisdição dos remédios constitucionais, não há que se falar que esta atuação que extrapola as competências das funções estatais.

as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco atribuídos entre eles, de modo a proteger os indivíduos o contra o abuso potencial de um poder absoluto. (BARROSO L. R., 2005, p. Acesso em: 3 mar. 2018)

Por fim, considerando que a função do Poder Judiciário é atuar como árbitro, visando a defesa da eficácia da Constituição, e que esta atuação se dá por meio da interpretação dinâmica em casos concretos, deve-se considerar, portanto, que se trata do exercício de uma função estatal dotada de caráter, embora não exercício pelos representantes do povo, republicano, senão democrático.

A função judiciária, que aos magistrados incumbe exercer, não se pode considerar como atividade estritamente jurídica. No controle sobre os atos do Legislativo e do Governo evidencia-se o caráter político de que está investido o Judiciário no desempenho da competência para proclamar a inconstitucionalidade ou invalidade desses atos. (SILVEIRA J. N., 1994, pp. 3-4).

Percebe-se que esta atuação do Poder Judiciário, dita como proativa, não possui a finalidade de usurpar as funções do Poder Legislativo, o qual reconhecidamente é omissor em prover regulamentações, mas de cessar o estado de omissão em que se encontra os direitos fundamentais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.²⁶

Deste modo, tem-se ao final que na atual conjuntura, em que se observa uma força direta da constituição no sentido de conferir ao Estado a permanente tarefa de exercício dos direitos fundamentais, a separação dos poderes, nas palavras de Christine Oliveira Peter da Silva ganha nova roupagem, a partir da premissa de que “as funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário atuam em permanente relação de interação, que pode se apresentar sob a forma de cooperação e, por vezes, também sob a forma de tensão e conflito, estando ambas contempladas igualmente no jogo democrático-constitucional” (da SILVA, 2015, p. 76). E por isso, a defesa dos direitos fundamentais assumem o norte da atuação das funções estatais.

²⁶ Trecho do voto proferido pelo Ministro Eros Grau, relator do MI 712, durante seu julgamento. O inteiro teor dos votos proferidos na oportunidade encontram-se disponíveis em na pesquisa de jurisprudência do sítio do STF.

Considerações Finais

Não se pretende negar a importância a atuação do Poder Legislativo no que diz respeito ao controle social exercido por meio da produção legislativa no cenário democrático brasileiro. Como visto, sabe-se que este Poder tem primordial função institucional em razão de sua função representativa prescrita no parágrafo único do art. 1º da CF/88. Sua atuação, conforme Waldron, representa a pequena disposição de liberdade, que era inerente a vida em pequenas sociedades, e que agora representa maior segurança social, jurídica em face a atuação do próprio Estado, portanto, indiscutível o respeitável controle exercido por este poder.

Não se pode olvidar, porém, que o Parlamento brasileiro tem experimentado notáveis perdas funcionais, mencionadas pelo José Levi do Amaral, somadas aos problemas em torno de sua representatividade em razão de omissões em prover regulamentações de direitos, também, inerentes a sociedade. Justamente em virtude desta omissão, o Poder Judiciário vem sendo instado a se posicionar acerca de uma crescente quantidade de processos individuais e coletivos versando sobre tais hiatos legislativos.

Percebeu-se que a crescente procura pelo Poder Judiciário para a resolução destas lides o obrigou a criar técnicas processuais que fossem capazes de dar maior uniformidade e objetividade às interpretações dos sistemas jurídicos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. E é neste exato contexto que surge a técnica processual de transcendência dos motivos determinantes da decisão na jurisdição constitucional, que confere contornos democráticos à atuação jurisdicional proativa, uma vez que visa a garantia de exercício de direitos fundamentais pela sociedade.

No decorrer da pesquisa se nota que o principal questionamento que se faz acerca desta forma de atuação do Poder Judiciário estava jungido à sua legitimidade democrática para a fixação destas condutas gerais com efeitos concretos de observância obrigatória, tal como leis emanadas do Poder Legislativo. Isso porque se conferiu o apego ao formalismo na produção legislativa alto grau de valor democrático como forma de se garantir segurança jurídica.

No que tange a legitimidade para a atuação, não deve haver a mera invocação de apoio a soberania popular, expressa por meio da vontade popular majoritária para apoiar uma lei, uma vez que esta não basta para legitimar os atos emanados do Estado. Isso porque no processo de construção legislativa nem todos são representados no Parlamento, e esta questão

das minorias afeta de forma real o sentido de democracia e assevera, ainda mais, a dita crise de representatividade. Soma-se a isso o fato de a aclamação popular não ser suficiente para a sustentação de normas que prejudiquem estas minorias que não possuem voz, nem representatividade.

Por este motivo se tem que, em uma situação hipotética que se considera uma atuação que o Poder Legislativo seja plenamente capaz de suprir a sociedade com suas necessidades, sendo capaz de observar as nuances que envolvem conflitos de interesse entre classes políticas dominantes e minorias representativas, de fato, não subsiste fundamento para se cogitar a regulação por outro Poder senão o Legislativo.

No entanto, não se deve considerar o termo ‘democracia’ como um processo de tomada de decisões dotada de ampla vontade popular, mas sim como um valor-meio de realização dos valores essenciais à convivência humana, nos moldes apontados por Micheli Pereira, a fim de se considerar a jurisdição constitucional que busca a garantia de exercício de direitos fundamentais um mecanismo protetor do indivíduo.

Assim surgiu a necessidade de concepção de novos modelos que fossem capazes de garantir a proteção do exercício dos direitos e garantias fundamentais em função da insuficiência do mecanismo de representação majoritário, seja pela gradual perda funcional apontada por José Levi Junior do Amaral ou pela predominante descrença da sociedade no mecanismo apontado por Luís Roberto Barroso ou ainda pela inércia inconstitucional do Poder Legislativo na garantia do exercício de direitos fundamentais de normas instituidoras com eficácia limitada, demonstrada com o estudo do caso trazido

Embora se tenha que não se ajusta ao melhor quadro a atuação do Poder Judiciário de forma proativa em vistas a supressão de lacunas existentes, as deficiências do Poder Legislativo a justificam. Esta justificativa desenha contornos democráticos ao desempenho desta jurisdição constitucional, em especial a realizada pelo STF, em razão de seu caráter garantista.

Por este motivo, deve-se ter a Constituição como sendo uma lei suprema, superior às demais, sendo o pressuposto de validade destas, como o projeto social comumente adotado, que atua em defesa das liberdades individuais, garantidora e instituidora de base para os atos tomados por aqueles que atuam como reformadores e defensores de seus desígnios, e que por

esta requer de seus operadores incansável luta para que seja mantida o Estado de Direito nela preceituado.

Para além de fatos e hermenêutica, a própria CF/88 atribui legalidade à atuação do STF em situações análogas em que se observa conflitos de competências. A presença dos remédios constitucionais, e especialmente o Mandado de Injunção visa atribuir do Poder Judiciário o equilíbrio institucional.

A CF/88 ainda afirma que, em se tratando da declaração da inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Uma medida que visa a redução dos desgastes entre os Poderes diante de uma tentativa de diálogo institucional, e que como apontou, Abhner Youssif Mota Arabi, tentativa que restou falha em razão da permanente inercia do Poder Legislativo

Diante da responsabilidade de guarda da Constituição e seus fundamentos, extrai-se que também compete ao STF a guarda dos valores prescritos, tal como teoria defendida por Ronald Dworkin. Por este motivo, as decisões do Poder Judiciário não podem se afastar de imprimir interpretações dos valores contido na norma constitucional, a fim de adequar o conflito de interesses.

Existem ainda leis infraconstitucionais que visam dar maior expressão às decisões judiciais, tal como a que reconheceu eficácia *erga omnes* em decisões com reconhecida repercussão geral. O próprio NCPC, ao dispor a respeito da obediência dos precedentes firmado pelos tribunais, confere-lhes força normativa ao atribuir vinculação em sua observância. Portanto, mais uma vez se observa movimentações por parte do próprio Poder Legislativo reconhecendo a função proativa do Poder Judiciário em defesa do equilíbrio entre os poderes, ainda que em razão da própria ineficiência do Legislativo.

No entanto, conforme mencionado inicialmente, não se pretende reduzir a importância do Poder Legislativo em razão de sua deficiência. Por este motivo, há que se fazer uma breve consideração no que diz respeito a limitação desta atuação do Poder Judiciário, uma vez que, de fato, existe uma separação de poderes em funções.

A contraposição dos valores de segurança jurídica e a máxima eficácia da norma constitucional, quando da prolação de precedentes obrigatórios, exige a existência de um justo

motivo para se justificar a atuação em tais termos, em razão do perigo que motivou Montesquieu a desenhar a repartição de poderes. A nova sistemática dos precedentes se mostra com uma forma de redução dos riscos, uma vez que ao passo que se firma a tese jurídica, se impõe a obediência como método de estabilidade jurídica e da nova consciência da participação do Poder Judiciário na construção do direito (MARINONI, 2014)

Embora não havendo confirmada a hipótese inicial de que regulamentação indireta de direitos fundamentais por meio da fixação de precedente obrigatórios significa uma atuação prejudicial ao equilíbrio harmônico dos poderes, mas o oposto. Restou comprovado que além estar dentro da legalidade, em razão de previsões legais, cabe ao Poder Judiciário a interpretação das normas constitucionais e seus valores, e por isso, a interpretação das normas constitucionais e utilização de métodos processuais de uniformização implica na sua máxima aplicação.

E por isso, embora indiscutível que o maior dogma de um Estado de direito repousa na supremacia das leis, visto que esta é a representação da própria vontade estatal, não se pode negar que as atitudes que serão tomadas a partir de agora devem ser pautadas sobre a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a limitação imposta pela separação de competência das funções estatais.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. São Paulo/SP: Revista dos tribunais, 2013.

AMARAL JUNIOR, José Levi do. *O Mito Da Separação De Poderes e a Necessidade Real da Legislação Delegada: The Myth of Separation of Powers and the Real Need for Delegated Legislation*. v. 20, nº. 42, p. 85 - 112, maio/ago. 2016.

ARABI, Abhner Youssif Mota. *A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Monografia (Bacharelado em Direito) —Universidade de Brasília. 2013.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1998

BARBOSA, Rui. *A Constituição e os Atos Institucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida. 1893

BARBOSA, Rui. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal*. Razões Finais. V. 20. Rio de Janeiro, 1893.

BARBOSA, Rui, *Pensamento e Ação*. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. Interesse Público*, Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30970>.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, 1-42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*:. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo/SP.: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Ciência Política*. Brasília: Ed. UNB, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL, Câmara dos deputados: *CONSTITUIÇÃO FEDERAL*: dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm>, Acesso: 26 fev. 2018.

BRASIL, Câmara dos deputados: Proposta de Emenda à Constituição 287/2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881>. Acessado em 04 fev 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Solenidade para assinatura de protocolo de intenções entre STF e Câmara dos Deputados marca os 29 anos da CF/88* Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358194>, acessado em 04 fev. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Tribunal Pleno - meio eletrônico. Recorrentes: ESTADO DE SERGIPE e INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE SERGIPE – SERGIPEPREVIDÊNCIA. Recorrida: ANA LUIZA BARRETO PINHEIRO. Relator(a): Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 9 dez, 2015. Disponível em: <

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+797905%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+797905%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/m52z5zs>>. Acesso em 04 abr 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *O STF e os 25 Anos da Constituição*, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=250119>, acessado em 25 mar. 2018.

VON BULLOW, Oskar. *La teoria de las excepciones procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtshein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dureuti Constitucional e a teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira., SARLET, Ingo Wolfgang & STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

da SILVA, Christine Oliveira Peter. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 63-88, 2015.

DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo: Direito Processual Constitucional*. Curitiba: JURUÁ, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

- HABERMAS Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social como Direito Fundamental*. Revista Impetus, 2010.
- IHERING, Rudolf von. *A evolução do direito (Zweck im Recht)*. Salvador: Progresso, 1953.
- JUNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KOZICKI, Katya., & BARBOZA Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia*. Sequencia; V. 29 n. 56, 151-176, 2008.
- KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de Precedentes e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- LACOMBE, Cláudio. O Judiciário na atual estrutura constitucional. em SADEK, Maria Tereza., *O judiciário em debate* (pp. 44-47). Rio de Janeiro/RJ: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.
- LEIRIA, Maria Lucia Luz Icon. *Jurisdição Constitucional e Democracia: uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle difuso de constitucionalidade*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2009.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOCKE, John. *Two treatise of government*. USA. Norwalk, CT: Easton Press, 1991
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitution*. Barcelona: Ariel, 1979.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Os precedentes na dimensão da segurança jurídica: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Revista Jurídica, 25-42, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedente: recompreensão do sistema processual da Curte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *As teorias de ação e a posição do novo CPC: Primeiros apontamentos para uma concepção adequada ao Estado Constitucional e à realidade normativa brasileira*. em., *Curso de Direito de Processo Civil*. Vol I, Teoria do Processo Civil (pp. 192-215). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público*. Revista Jurídica da Presidência, 2-12, 2000.

- MASSON, Nathalia; FARAGE, Bruno, GOMES, Luiz Flavio. *Direito Constitucional* V. 14. Niterói: Imputus, 2012.
- MEDEIROS, F. J. *Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional*. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 178, 195-205, 2008.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil*. Universitas Jus, 41-53, 2015.
- MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira., & BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na américa latina e seus impactos nos princípios de seguridade social*. Trad. Secretaria de Políticas de Previdência Social. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Bréde. *Dos Espíritos das Leis* Vol.I, Livro XI, cap. III,. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional* 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NUNES, Jorge Amaury. (Acesso em 14 de março de 2018.). *Segurança Jurídica. Revista dos Estudantes de Direito Da UnB*, disponível em meio digital em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6aedicao/seguranca>.
- PEREIRA, Micheli. (2009). *Atuação Do Poder Judiciário Na Defesa Dos Direitos Fundamentais: Uma Tensão Entre Constitucionalismo e Democracia*. Direitos Fundamentais e Democracia, Disponível em meio digital: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/55>.
- PIÇARRA, Nuno José Cardoso da Silva. *A separação dos poderes como doutrina e princípios constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1996.
- SAVINGY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen rechts*, V, §§ 2004, 2005;. Berlin: Veit und Comp, 1840-1849.
- SEELEY, John Robert. *Introduction to political science: two series of lectures*. London: Macmillan and CO, 1896.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVEIRA, José Nery. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. em TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *O Judiciário e a Constituição*. (pp. 1-22). São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos: (cheques and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Decisivas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 14ª Ed. revista e ampliada,. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil – arts. 1 – 153*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

VIAMONTE, Carlos Sánchez. *El habeas corpus: garantía de la libertad, Edition, 2*. Pennsylvania: Editorial Perrot, 2010

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIDIGAL, Erick. *Protagonismo Político dos Juízes: Risco ou Oportunidade?: prefácio à magistratura da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WALDRON, Jeremy. *A righth Critique of Constitutional Righths*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 13, Nº 1., 18-51, 1993.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Brazilian Precedents*, informativo eletrônico *Migalhas*, 24 jun 2014 disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, 121-153, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Precedentes Normativos Formalmente: A Mudança Paradigmática do Novo CPC*. Precedentes. Cadernos jurídicos, 31-49, 2014.