ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 29 – março/abril/maio de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-888

A JURISDIÇÃO DO STF NAS OMISSÕES DO PODER PÚBLICO

João Luiz Martins Esteves
Professor da Universidade Estadual de Londrina (UEL, da Pontifícia Universidade Católica (PUC), do Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL), da BB&G Sociedade de Ensino e do Instituto Brasileiro de Administração Pública (IBRAP). Procurador Municipal de Londrina. Ex-Secretário Municipal de Londrina.

1. INTRODUÇÃO

Desde a edição da Lei Federal nº 9.882/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, um interminável debate doutrinário vem sendo travado, a respeito da sua aplicabilidade e alcance.

A lei em comento enuncia que poderá ser proposta a arguição perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, e ainda quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à constituição.

Não é incomum ouvir-se que o instituto padece do mesmo infortúnio a que foram lançadas a ADIn supridora de omissão e o mandado de injunção. Qual seja, a impossibilidade prática de sua aplicabilidade frente a uma usual dogmática jurídica que não possibilita a recepção de institutos democráticos de participação na jurisdição constitucional, ou ainda de efetiva garantia de direitos constitucionais. Frente a este posicionamento, encontramos vozes que, empolgadas com uma nova possibilidade de abertura democrática da jurisdição constitucional, buscam dar completude à interpretação da norma infraconstitucional.

Vários são os aspectos abordados pela doutrina, buscando interpretar o instituto e a lei que o regulamenta. As preocupações passam pela busca de entendimento, compreensão e proposição, sobre o próprio significado do que é "preceito fundamental", "atos do poder político[1]" e ainda sobre "quando é relevante o fundamento da controvérsia". Além dessas questões que buscam interpretar o objeto da ação, outros debates doutrinários são realizados sobre temas que revestem a admissibilidade, os efeitos da decisão e possibilidade de limitação, a caracterização processual do instituto, e possibilidade de participação popular na aplicação do instituto como possibilidade de efetivação democrática da constituição.

Um debate que pretenda realmente contribuir para encontrar meios de, através de um processo de jurisdicionalização constitucional, buscar um entendimento que leve a uma efetiva aplicação da Constituição Federal, rica em princípios e valores e que conhece numerosos direitos fundamentais formulados, não deve ser travado a partir do isolamento dos temas e aspectos assinalados, como se não fizessem parte da totalidade de um único método de controle da constitucionalidade.

O método a que nos referimos, é o de interpretação e aplicação constitucional, o qual sempre derivará do modelo de jurisdição constitucional adotado.

2. MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

É variada e ampla a quantidade de autores nacionais e estrangeiros com relação ao debate produzido acerca da definição e da amplitude e possibilidade e efetivação dos "direitos fundamentais sociais". Também é visível que vem sendo produzido no Brasil um trabalho teórico aprofundado que tem como tema central a efetividade dos direitos fundamentais sociais, o qual denuncia a existência de um apelo da sociedade ao Judiciário para resolução de conflitos sociais e efetivação da sua cidadania. Resta saber se, frente a esse apelo que está chegando ao poder judiciário, está ele preparado para exercer papel mais expressivo e concretizador no controle das políticas públicas.

Para tanto se deve proceder a uma análise que tenha por objeto entender o comportamento do poder judiciário no Brasil quando provocado a agir na concretização da cidadania social que encontra suporte nos direitos fundamentais sociais declarados e garantidos pela Constituição Federal, em especial daqueles que dependem de prestações estatais para sua efetivação. É preciso conhecer o posicionamento já adotado pela jurisdição constitucional brasileira quanto a esses direitos e a perspectivas futuras para a sua efetivação, decifrando se aquela jurisdição profere uma dogmática mais

[1] Cumpre aqui assinalar que, já na primeira proposição do instituto de arguição, o Supremo Tribunal Federal, encontrou óbice quanto ao objeto, por entender que o "veto", no processo legislativo, constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei nº 9.882/99. (ADPF (QO) 1- RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 3-2-2000, *Informativo STF* nº 176, de 1º a 4-2-2000).

restritiva ou ampliativa dos direitos fundamentais e o que entende quanto à aplicabilidade e à justiciabilidade daqueles. Deve-se averiguar se reflete, conforme as definições de Llorente, modelo jurisdicional centrado na lei ou modelo jurisdicional finalista que tem por objetivo imediato a preservação de direitos. Ou ainda se tem a prática de enfrentamento dos problemas constitucionais colocados à sua apreciação ou a de auto restrição das funções jurisdicionais. Lênio Streck, parafraseando Kägi, resume essa necessidade de investigação quanto ao comportamento do poder judiciário em uma frase emblemática: "Diz-me tua posição quanto à jurisdição e eu te direi o que entendes por Constituição" [2].

Rubio de Llorente apresenta a existência de dois grandes modelos (os quais prefiro denominar de sistemas) de jurisdição constitucional: o Europeu e o Estadunidense[3]. O primeiro concentrador da jurisdição constitucional em um tribunal onde o juiz atua como legislador negativo, suprimindo do ordenamento jurídico, leis declaradas inconstitucionais. O segundo, como um controle difuso, em que qualquer membro ou tribunal pode conhecer e declarar a inconstitucionalidade, sem contudo anular ou expulsar a lei do ordenamento jurídico.

Ambos os sistemas, encontram-se contextualizados historicamente, sendo que o modelo difuso (*judicial review*) confunde-se com a própria história de construção do constitucionalismo norte-americano, formado através de decisões que o amoldaram e criaram um método interpretativo e de aplicação. Por sua vez, o modelo concentrado europeu, tem suas raízes na tradição legislativa inglesa de presença da Câmara dos Lordes (Rule of Law) no controle da constitucionalidade.

Llorente depois de apresentar estes sistemas, apresenta outros dois (os denomina de modelos), em que a diferença encontra-se baseada no *telos* específico de cada um[4]: a) o modelo centrado na lei; b) o modelo centrado na defesa dos direitos.

Conforme explicação do juiz espanhol, o modelo centrado na lei, inspirado na construção kelseniana, tem como elemento central o recurso de inconstitucionalidade de lei, portanto de inconstitucionalidade *in abstrato*, e confunde-se com o controle concentrado de constitucionalidade, conforme afirma *El control de constitucionalidade de la ley se confia a un solo Tribunal y la legitimación para acudir ante él se concede sólo a unos pocos órganos*

---

[2] Cf. KÄGI, Werner. *Die Verfassung als rechliche Grundordnung des Saates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht*. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945, p. 147. *Apud* STRECK, Lenio Luiz. Quinze Anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista da AJURIS*/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. v. 30, n. 92, Porto Alegre: AJURIS, 1974, p. 219.

[3] Sobre, ver LLORENTE, Rubio Francisco. Tendencias Actuales de La Jurisdicción Constitucional en Europa in Estudios Sobre Jurisdicción Constitucional. Texto passado pelo professor sem referência à editora e ano.

[4] Cf. ibidem, p. 160.

políticos... [5]

Frente a este modelo, que tem como objetivo uma depuração do ordenamento, Llorente contrapõe um que tem como finalidade imediata a preservação dos direitos, e apenas como secundário o objetivo do outro, reconhecendo que tal modelo como realização clássica do sistema do sistema estadunidense do judicial review.[6]

E, em que pese, ser perfeitamente identificável que o modelo de garantias de direitos desenvolveu-se historicamente no sistema do *judicial review,* e que o modelo centrado na lei fôra delineado na Europa do controle concentrado de constitucionalidade, a separação não deve ser rígida. É possível identificar que a existência de um controle difuso pode albergar, tanto um modelo centrado na lei, quanto um modelo centrado na defesa dos direitos. Ao mesmo tempo é possível identificar que um modelo concentrado, por sua vez, possa abrigar modelos centrados na lei ou modelos centrados na defesa de direitos.

2.1 O sistema brasileiro de jurisdição constitucional

Um grande exemplo desta possibilidade de convivência de sistemas difusos e concentrados é a jurisdição constitucional brasileira[7], a qual adota um misto dos sistemas difuso e concentrado, sendo que a adoção do modelo centrado na lei ou do modelo centrado na defesa dos direitos passa a conviver com um sistema do qual não é originário.

O que precisa ficar identificado, a fim de que seja possível um entendimento dentro da variação adotada no sistema brasileiro de jurisdição constitucional, é se o modelo adotado é de controle da legalidade ou de preservação dos direitos. Sem esta definição, o debate pode cair num proselitismo doutrinário sem limitações que pode levar ao caos da jurisdição, quando não a uma ditadura do Supremo Tribunal que, a vista da fraqueza doutrinária que não satisfaz a necessidade da existência de uma "teoria constitucional brasileira" que leve em conta, fundamentalmente, a construção de uma jurisdição constitucional que de respostas aos anseios democrático-populares, passe ele a ditar o modelo à feição de seus membros, alguns, inclusive, mais preocupados com a funcionalidade do sistema do que com a tarefas atualmente exigidas do Supremo Tribunal pela sociedade.

Estudar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por ser um instituto novo em nosso sistema, nos facilita e auxilia a identificação de qual é o caminho proposto pelo legislador brasileiro na adoção de um modelo de jurisdição constitucional. Podendo ser realizado através de uma comparação com o desenvolvimento do debate e prática desenvolvidos na Europa.

---

[5] Cf. ibidem, p. 161.
[6] Cf. ibidem, p. 164 -165
[7] Cf. ibidem, p. 165. Llorente faz referência aos sistema português, ao referir-se a uma combinação do controle difuso e concentrado em uma mesma jurisdição.

Llorente deixa entrever que, nas tendências atuais de jurisdição constitucional na Europa em realidade, o sistema europeu, de jurisdição concentrada se aproximou em alguns pontos da tradição do judicial review[8].

E demonstra a existência da opção por uma jurisdição constitucional centrada na defesa dos direitos, apresentando como exemplos, o recurso de amparo na Espanha e o recurso de inconstitucionalidade na Alemanha[9].

Alguns autores no Brasil enxergam a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como instrumento similar aos procedimentos utilizados na Espanha e na Alemanha, em vista de serem suscitados em razão de um caso concreto e destinar-se à manutenção da ordem jurídica constitucional[10]. Além disso, são comuns afirmações de que o instituto brasileiro poderia vir a ter a importância do instituto alemão[11].

Comparações deste tipo demonstram claramente a identificação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como instrumento integrante de um modelo que tem por finalidade a assegurar e garantir direitos constitucionais. Mas será que é assim que acontece? A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem por finalidade assegurar e garantir direitos constitucionais? Ou nosso modelo está mais voltado para uma preocupação com a constitucionalidade da lei? Resta ainda a possibilidade de não encaixar-se em nenhum destes.

2.2 Recurso de Constitucionalidade e Recurso de Amparo

Conforme ensinamento de Zeno Veloso, o recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde), mencionado no art. 93, alínea 1, p. 4º da Lei Fundamental *pode ser utilizado, excepcionalmente, por qualquer pessoa que se encontre prejudicada pelo poder público em algum de seus direitos fundamentais ou em algum dos direitos contemplados no art. 20, p. 4º (princípio constitucional do direito de resistência), e nos arts. 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental*[12].

E ao referir-se sobre o recurso de amparo, citando Quecedo, diz que

A impugnação direta das leis não pode ser feita por este recurso. Mas, na sentença de 31.01.1994, o Tribunal Constitucional estabeleceu que, da possível inconstitucionalidade de uma lei, só poderá conhecer o TC, através do recurso de amparo, "cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesion

[8] Cf. ibidem, p. 164-165.
[9] Cf. ibidem, p. 170-171.
[10] SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de precito fundamental in Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99 / Organizadores André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg, p. 88.
[11] Ver, a propósito, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 559.
[12] VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999. 2. ed. ver., atual. e amp. - Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 297.

del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que resulte contrario a la Constitución".[13]

Verifica-se portanto que tanto em como em outro caso, o objeto principal do procedimento é o controle concreto de constitucionalidade.

2.2.1 Recursos de Amparo, de Constitucionalidade e Extraordinário

É característica fundamental do "recurso constitucional" e do "recurso de amparo" o esgotamento de todas as possibilidades de ver protegido o direito constitucional atacado, e particularmente as jurisdicionais ordinárias, o que lhe dá feição "parecida", em que pese a não existência de um controle difuso de constitucionalidade na Europa, com o nosso Recurso Extraordinário, em vista de que na ampla maioria dos casos, ambos os instrumentos (recurso de amparo e reclamação de constituição), são propostos contra uma decisão judicial, o que se retira das afirmações de Llorente ao tratar do Recurso de Amparo:

El recurso se dirige contra el acto al que directamente se imputa la lesión, que en buen número de casos procede de alguma de las Administraciones Públicas y en los restantes, salvo unas pocas excepciones cuantitativamente desdeñables, de un órgano del poder judicial. Pero como incluso en el primer caso la persona lesionada há de haber agotado los recursos disponibiles ante la jurisdicición revisora antes de acudir a ala constitucional, el recursdo de amparo siempre tiene por objeto, directa o indirectamente, una decisión judicial. [14]

Tal situação também se verifica na Alemanha, quando da proposição do recurso constitucional. O que se pode perceber pelas palavras de Zeno Veloso, que citando Theo Ohlinger, diz que recurso constitucional tem sido utilizado, principalmente para atacar, perante o Tribunal Constitucional Federal, decisões judiciais.[15] Cita ainda o art. 90, alínea 2, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão, o qual prevê que o recurso somente pode ser interposto depois de esgotadas todas as vias judiciais, e arremata dizendo que:

Esta "queixa constitucional", então, é subsidiária, pois o Tribunal só a acolherá se o recorrente não conseguiu eliminar a lesão de seu direito fundamental com a utilização de outras ações.

O que os diferencia do Recurso Extraordinário, previsto no artigo 102 da CF, são basicamente dois fatores: a) o recurso brasileiro faz parte do controle difuso da constitucionalidade, sendo que a questão de inconstitucionalidade deve ser previamente arguida incidentalmente, merecendo exame e decisão do juiz ordinário. Exame e decisão estas para o qual fica impossibilitado o juiz

---

[13] Cf. ibidem, p. 298. (Citando Manuel Pulido Quecedo. La ley organica del tribunal constitucional: anotada com jurisprudência. Madri. Civitas, 1995, p. 237.)
[14] LLORENTE, Rubio Francisco. Op. cit. *Tendencias Actuales* . . . p, 167.
[15] VELOSO, Zeno. Op. cit. Controle jurisdicional . . . p. 297. (Fazendo referência a Theo Öhlinger. Verfassungsrecht. Viena, 1997, p. 252,)

ordinário europeu; b) diferentemente dos institutos da Alemanha e da Espanha aqui comentados, o recurso extraordinário não tem por objeto único a defesa de direitos fundamentais, mas sim qualquer descumprimento constitucional.

2.2.2 Recursos de Amparo, de Constitucionalidade e a ADPF.

O que os iguala à da ADPF, prevista no § 1º artigo 102 da CF, são basicamente dois fatores: a) ambos, fazem parte da jurisdição concentrada da constitucionalidade, pois são propostos perante um tribunal constitucional; b) ambos fazem restrições à admissibilidade, seja quanto à matéria, seja pelo caráter de subsidiariedade[16].

Maiores são as diferenças entre os institutos da Alemanha e da Espanha aqui comentados em relação à APDF: a) Os institutos europeus têm definido o objeto, podendo ser propostos basicamente para defesa de direitos fundamentais na análise de casos concretos, ao passo que a APDF, não trás definido o que é preceito fundamental, sendo que existe uma tendência no STF de aplicar para o seu entendimento, uma interpretação restritiva, que leva em conta a manutenção dos direitos e não seu desdobramento[17]. Ou seja, denuncia a tendência de um controle abstrato, que tem por finalidade a manutenção da ordem constitucional e não uma garantia de direitos através da análise do um caso concreto. Ao mesmo tempo, o relevante fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo, o qual, a teor do inciso I do art. 1º, é pressuposto de cabimento da ADPF, também revela o interesse por um controle abstrato da legalidade; b) os institutos da Alemanha de da Espanha, por aterem-se a julgamentos no caso concreto, não possibilitam o limite da decisão por ato discricionário do tribunal, possibilidade esta que se fez prever no art. 11 da Lei nº 9.882/99, permitindo ao Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e o prazo para começar a fluir a eficácia da decisão; c) Soma-se às diferenças apontadas que, nos recursos europeus, aqui comentados, é legitimado para sua proposição, qualquer cidadão, ao passo que a APDF ficou restrita aos legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

2.3 As restrições e limites da ADPF

A lei brasileira preocupou-se basicamente em controlar atos normativos municipais através de um controle concentrado, que pode paralisar processos judiciais, conforme previsto no § 3º do art. 5º, os quais não podiam ser feitos por outros meios de controle concentrado como a ADIN ou ADC.

O que ocorre realmente, com a aplicação do dispositivo, é diametralmente oposto daquilo que assegura o recurso de amparo, o qual

---

[16] Cf. ibidem, p. 305 – 306.

[17] Ver, MENDES, Gilmar Ferrreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro de controle e objeto in Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99 / Organizadores André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg, p. 128 -131. (O autor fazer uma identificação do parâmetro de controle da ADPF, propõe a mesma orientação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal para os chamados princípios sensíveis, às cláusulas pétreas e aos preceitos fundamentais. p.131)

permite a análise de um caso concreto perante o Tribunal Constitucional. Na perspectiva brasileira, a aplicação do § 3º do art. 5º da lei 9.882/99, frustra a possibilidade de jurisdição de garantia de direitos pelo sistema difuso, através de uma investida do controle concentrado que faz subir ao STF uma discussão que se dava em sede *a quo*. Sai da discussão do caso concreto e transforma-se em decisão de controle *in abstrato*.

Até o momento verifica-se uma tendência de interpretação restritiva do Supremo Tribunal Federal, quanto à definição e alcance de preceito fundamental, ao mesmo tempo em que se possibilita a limitação da decisão, dando-se ampla discricionariedade ao STF, permitindo a manipulação dos seus efeitos, que inclusive são vinculantes (§ 3º, art. 10) a todos os órgãos do Poder Público, a partir da apreciação de um caso concreto o que, como dito por Ingo Sarlete constituiu fator de grande insegurança jurídica e institucional[18] e autoriza ao Supremo Tribunal Federal *uma margem de arbítrio sem precedentes e virtualmente sem paralelos no direito constitucional pátrio e comparado*[19], uma vez que, em países como a Áustria e Alemanha, mesmo através de jurisdição abstrata, o sistema possibilidade eficácia *ex nunc* com postergação até um ano no primeiro e, no outro, a incompatibilidade de lei com a constituição, pode gerar declaração sem nulidade, autorizando sua utilização por determinado período de tempo, a título excepcional, até correção ou substituição pelo legislador[20].

O arremate, que afastou mais ainda a APDF dos institutos europeus, foi o veto presidencial ao inciso II do art. 2º, não derrubado pelo congresso na sua apreciação, que impossibilitou a participação democrática de legitimação para a propositura da arguição de descumprimento, restando somente, conforme o art. 6º a possibilidade de participação como *amicus curia*e, inclusive com sustentação oral, por requerimento dos interessados no processo.

Portanto, a ADPF não é uma ação popular direta de garantia concreta, como se pode verificar nos institutos europeus em comento. Ela faz parte de uma investida de verticalização do sistema de jurisdição constitucional brasileiro, a qual pugna por um sistema concentrado de jurisdição e um modelo centrado na lei.

De certa forma, a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões que até então não podiam ser apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade podem ser objeto de exame no âmbito deste procedimento.

Levando em conta o caminho que parece ser procurado pelos europeus, de busca de um sistema mais centrado na garantia dos direitos, com uma maior abertura para análises e decisões em casos concretos, nos parece que o

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos in Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99 / Organizadores André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg, p. 162.
[19] Cf. ibidem, p. 161.
[20] Cf. ibidem, p. 162.

modelo de jurisdição constitucional brasileiro, caminha no sentido inverso, através do abandono de uma tradição de um misto de controle difuso e concentrado, onde a apreciação do caso concreto nos aproxima mais de uma garantia de direitos, para a prevalência de uma jurisdição centrada na lei, através de um controle abstrato onde o Supremo Tribunal Federal passa a adquirir papel central.

Entretanto, a ADPF, pode ainda ser um importante instrumento para efetivação de direitos quando, no controle concentrado, estiverem esgotadas outras possibilidades processuais de enfrentamento das omissões do poder público.

3. A ADPF E O STF NA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO

A Constituição de 1988 deu ao Supremo Tribunal Federal competências originárias e recursais com atribuições judicantes que têm, quase todas, conteúdo de litígio constitucional[21]. Conferiu-lhe principalmente a guarda da Constituição e atuação como última instância do poder judiciário no controle difuso da constitucionalidade e como órgão encarregado do controle concentrado de constitucionalidade, o que o coloca numa situação próxima à de uma Corte Constitucional. É seu principal desafio dar reposta à acentuada judicialização dos conflitos sociais, uma vez que é o órgão principal de todo o sistema judiciário. Conhecer, portanto, a postura do STF, quando exigida a sua manifestação por meio dos atuais mecanismos de jurisdição constitucional, difusa ou concentrada, pelo estudo das suas decisões colegiadas e monocráticas relativas aos direitos fundamentais sociais, apresenta-se necessário a fim de entender se, diante da agenda desses direitos, a jurisdição constitucional brasileira está ou não caminhando para sua concretização.

Nesse caminho, apresenta-se uma pesquisa jurisprudencial, no âmbito do STF, que procurou identificar e selecionar decisões e votos de ministros em que estivessem presentes elementos que identifiquem a existência de pleito judicial por meio de ADPF que envolvessem uma discussão que tenha como objeto a efetivação de direitos fundamentais sociais que demandem prestações ou que demonstrassem contrariedade à efetivação desses mesmos direitos. Nessa pesquisa o marco inicial é o ano de 1996, quando foram protocoladas e julgadas a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1439 e a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 1458-7, ambas versando sobre o descumprimento do estatuído no inciso IV do art. 7º da CF (salário mínimo), as quais são significativas pelo simbolismo de que se traveste o salário mínimo no País, pois o cumprimento do dispositivo constitucional referenciado seria quase[22] suficiente para a solução de efetividade da cidadania social. A partir daquelas ações é possível ver o desfecho da causa na ADPF-4.

---

[21] SILVA, José Afonso da., distingue em três modalidades: 1) jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade; 2) jurisdição constitucional da liberdade; 3) jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15.ed. São Paulo: Malheiros 1998. p. 555 e 556.

[22] É claro que não seria suficiente o estabelecimento de um salário justo se permanecessem altos os

3.1 Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.439-1[23]

Esta Ação teve por objeto o art. 1º e parágrafo único da Medida Provisória nº 1.415/96, pelo qual se reajustou o valor do salário mínimo, conforme exigência do inciso IV do art. 7º da Constituição Federal, que determina ser direito dos trabalhadores um salário mínimo "com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo".

Sob o fundamento de que o valor determinado para o salário mínimo não preservava o poder aquisitivo, por ter sido reajustado com base em índice de reajuste inferior ao da inflação do período compreendido entre a anterior fixação do valor e ao qual se insurgia por meio da Adin, foi feito pedido de medida cautelar para sustar a eficácia de MP e de declaração definitiva de inconstitucionalidade da MP na parte em que reajustou o salário mínimo em desacordo com o contido na Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, acompanhando fundamentação do relator, Ministro Celso de Mello – vencido o Ministro Marco Aurélio – não se conheceu de Ação Direita de Inconstitucionalidade sob o fundamento de que o pedido, fundado embora na tese da inconstitucionalidade por omissão parcial em face do disposto no art. 7º, IV, da CF, visava excluir a norma impugnada do ordenamento jurídico, e não a que o Poder competente fosse cientificado da decisão que declarasse a inconstitucionalidade por omissão, nos termos do art. 103, § 2º, da CF. Verificou-se ainda a impossibilidade da conversão da Adin em Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

3.2 Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.458-7[24]

Buscando atacar a mesma inconstitucionalidade denunciada na Adin nº 1.439-1 mas protocolada 21 dias depois[25], a Adin nº 1.458-7, também sob o fundamento de que o valor determinado para o salário mínimo não preservava o poder aquisitivo por ter sido aquele reajustado com base em índice de reajuste inferior ao da inflação, alegou também, por sua vez, que ocorrera omissão relativa ao não-cumprimento do mandamento constitucional.

índices de desemprego. A não ser por uma política pública que estabelecesse um seguro-desemprego que preservasse a dignidade humana, não bastaria a fixação de um salário mínimo em acordo com as exigências constitucionais, para que se garantisse a cidadania social.

[23] RTJ 185 /3 p.794. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/Rtj.asp, acessado em 17.11.2004.

[24] RTJ 162 /3 p.877. Disponível em http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/Rtj.asp, acessado em 17.11.2004.

[25] A Adin nº 1.439-1 foi proposta no dia 30 de abril de 1996, em conjunto, pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), e Partido Socialista Brasileiro (PSB). A Adin nº 1.458-7 foi proposta no dia 20 de maio de 1996 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

Pediu essa Adin a concessão de medida liminar de declaração de inconstitucionalidade por omissão do Presidente da República e do Congresso Nacional, determinando-se o imediato reajuste do salário mínimo por índice que demonstrasse a variação real do seu poder aquisitivo, com julgamento definitivo confirmando a medida liminar.

O Ministro Celso de Mello, relator no processo, ao analisar o pedido deu conhecimento à ação no entendimento de que a violação ao comando inscrito no artigo 7º, IV, da Carta Política configura hipótese de inconstitucionalidade por omissão parcial. De forma inédita até então, na fundamentação reconheceu-se a imposição constitucional não somente da parte da regra que determina a obrigação de reajuste que preserve o poder aquisitivo, mas também a imposição de que o salário mínimo satisfaça as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família. Como se extrai da ementa:

(...)

Salário Mínimo. Satisfação das necessidades vitais básicas. Garantia de preservação de seu poder aquisitivo.

A cláusula constitucional inscrita no artigo 7º, IV, da Carta Política – para além da proclamação da garantia social do salário mínimo – consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetividade de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo.

O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no artigo 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público – e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) –, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório.

Salário Mínimo. Valor insuficiente. Situação de inconstitucionalidade por omissão parcial.

A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repelido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do poder judiciário (...) "[26]

Mas, por unanimidade de votos, os ministros do Supremo Tribunal indeferiram o pedido de medida liminar seguindo o voto do relator, que não quis ir mais além sob o argumento de ser incabível a concessão de liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão por ser impeditivo alcançar efeitos que não são possíveis na própria decisão final, em que somente é dado ao Tribunal cientificar o poder omisso da existência da omissão e por isso não pode expedir provimentos que visem suprir a inatividade do legislador inadimplente, na forma ditada a seguir:

"(...)

Inconstitucionalidade por omissão. Descabimento de medida cautelar.

[26] Disponível em: www.stf.gov.br, acessado em 17.11.2004.

> *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, rel. Ministro Marco Aurélio; ADIn n. 267-DF, rel. Ministro Celso de Mello), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF.*
>
> *A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do Estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.*
>
> *Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.*

Ao final, foi julgada prejudicada a Adin por falta de aditamento em relação às novas MPs que alteraram o valor do salário mínimo durante o transcurso da ação.

3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 4

O Supremo Tribunal Federal, reiteradamente[27], negou que, mediante Ação Direita de Inconstitucionalidade por ação ou omissão do órgão responsável, fosse possível atuação do poder judiciário para fazer cessar o ato inconstitucional, em que pese o fato de ter reconhecido a inconstitucionalidade referente ao reajuste e ao valor do salário mínimo. Consolidou-se o entendimento, a partir da Adin nº 1.458-7, albergado no disposto no parágrafo 2º do art. 103 da CF, o qual diz que o STF deve dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão e, em se tratando de órgão administrativo, para que o faça em 30 dias.

Em face dessa negativa do Supremo Tribunal Federal, e portanto por não haver outro meio eficaz para sanar a lesividade, na forma preceituada no

[27] As Adins de número 1.830-7, 1.996-1 e 2.162-1, protocoladas respectivamente nos anos de 1998, 1999 e 2000, tiveram pedido similar, variando somente quanto aos atos questionados que anualmente definiram valores para o salário mínimo. Não fora concedida liminar ou foram julgadas prejudicadas as Ações pelos mesmos motivos constantes do fundamento das decisões proferidas na Adin nº 1.458-7.

parágrafo primeiro do art. 4º da Lei 9.882/99, utilizando-se do seu carácter subsidiário, foi protocolada no ano de 2000 uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a qual teve por objeto central a declaração de inconstitucionalidade do salário mínimo decretado nesse mesmo ano[28]. Essa possibilidade de Ação Direita é prevista na Constituição Federal desde 1993, após a edição da Emenda Constitucional nº 3, mas foi regulamentada somente em 1999 por meio da Lei nº 9.882/99, e proposta no ano seguinte a ADPF-4.

Os preceitos fundamentais considerados violados na arguição são os seguintes dispositivos da Constituição Federal:

a) o art. 1º e incisos II, III e IV (fundamentos da República Federativa do Brasil – cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa) e parágrafo único;

b) art. 2º (independência dos poderes);

c) art. 3º (objetivos da República Federativa do Brasil);

d) art. 48 (competências congressuais);

e) art. 68, inciso II (impedimento de delegação no processo legislativo – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais);

f) o próprio inciso IV do art. 7º – conforme se depreende do corpo da petição inicial.

O ato atacado do Presidente da República é o que fixou o valor do salário mínimo por meio de Medida Provisória, em determinado valor (R$ 151, 00 - cento e cinquenta e um reais), e na sequência reeditou a Medida Provisória, mas com valor inferior ao da edição inicial (R$ 120,00 – cento e vinte reais), contrariando os preceitos fundamentais, considerados violados.

Quanto ao pedido, a teor do art. 10 da Lei. 8.882/99, a ADPF visa a que o Supremo Tribunal Federal, declarando inconstitucional o ato normativo ou a lei, “fixe as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.

Somente em 17 de abril de 2002 concluiu-se pela admissibilidade e pelo conhecimento da Arguição, com votos favoráveis dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Ellen Grace e Néri da Silveira; com votos contrários dos Ministros Octavio Galloti, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sidney Sanches e Moreira Alves, por entender, nos termos do voto do Ministro Néri da Silveira que, concordando como o Ministro Celso de Mello, fundamentou

[28] Sobre a motivação de a Ação ver a petição protocolada e disponibilizada no site do www.stf.gov.br, conforme acesso realizado em 17.11.2004.

> *Dessa maneira, considerado o tema do salário mínimo previsto no art. 7º, IV, da Constituição, como um de seus preceitos fundamentais, qual efetivamente o é, por sua natureza e destinação enquanto direito social com imediata relação aos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, ut art. 1º, II, III e IV, da Constituição (a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho), é fora de dúvida que, se procedente a ação no caso concreto, a Corte fixará a exata exegese, e compreensão da regra do inciso IV do art. 7º, da Lei Maior, o que há, então de ser cumprido pelas autoridades competentes à decretação do salário mínimo.*
>
> *Do exame do ato normativo tido como lesivo ao preceito fundamental afirmará o descumprimento, ou não, pela autoridade que fixou, estabelecendo os exatos parâmetros a serem seguidos, conforme a vontade da Constituição, interpretada pela Corte Suprema, na função de guarda e seu exegeta maior.*[29]

Parecia que finalmente o Supremo Tribunal Federal adotaria uma postura comprometida com a solução efetiva de litígios que demandam uma maior atuação do judiciário na omissão do poder público quando se trata de direitos fundamentais sociais. O que se exigia não era a fixação do valor do salário mínimo mais sim a forma de intepretação e aplicação do dispositivo constitucional que garantia o direito ao salário mínimo nos termos ali encartados no texto constitucional. Mas não foi assim que aconteceu. O Supremo, mesmo com uma possibilidade jurídico processual que lhe deu esta condição, preferiu mais uma vez auto restringir-se.

Passados seis anos da propositura da Ação – e engavetado por mais de quatro anos, a ADPF-4 nos termos do voto da relatora, Ministra Ellen Grace, agora já presidente do Supremo Tribunal Federal, fora julgada prejudicada a ação por perda do objeto, uma vez que, após convertida em lei, a medida provisória que fixara o salário mínimo, inúmeros outros atos legislativos estabeleceram o salário mínimo depois do ano de 2000.[30]

Poderia o STF, ter julgado o processo já em 2000, mas foi melhor deixar que o tempo passasse e a conjuntura política e social se modificasse,

[29] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348433 acessado em 23.04.2011.
[30] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348433 acessado em 23.04.2011.

ajustando as condições para que o Supremo pudesse fazê-lo sem alarde. Demonstrando esta prática, que a jurisdição constitucional brasileira tem um baixo grau de comprometimento no que é relativo à efetivação dos direitos sociais quando é chamada a suprir as lacunas e omissões do poder público.

4. CONCLUSÃO

Nesse caminho, discussões e posicionamentos por um modelo mais centrado na garantia de direitos, devem perceber que a jurisdição brasileira, aponta para a adoção de um modelo de sentido inverso.

Uma possível expectativa de legitimação popular direta e ativa na jurisdição constitucional, que possa ter ocorrido a partir da inserção do § 1 do art. 102 da Constituição Federal, frustrou-se a partir da edição da Lei 9.882/99. Ao tempo que se caminhou para a adoção de um sistema mais concentrado de jurisdição, interferindo diretamente no critério difuso e privilegiando o modelo abstrato de jurisdição, não se realizou o um balanceamento necessário e desejado de uma maior participação democrática na jurisdição constitucional. Deslocou-se a jurisdição para um modelo centrado na lei, alijando-se a possibilidade de participação direta através de uma legitimação ativa investida da tese de ampliação do circulo de interpretes da constituição (Peter Häberle) [31], o que não interferiria na funcionalidade do STF, haja vista o caráter subsidiário da ADPF e portanto sendo instrumento de casos raros[32].

E mesmo quando, utilizada pelos legitimados para sua proposição, a ADPF encontra obstáculos para ser instrumento de efetivação de direitos, particularmente os sociais, uma vez que, neste quesito, o Supremo Tribunal Federal mostra-se refratário e com comportamento de auto restrição mesmo que utilizando subterfúgios que não expressem verbalmente sua contrariedade à tarefa que lhe é imposta, como é o caso apresentado, de "engavetamento" de processo até que venha a perder o objeto.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

[31] Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. P. 15 *("Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma... Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detém eles o monopólio da interpretação da Constituição"*).

[32] No mesmo sentido, VELOSO, Zeno. Op. cit. *Controle jurisdicional* . . . p. 306.

LLORENTE, Rubio Francisco. **Tendencias Actuales de La Jurisdicción Constitucional en Europa, in Estudios Sobre Jurisdicción Constitucional**. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

MENDES, Gilmar Ferrreira. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro de controle e objeto, in: Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99** / Organizadores André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos, in: Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99** / Organizadores André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg.

SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental, in: Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99** / Organizadores André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Quinze Anos de constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista da AJURIS/**Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. v. 30, n. 92, Porto Alegre: AJURIS, 1974.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL -**Informativo STF** nº 176, de 1º a 4-2-2000.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999**. 2. ed. ver., atual. e amp. - Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ESTEVES, João Luiz Martins. A JURISDIÇÃO DO STF NAS OMISSÕES DO PODER PÚBLICO. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 29, março, abril, maio, 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-29-MAIO-2012-JOAO-ESTEVES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado