



O PAPEL ASSUMIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE GARANTIDOR DO EXERCÍCIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE GREVE AOS SERVIDORES PÚBLICOS

CARLOS EDUARDO MUNIZ

Mestrando em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Sindical pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito. Advogado.

Resumo: O presente artigo, ancorado em uma metodologia analítica e na técnica de pesquisa bibliográfica, pretende analisar as decisões judiciais prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção de nº 671/ES, 708/DF e 712/PA, que possuem como objeto o reconhecimento e a supressão da mora do Poder Legislativo em relação à regulamentação do direito de greve do servidor público (artigo 37, VII, da CF/88). Para tanto, promove-se, preliminarmente, um estudo a respeito da evolução do positivismo para o neopositivismo de Hans Kelsen, com a construção das possibilidades de agir ativista do Poder Judiciário, e, posteriormente, das teorias substancialista e procedimentalista de interpretação, argumentação e decisão jurídica, para, ao final, problematizar as decisões judiciais do STF e associá-las à hermenêutica crítica de Lênio Streck.

Palavras-chaves: Positivismo. Neopositivismo lógico. Pós-positivismo. Hermenêutica crítica. Greve dos servidores públicos. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article, based in an analytical methodology and in the technique of bibliographic research, intends to analyze the judicial decisions proposed by the Brazilian Supreme Court in the cases nº 671/ES, 708/DF and 712/PA, which have as object the recognition and suppression of the delay of the Legislative in regulating the civil servant's strike (article 37, VII, da CF/88). To this end, a study is conducted preliminary on the evolution of positivism to Hans Kelsen neopositivism, with the construction of the possibilities of activist action of the Judiciary, and later of the substantialist and proceduralist theories of interpretation, argumentation and legal decision, to, in the end, problematize the

judicial decisions of the Brazilian Supreme Court and associate them with the critical hermeneutics of Lênio Streck.

Keywords: Positivism. Neo-positivism. Post-positivism. Critical hermeneutics. Civil servant's strike. Supreme Court.

Introdução

Promulgada em 1988, a Constituição Federal vigente estabeleceu em seu preâmbulo a clara intenção de instituição de um Estado Democrático de Direito, com vistas à asseguarção do exercício de direitos sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, definindo-os como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Para tanto, já em seu artigo 1º, indicou como fundamento da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Observa-se, pois, da simples análise dos preceitos constitucionais, a premente preocupação estatal em promover a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, na tentativa de reduzir as desigualdades sociais e de tutelar os direitos sociais.

Contudo, não obstante a constituição destes objetivos como fundamentais da República Federativa do Brasil¹ e a imposição ao Estado de prestações positivas para a efetiva consecução, o que se viu, após a promulgação da Carta Magna, em especial no plano da valoração social do trabalho e da preservação da dignidade da pessoa humana, foram atitudes omissivas do Estado, através dos Poderes Legislativo e Executivo.

Pautada na teoria da separação dos poderes, de Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu, a Constituição Federal de 1988 definiu, em seu artigo 2º, como Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, determinando a independência e harmonia entre eles, e impedindo a deliberação de emendas tendentes a abolir essa separação de poderes (artigo 60, §4º, III, da CF/88).

¹ Art. 3º, da CF /88. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Essa teoria, ao afirmar a distinção entre os três poderes, impôs a eles atividades específicas e, por conseguinte, limitações mútuas, sendo que, precipuamente, ao Legislativo, coube a função de produzir leis e fiscalizá-las; ao Judiciário, a de dizer e interpretar o direito; e, ao Executivo, a atividade administrativa estatal.

Nada obstante, por possuir tanto normas de eficácia plena, como normas de eficácia contida e limitada, como bem define o jurista José Afonso da Silva², a Constituição Federal de 1988, por vezes – *quando envolve normas de eficácia contida e limitada* –, não é autoexecutável, necessitando da atuação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo para que as diretrizes constitucionais sejam efetivamente cumpridas.

Nesse cenário, especialmente no âmbito dos direitos sociais trabalhistas, como dito, a existência destas normas não-autoexecutáveis e a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo impôs a existência de direitos previstos constitucionalmente que não podem ser usufruídos.

Situa-se, sob esse enfoque, como norma de eficácia contida, o direito de greve na iniciativa privada, o qual, embora se encontre previsto de forma plena pelo artigo 9º, *caput*, da CF/88, de modo que desde a promulgação deste diploma já pôde ser exercido, pode ter a sua eficácia restringida, ante a sujeição a possíveis limitações, em razão da previsão do §1º:

Artigo 9º, da CF/88. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

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

Posteriormente à promulgação da Carta Magna em 1988 e, como consequência, do seu artigo 9º, de fato, em 28/06/1989, editou-se a Lei da Greve (Lei nº 7.783/1989), com o fito de dispor sobre o exercício do direito de greve, definindo as atividades essenciais e regulando o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, como o §1º, do artigo 9º, previa.

O problema maior, no entanto, não figura nestas normas de eficácia contida, tampouco nas de eficácia plena, que sempre permitiram a atuação do Poder Judiciário sem ultrapassar as suas limitações; a dificuldade encontrada, ao menos no plano constitucional³,

² De acordo com Silva (1998, pág. 81), “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia”, sendo que todas elas irradiam efeitos jurídicos. Todavia, “a eficácia de determinadas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica executória, prevista ou requerida”.

³ Destaca-se a dificuldade “no plano constitucional”, posto que ela não se limita às normas constitucionais, havendo, também, questões infraconstitucionais, de necessária regulamentação, que não foram objeto de apreciação pelos Poderes Legislativo ou Executivo.

engendrou-se nas normas de eficácia limitada, as quais, embora previstas na Carta Magna, dependem – ou dependiam – de regulamentação para produzirem todos os seus efeitos.

Um exemplo de norma constitucional, com enfoque trabalhista, de eficácia limitada é o artigo 37, inciso VII, que trata do direito de greve dos servidores públicos, *in litteris*:

Artigo 37, da CF/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

A leitura do sobredito artigo permite a percepção de que a Constituição Federal outorgou aos servidores públicos, assim como à iniciativa privada, o direito de greve, porém, no presente caso, vinculou o exercício deste direito à necessária edição de uma lei que o regulamentasse, de forma que, enquanto não editada essa norma – *o que ainda não fora feito* – não haveria possibilidade de fruição do direito.

A conduta do Poder Judiciário frente a estas omissões constitucionais e legislativas nem sempre foi a mesma, eis que, por tempos, não existiam condições e fatores que pudessem permitir quaisquer ações judiciais.

Nesse sentido, esta pesquisa objetiva analisar a evolução da atividade jurídica interpretativa, perpassando pelas noções de positivismo, de neopositivismo e de pós-positivismo, com o fito de identificar a construção das possibilidades do agir ativista do magistrado, para, ao final, problematizar a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da greve dos servidores públicos, associando-a a hermenêutica crítica, com base no referencial teórico de Lênio Streck.

1. Evolução do positivismo para o neopositivismo de Hans Kelsen e a construção das possibilidades do agir ativista do magistrado

Como preceitua Simioni (2017, pág. 221), antigamente, nos tempos do positivismo clássico do século XIX, nos moldes definidos pela Escola da Exegese, a atividade interpretativa dos juristas limitava-se a uma explicitação do significado dos textos legais, segundo uma análise sintática, descontextualizada do mundo prático, e a posterior aplicação do texto legal procurava tão somente analisar “a relação da subsunção entre um fato concreto e o fato abstrato previsto no texto jurídico”.

Nessa concepção, a atuação do juiz era absolutamente limitada, figurando, o magistrado, como uma simples “boca da lei”, como definiu o filósofo já citado Montesquieu, em sua obra “*O Espírito das Leis*”⁴.

Com efeito, os juristas do século XIX acreditavam que, “com base no texto legal, a interpretação jurídica poderia ser controlada, poderia ser objetiva, certa”, não existindo espaços para discussões caso o texto fosse claro, devendo apenas ser aplicado (SIMIONI, 2015, p. 141).

Tais ideias foram enfrentadas e colocadas em xeque por outras concepções metodológicas de interpretação jurídica, como a Escola Histórica do Direito⁵, o Movimento do Direito Livre⁶ e a Jurisprudência dos Interesses⁷. Todavia, foi apenas com o neopositivismo lógico de Hans Kelsen que a “interpretação jurídica conquistou o seu mais alto grau de consciência da sua própria impossibilidade” (SIMIONI, 2015, p. 142).

Hans Kelsen, ao definir o Direito como resultado de uma interpretação jurídica criativa e construtiva, afirmou que “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm [...] igual valor”, desde que inseridas dentro de uma moldura, não existindo nenhum método que possa impor a preferência de um ponto de vista sobre o outro (KELSEN, 1999, p. 247-247).

Nesse sentido, a definição da interpretação que deverá prevalecer no caso concreto será a escolha discricionária do órgão jurídico que possui a competência para tanto,

⁴ De acordo com Montesquieu (2000, p. 175), “os juízes de uma nação são apenas [...] a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.

⁵ Para além da concepção legalista do direito preconizada pela Escola da Exegese, para a qual, como dito, o Direito se resumia a elementos sintáticos da lei escrita, a Escola Histórica do Direito, como esclarecido por Simioni (2014, p. 77), “teve o mérito de pensar uma metodologia científica prática para a interpretação jurídica”, adotando métodos gramaticais, lógicos, históricos, sistemáticos e teleológicos para tanto. Todavia, não conseguiu cumprir com os próprios ideais lançados, pois, “ao invés de compreender o direito como um acontecimento histórico, ela acabou por dogmatizar uma história do direito” (SIMIONI, 2014, p. 77).

⁶ Originando-se o Movimento do Direito Livre a partir do “repúdio ao formalismo da lógica de dedução da resposta correta do direito tão somente do texto legal” (SIMIONI, 2014, p. 92), para esta escola, não era a lei, mas, sim, a decisão jurídica que deveria constituir o Direito, e “essa decisão, ao contrário de proceder à mera aplicação da lei escrita, era realizada mediante a introdução de critérios normativos extralegais, notadamente a consciência subjetiva do juiz” (SIMIONI, 2014, p. 80), que *decidia conforme a sua consciência*; o que, segundo Rafael Lazzarotto Simioni (2014, p. 93-94) era um exagero, na medida em pregava uma razão puramente prática – material – desassociada de uma razão teórica – formal.

⁷ Tendo a mesma intenção da Escola Histórica do Direito – mais razão prática e menos razão teórica –, a Jurisprudência dos Interesses tinha como ideal o abandono de “estilos de compreensão do direito por meio de uma mera realização exegética dos seus textos legais escritos, ou através da análise estritamente teórica de conceitos purificados da realidade social”, propugnando, no lugar deste estilo abandonado, uma compreensão do direito na sua função prática de orientação de condutas com bases em interesses legítimos e ilegítimos (SIMIONI, 2014, p. 99). Não havia, contudo, ao contrário do Movimento do Direito Livre, uma completa desconsideração da lei escrita, mas, sim, uma análise dos textos legais voltada para o atendimento das finalidades do direito e da realidade da sociedade (SIMIONI, 2014, p. 100).

isto é, a sua interpretação autêntica, baseada em normas de moral, de justiça, em valores sociais, em interesses do Estado, etc. (KELSEN, 1999, p. 249).

A partir dessa nova perspectiva, como bem destaca Parizi (2015, pág. 839), o Poder Judiciário, antes engessado pela frieza sintática de textos legais, tornou-se independente, ganhando inegável papel político no desempenho de suas atividades.

Fez-se, assim, o surgimento da figura de um novo magistrado, mais proativo, “responsável pela tutela dos valores constitucionais e sua efetivação”, especialmente diante da inércia dos legitimados para tanto. Contudo, em contrapartida à possível efetivação dos direitos fundamentais sociais, esta atuação criativa do magistrado trouxe severas discussões acerca da “legitimidade para interferir no planejamento político” (PARIZI, 2015, p. 839).

A rigor, como bem aponta Simioni (2015, p. 142), “Hans Kelsen joga um balde de água gelada sobre a pretensão dos juristas de conquistar, via metodologia, a tão sonhada segurança do direito”, desmontando a esperança de se garantir a certeza e a previsibilidade da interpretação jurídica.

Como consequência desta inexistência de certeza, de previsibilidade e de legitimidade dos magistrados surgiram problemas de arbítrio, de discricionariedade e de subjetividade, motivando, assim, a construção de inúmeros métodos e concepções que buscaram superar o positivismo do século XIX e o neopositivismo de Hans Kelsen.

Sobre os principais – ou mais conhecidos –, Simioni resume:

Depois da Teoria Pura do Direito, as teorias da argumentação jurídica conquistaram uma importância central para a prática das decisões jurídicas. Não só a tópica retórica foi resgatada e atualizada na década de 50 (Viehweg, Perelman), como também logo surgiram concepções substancialista (Hart, Raz, Dworkin, Castanheira Neves, Muller) e procedimentalista (Alexy, Gunther, Habermas), todas elas procurando justificar modos de lidar com essas complicadas relações entre direito e sociedade na prática das decisões jurídicas e inaugurando, desse modo, aquilo que hoje se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico (SIMIONI, 2014, p. 229).

Reunidos sob o *slogan* do pós-positivismo jurídico, todos esses discursos sobre interpretação e decisão jurídica que objetivaram resgatar a legitimidade material e a segurança formal das decisões jurídicas, apresentaram “*scripts* teóricos, esquemas metodológicos, regras procedimentais, fundamentos substanciais e vários recursos conceituais para guiar a compreensão, segundo elas, mais adequada de interpretação, argumentação e decisão jurídica” (SIMIONI, 2017, p. 223).

Como visto, são inúmeros discursos distintos que, embora possuam o mesmo fim –*mediação entre segurança formal e legitimidade material* – cada uma apresenta o seu método, hermenêutica, pressuposto e objetivo, conforme será analisado no capítulo seguinte.

2. As teorias substancialista e procedimentalista de interpretação, argumentação e decisão jurídica

Duas das grandes perspectivas existentes que, embora normalmente vistas como conflituosas, possuem o mesmo fim – *mediação ente segurança formal e legitimidade material* – são as teorias substancialista e procedimentalista, as quais serão abordadas, de forma singela, neste presente capítulo.

Como bem pontua Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2010, p. 95), a ideia fundamental consolidada em todo paradigma procedimentalista é a de que em um contexto de pós-modernidade, marcado por uma complexa diversificação e fragmentação social, o direito e democracia “não podem ou devem se fiar em uma concepção substancial”, a fim de se estabelecer resultados e postular uma “materialidade irrecusável de origem naturalista ou suprapositiva, uma axiologia apriorística”.

Ao contrário.

O direito e a democracia, nos moldes da teoria procedimentalista, devem “se ocupar dos processos de discussão pública, de formas dialógicas, dos meios e não dos fins, dos mecanismos de debate e não do conteúdo ou do consenso” (OLIVEIRA, 2010, p. 95), que, dentro desta concepção, nem mesmo é certo de ser atingido.

Uma das maiores referências do procedimentalismo – senão, a maior – se trata do jusfilósofo alemão Jürgen Habermas, que propõe, em síntese, a substituição de uma razão monológica (prática), construída por um indivíduo solipsista, por uma razão dialógica (comunicativa), edificada pela sociedade, como forma de superar a razão centrada no sujeito pela razão centrada no procedimento.

Isto é, a intenção habermasiana é a substituição da subjetividade pela intersubjetividade, promovendo, assim, a obtenção de uma racionalidade não através de um ato singular, mas, sim, a partir do cumprimento do procedimento deliberativo:

A respeito do tema, Oliveira pontua:

A racionalidade advém do cumprimento do procedimento deliberativo, sob certos requisitos, as *condições do discurso*, que confessa o autor, são contrafáticas, isto é, são *idealizações inevitáveis, transcendentemente possibilitadoras do agir comunicativo*, são pressupostos performáticos de um processo imaginado. São *pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual*, indispensáveis aos *atos de fala*, à *teoria do discurso*: o emprego de enunciados linguísticos com significados idênticos; uma *interpretação correta da situação e da descrição adequada do problema que se tem pela frente*; oportunidades iguais de manifestação a todos os interessados ou atingidos pela decisão, isto é, as mesmas chances de alegar e

contraditar os participantes devem atuar honestamente, sem querer ludibriar, sem distorcer fatos ou ideias, *exclusão de enganos ou ilusões*; os sujeitos devem ser capazes de justificar as assertivas de modo lógico; ademais, devem crer nelas, ou seja, ter a pretensão de que o que afirmam é veraz, de que são proprietários do melhor argumento; o agente não pode fazer uma argumentação contraditória em si mesma, cair em contradição, contrariar as suas próprias assertivas; a liberdade dos atores, os quais não podem sofrer coações, violências, ter a sua autonomia cerceada. (OLIVEIRA, 2010, p. 98)

A teoria do agir comunicativo, conforme preconizada pela perspectiva da chamada razão comunicativa, objetiva, portanto, a assimilação da tensão existente entre facticidade e validade, o que se dá, como apontado por Habermas, a partir do direito positivo, que age “amortizando instabilidades de uma socialização fracionada ou integrando indivíduos socializados comunicativamente”, responsabilizando-se pela coordenação dos processos de diálogo (OLIVEIRA, 2010, p. 101).

Ao direito positivo, portanto, para o jurista tedesco e para a teoria procedimental, não cabe o estabelecimento de códigos morais materiais, mas tão somente a garantia da oportunidade e da realização dos procedimentos racionais de diálogo social.

Isto porque, segundo Jürgen Habermas (1997, volume I, p. 50), “a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa”, isto é, ela é auferida em função do procedimento comunicativo, eis que, ao cabo, o que conta é o fato de as regras terem surgido num processo legislativo racional.

Em outras palavras, “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos⁸ os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva” (HABERMAS, 1997, volume I, p. 145).

Não há, portanto, segundo Habermas, a “verdade”; o que se verificado, ao revés, é a disposição por formalizar um consenso a respeito da verdade, de modo que a legitimidade da materialidade deriva da legitimidade dos processos

Opõe-se, assim, o professor alemão, baluarte da teoria procedimentalista, à visão da Constituição como uma fonte, como se já trouxesse em si uma materialidade, refutando, dessa maneira, a ideia de Constituição como uma normatividade que imponha diretivas contedísticas a serem seguidas à exclusão de outras concorrentes, com clara opção a uma vertente ideológica ou com um vasto catálogo de direitos fundamentais, sociais e de estruturação estatal (OLIVEIRA, 2010, p. 108).

⁸ Exatamente nesse diapasão se extrai o denominado *princípio da ética do discurso* (ou *princípio D*), o qual, com uma orientação formal, e não material, propõe que as únicas normas que podem ser consideradas válidas são as “normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetadas” (HABERMAS, 1997, volume II, p. 321).

Como consequência de todas essas premissas, Jürgen Habermas preconiza que o Tribunal Constitucional, no seu exercício, deve se conter em garantir os procedimentos democráticos, abstendo-se de pronunciar conteúdos, uma vez que, conforme o consagrado princípio da separação de poderes, a criação de direito e o controle de constitucionalidade devem ficar reservados ao legislador democrático (HABERMAS, 1997, volume I, p. 314), haja vista o processo legislativo ser mais propenso ao debate social democrático, possuindo maiores condições de gerar um consenso social.

Em contrário senso à teoria procedimentalista, figura a teoria substancialista (ou material), que possui como um dos maiores balizadores o professor Ronald Dworkin.

Com efeito, Ronald Dworkin preconiza que o Poder Judiciário está legitimado não só para preservar o procedimento democrático de discussão, mas, também, para, “em uma postura ativista, emitir julgamentos substantivos, mesmo que em causas polêmicas ou complexas” (OLIVEIRA, 2010, p. 124).

Isto é, segundo Dworkin, o próprio sistema jurídico exige uma postura ativista dos juízes, na medida em que a legitimidade de uma norma pode depender de questões de moralidade política, hábeis a serem pronunciadas e resolvidas pelo Poder Judiciário, e não apenas através do consenso social⁹.

Não se advoga, contudo, com a defesa da função contramajoritária do Poder Judiciário, na prevalência de subjetivismos, de arbitrariedades ou de discricionariedade. Ao contrário. Ronald Dworkin se põe, veementemente, contrário a tais questões, ao defender que a postura ativista dos juízes deve sempre se pautar em balizas, não podendo, o juiz, julgar livremente sem parâmetros jurídicos.

E, com o fito de evidenciar tal defesa, Ronald Dworkin propõe a diferenciação entre casos fáceis e casos difíceis, afirmando que embora nos primeiros – *easy cases* – não existem controvérsias, na medida em que o raciocínio e a formação das decisões são exatos, objetivos, nos chamados *hard cases*, a cognição apresenta incertezas e inúmeros obstáculos intelectivos.

De acordo com Dworkin (2002, Introdução, XVI), os casos difíceis ocorrem “quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma

⁹ De acordo com Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2010, p. 125), Dworkin ensina que levar os direitos a sério significa compreender e concordar com a compreensão “de que existem direitos para mais da legislação, contra o próprio ordenamento positivo ou o Estado, além da convenção social ou contra ela”, isto é, significa entender que o ordenamento jurídico e as convenções sociais não são as únicas fontes de direito e de dever, sendo plenamente possível que os juízes decidam de determinada maneira, “muito embora não haja legislação, *social rule*, moral convencional, a impor tal comportamento”.

decisão em favor de uma ou outra parte”, ou seja, quando se demanda “um direito que não é nítido ou sobre o qual a lei é omissa” (DWORKIN, 2002, p. 49).

Nessas hipóteses, nada obstante a ausência de regras disciplinando integralmente a situação, os princípios possuem função importante para orientar as decisões judiciais (DWORKIN, Introdução, XIX-XX).

Conforme esclarece Oliveira (2010, p. 123), nos casos difíceis, os juízes estão autorizados a criar novas regras, devendo, para tanto, fincar-se em um ou mais princípios, de modo que a criação é relativa, pois se vincula aos princípios – ou, por outros termos, “o magistrado pode criar a regra do caso concreto”.

Destarte, é por meio dos princípios de moralidade política que se conclui a respeito da justiça ou injustiça de determinada hipótese, não importando a autoridade da qual emana o juízo – se legislativa ou jurisdicional –, tampouco a existência de um consenso social; o que importa, para Dworkin e para os defensores da teoria substancialista, portanto, é a qualidade em si do que está em questão.

Interligando todos os pontos ressaltados acima, Ronald Dworkin apresenta a *tese da única resposta correta*, que se constitui como uma chave para a compreensão de sua teoria.

Com tal tese, Dworkin afirma que, na grande maioria das vezes, quiçá em todas¹⁰, existe apenas uma única resposta certa para cada problema complexo de direito e moralidade política (DWORKIN, 2002, p. 429). Por conseguinte, a partir de tal sentença, conclui-se que inexistente a possibilidade de escolha entre eventuais respostas certas, eis que há apenas uma, não havendo, portanto, espaço para discricionariedade.

Sob esse enfoque, a tarefa do juiz nos *hard cases* não será inventar os direitos das partes interessadas, mas descobri-las (DWORKIN, 2002, p. 430), e a sua descoberta, como já adiantado, não se trata de um fator de consenso ou de procedimento democrático, mas de materialidade, de conteúdo, de substância, isto é, “ainda que todos discordem do acerto de uma solução, pode ser que ela seja a resposta correta” (OLIVEIRA, 2010, p. 128).

Reconhecendo que a tarefa de descobrir a única resposta correta é uma tarefa hercúlea, Dworkin denomina o juiz embebido de tal incumbência como *Hércules*, que é um indivíduo que possui habilidades sobre-humanas e capacidades de preparar uma teoria política, rica em detalhes, com a qual poderia enfrentar casos difíceis específicos (DWORKIN, 2002, p. 549).

¹⁰ Ronald Dworkin não elimina por completo a possibilidade de não existir uma *resposta certa* ou de existir mais de uma. Todavia, afirma que esta possibilidade é, praticamente, inexistente, em especial, em sistemas jurídicos bem estruturados e desenvolvidos (DWORKIN, 2002, p. 509).

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo. (DWORKIN, 2002, p. 165).

Tal figura, no entanto, trata-se, por óbvio, de uma idealização.

Na verdade, “a teoria da decisão de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto de comunidade”, mas, sim, identifica-se com a moralidade política que as próprias leis e instituições da comunidade pressupõem, formadas ao longo da história pelo diálogo social e pela tradição (DWORKIN, 2002, p. 197-198).

Ou seja, os juízes, segundo Ronald Dworkin, conforme esclarecido por Larissa Pinha de Oliveira e Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2011, p. 24), não são monológicos, discricionaristas ou tidos como baluartes da moralidade, eles são, ao revés, intérpretes constringidos hermeneuticamente que não possuem liberdade para criar ou assujeitar o objeto analisado, mas apenas reconstruí-lo.

Torna-se evidente, a partir de análise perfunctória apresentada acima sobre as teorias procedimentalista e substancialista, a constatação de que, embora elas possuam diferenças¹¹, convergem em um mesmo ponto: elas são contrafáticas; enquanto Jürgen Habermas idealiza o procedimento do *agir comunicativo*, Ronald Dworkin idealiza o *Juiz Hércules* (OLIVEIRA, 2010, p. 136).

Nada obstante, exatamente em decorrência das dimensões idealistas de cada uma das teorias, elas não são se abatem pela inexistência de conferência com o empirismo, possuindo, na verdade, uma abordagem mais teórica do que empírica, de modo que não possuem fronteiras para a sua aplicabilidade, a ponto de ser possível a extensão de ambas em solo brasileiro, conforme será verificado no capítulo seguinte, que promoverá a análise da

¹¹ Ainda de acordo com Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2010, p. 152), a diferença fulcral entre as teorias procedimentalista e substancialista seria, portanto, que, enquanto esta averba a existência de um consistente consenso material na sociedade, que pode ser conhecido e declarado, aquela assevera a inexistência de um acordo, apostando num forte dissenso substancial, ante a pluralidade cultural da sociedade contemporânea, representada.

forma com que o Supremo Tribunal Federal atuou no caso específico da greve dos servidores públicos, apontando se a decisão amolda-se à concepção substancialista ou procedimentalista.

3. A forma de atuação da corte constitucional brasileira no caso específico da greve dos servidores públicos

Assim como em todos os demais ramos jurídicos, na seara do direito juslaboral também se observou a conversão do potencial de ação do juiz em efetiva ação em diversos aspectos, sejam eles judiciais ou extrajudiciais. No entanto, alguns casos ganharam grandes contornos, a exemplo da própria greve dos servidores públicos.

Consoante narrado na introdução do presente artigo, o direito fundamental à greve dos servidores públicos estaria, desde 1988, quando da promulgação da Constituição Federal, até a corrente data, subordinado à edição de legislação específica.

Nesse sentido, por tempos, pautado na ideia de preservação da divisão funcional dos poderes, a posição do Supremo Tribunal Federal, quando provocado quanto ao exercício de uma competência normativa, orientou-se num respeito à figura do legislador, eximindo-se de enfrentar matérias que julgava de competência de outro poder e se amoldando, assim, à teoria procedimentalista (guardadas as devidas proporções, em especial com a teoria habermasiana).

Tal perspectiva levou, inclusive, como apontado por Gonçalves (2008, p. 211), ao esvaziamento da eficácia do instrumento denominado mandado de injunção (artigo 5º, LXXI, da CF/88¹²), de acordo com o julgamento do MI nº 608/RJ¹³, na medida em que o Excelso STF entendia que a natureza jurídica da decisão do referido instrumento era mandamental, hábil apenas a declarar eventual estado de mora do Poder Legislativo e não a suprir omissões do legislador.

Esse posicionamento, contudo, a partir do julgamento dos Mandados de Injunção de nº 670/ES¹⁴, 708/DF¹⁵ e 712/PA¹⁶, todos datados de 25/10/2007, que possuíam como objeto o reconhecimento e a supressão da mora do Poder Legislativo em relação à regulamentação do direito de greve do servidor público (artigo 37, VII, da Constituição

¹² Artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988. [...]. LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

¹³ Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20898/false> >. Acesso em: 01/02/2021.

¹⁴ Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87282/false> >. Acesso em: 01/02/2021.

¹⁵ Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2477/false> >. Acesso em: 01/02/2021.

¹⁶ Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2462/false> >. Acesso em: 01/02/2021.

Federal de 1988), foi modificado, enveredando a Justiça Constitucional brasileira à teoria substancialista.

Com efeito, em razão da absoluta inércia do Poder Legislativo e da necessidade de se assegurar o direito constitucional à greve, o Excelso Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de reconhecer o direito de greve aos servidores públicos e, pela via injuncional, proceder subsidiária e provisoriamente, à regulamentação do modo de exercício do direito, enunciando, assim, o texto normativo que faltava para tornar o exercício do direito viável (RAMOS, 2009, 259).

Isto é, dispondo que restou reconhecido, em diversas oportunidades, a omissão do Congresso Nacional quanto ao dever que lhe incumbe de dar concreção ao preceito constitucional veiculado pelo artigo 37, VII, da CF/88, que exige a edição de ato normativo que integre a sua eficácia, o Supremo Tribunal Federal, nos mandados de injunção descritos acima, diante da mora legislativo, decidiu por suprir a omissão dessa ordem.

Encarando, pois, a greve como arma eficaz à disposição dos trabalhadores na luta por melhores condições de vida, afirmou a fundamentalidade e a autoaplicabilidade deste direito, optando, assim, por remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição Federal, por meio da aplicação, naquilo que couber, da Lei nº 7.783/1989 (Lei de Greve da iniciativa privada), até que venha a ser editada a lei específica de que fala o preceito constitucional.

Observa-se, assim, a prática pelo STF de um ativismo judicial, além de contramajoritário, criativo e promocional (ASSIS, 2011, p. 252), na medida em que a Corte Constitucional formulou a norma regulamentadora que carecia no ordenamento jurídico pátrio para o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Nada obstante a interpretação da Corte Suprema Brasileira ter sido no sentido de garantia da eficácia do direito fundamental de greve, há que se entender que a mudança jurisprudencial faz emergir, ao menos para os defensores da teoria procedimentalista, um aprofundamento da “crise na divisão funcional dos poderes” (ASSIS, 2011, p. 247) com um aumento da participação do STF no debate público a partir da ampliação da sua cognição, cujo contexto aponta para a existência de uma crise paradigmática do Direito em *terrae brasilis*.

4. *A associação da decisão do STF no caso da greve de servidores públicos à hermenêutica crítica de Lênio Streck*

Essa crise, de acordo com Lênio Streck (2003, p. 259), ocorre porque o velho paradigma liberal-individualista-normativista, embora esgotado, não morreu no Estado brasileiro, enquanto o paradigma forjado a partir do Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda não nasceu.

E tal realidade acaba por influenciar, diretamente, no descumprimento das promessas da modernidade e na expressiva parcela de dispositivos constitucionais que não obtiveram até hoje efetivação, como denunciado por Streck:

Há que se detectar os problemas que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da CF/88 não obtivessem, até hoje, efetivação: a prevalência/dominância do paradigma da filosofia da consciência, refratário à guinada lingüístico-hermenêutica, de cunho objetificante (portanto metafísico), que provocou a entificação do ser (sentido) do Direito (e sobretudo da Constituição); a não existência de um Estado Social no país, muito embora o forte intervencionismo do Estado (e do Direito); a prevalência do paradigma liberal de Direito, mormente pela co-existência promíscua de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente; o não estabelecimento de um tribunal constitucional *ad-hoc*; o processo de globalização e das políticas neoliberais, são alguns fatores que obstaculizam a implantação daquilo que aqui denomino de “realização das promessas da modernidade” (STRECK, 2003, p. 260).

A crise paradigmática vivenciada, portanto, ainda de acordo com Streck, perpassa pela incorreta análise do papel do Direito, da Constituição e da justiça constitucional no Estado Democrático de Direito, bem como das condições de possibilidade para a implementação e a concretização dos direitos fundamentais sociais a partir deste *novo* paradigma (STRECK, 2003, p. 260).

A concepção de Estado Democrático de Direito, que foi construída pelo constitucionalismo europeu ocidental pós-Segunda Guerra Mundial, consiste tanto em uma superação qualitativa do conceito constitucional imediatamente prévio, o de Estado Social, como evidencia o anacronismo do velho conceito de Estado Liberal (DELGADO, 2017, p. 22).

Esse paradigma do Estado Democrático de Direito avança, aprofunda e reelabora as conquistas pela fase imediatamente anterior do constitucionalismo, consagrando mudanças quantitativas essenciais, em especial, com a expansão e perpetuação dos direitos humanos, além de alterações qualitativas:

Entre as inovações qualitativas essenciais do novo constitucionalismo encontram-se, ilustrativamente: a consagração da matriz principiológica das novas constituições; a institucionalização da natureza normativa dos princípios jurídicos; a estruturação de um rol de princípios humanísticos e sociais imperativos, todos apontando para a centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica; o

aprofundamento e sofisticação dos mecanismos democráticos da sociedade política e da sociedade civil; a extensão da ideia de Democracia para além do simples campo do Estado e de suas instituições, de maneira a fazê-la presente também no âmbito das instituições da vida social e econômica privada. (DELGADO, 2017, P. 27).

Traduz-se, assim, o Estado Democrático de Direito, nos moldes da hermenêutica crítica de Lênio Streck, na noção indissociada à realização dos direitos fundamentais sociais, e essa acepção, aliada à inefetividade da Constituição, ante a inércia dos Poderes Públicos na efetivação destes direitos, impõe uma redefinição da relação entre os Poderes do Estado, em especial, do Poder Judiciário, que passa a ter possibilidades (e necessidades) de intervir na justiça constitucional.

Esta função intervencionista, contudo, não se associa à judicialização da política e das relações sociais, tampouco à morte da política, mas sim “ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988” (STRECK, 2003, p. 281).

Isto é, de acordo com a hermenêutica crítica, onde os Poderes Executivos e Legislativo falham ou se omitem, cabe ao Poder Judiciário intervir.

Sob esse enfoque, embora estejamos longe de um intervencionismo substancialista, como propugnado por Lênio Streck, em face da inefetividade do direito de greve assegurado constitucionalmente pelo artigo 37, VII, há que se concluir que a postura da assumida pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação dos Mandados de Injunção de nº 670/ES¹⁷, 708/DF¹⁸ e 712/PA¹⁹ associa-se integralmente à hermenêutica crítica.

Conclusão

Diante da inegável preocupação da Constituição Federal de 1988 em instituir um Estado Democrático de Direito e em promover a efetivação de direitos fundamentais sociais, na tentativa de reduzir as desigualdades e de tutelar os referidos direitos, e em razão das atitudes omissivas do Estado, através dos Poderes Legislativo e Executivo, em realizar as necessárias políticas públicas para tanto, é insuperável a conclusão de que, com base na hermenêutica crítica, o Poder Judiciário, frente a tais questões, quando provocado, deve manter uma postura ativa diante da sociedade, como forma de proporcionar a efetividade da Constituição Federal e de seus preceitos.

¹⁷ Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87282/false> >. Acesso em: 01/02/2021.

¹⁸ Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2477/false> >. Acesso em: 01/02/2021.

¹⁹ Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2462/false> >. Acesso em: 01/02/2021.

Isto porque, a hermenêutica crítica propugna que o papel assumido pelo Poder Judiciário de garantidor da Constituição e dos direitos fundamentais sociais nela previstos deve ser analisado dentro do paradigma transformador do Estado Democrático de Direito, a ponto de permitir uma ruptura com a clássica divisão de poderes, eis que, em contextos brasileiros de feição liberal-individualista-normativista, a jurisdição constitucional demonstra ser condição de possibilidade para os direitos sociais.

Sendo assim, há que se concluir pela adequação da decisão judicial prolatada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no caso da greve dos servidores públicos à hermenêutica crítica de Lênio Streck, porquanto a referida decisão judicial, sem colocar fim ao debate constitucional, declarando a premente necessidade de edição de lei específica, estendeu ao serviço público a aplicação da lei de greve da iniciativa privada, como forma de tornar o exercício deste direito constitucional efetivamente viável.

Bibliografia

ASSIS, Luis Fabiano de; FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/pt-br.php> >. Acesso em: 30/01/2021.

DELGADO, Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017* – Maurício Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. – São Paulo : LTr, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* / Ronald Dworkin; tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GONÇALVES, Leonardo de Carvalho Ribeiro. O mandado de injunção e o ativismo do Supremo Tribunal Federal. *In Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 211-222, 2008. Disponível em < <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/80-270-1-pb.pdf> >. Acesso em: 02/02/2021.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I* / Jürgen Habermas; tradução: Flavio Beno Siebenneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II / Jürgen Habermas; tradução: Flavio Beno Siebenneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O Espírito das Leis / Montesquieu ; apresentação Renato Janine Ribeiro ; tradução Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, fevereiro. 2000.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, Backlash e hermenêutica. In Jutis Poiesis, ano 14, n. 14, jan-dez. p. 102-132, 2011.

PARIZI, Kelly Aparecida. O ativismo na justiça do trabalho. 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito. 11 e 12 de dezembro de 2015. Pág. 833-849. Disponível em: < <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1209/553> >. Acesso: 28/01/2021.

RAMOS, Elival da Silva. Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais – 3ª ed, revista, ampliada e atualizada – São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Constitucionalismo e democracia. 2017 : reflexões do programa de pós-graduação em direito da FSM / Rafael Lazzarotto Simioni – São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídica./ Rafael Lazzarotto Simioni./ Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação jurídica e percepção seletiva: a dimensão organizacional da produção de sentido do direito. *In* Revista Brasileira de Direito, 11(1): p. 135-147, jan.-jun. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. *In* Novos Estudos Jurídicos – Volume 8 – Nº 2 – p. 257-301, maio/ago, 2003.

Data da submissão: 13/10/2021

Data da aprovação: 05/07/2022