



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CAMPUS JACAREZINHO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

FÁBIO RICARDO RODRIGUES DOS SANTOS

**O Ativismo Congressual: O Poder Legislativo
Reacionário No Resgate Democrático**

**JACAREZINHO
2016**

FÁBIO RICARDO RODRIGUES DOS SANTOS

O Ativismo Congressual: O Poder Legislativo Reacionário No Resgate Democrático

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade

Orientador: Professor Doutor Renato Bernardi

**JACAREZINHO
2016**

FÁBIO RICARDO RODRIGUES DOS SANTOS

O ATIVISMO CONGRESSUAL: O PODER LEGISLATIVO REACIONÁRIO NO RESGATE DEMOCRÁTICO. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Renato Bernardi
UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Dr. Tiago Cappi Janini
UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso
UNIVEM - Universitário Eurípides de Marília

Jacarezinho, 15 de Julho de 2016

Autorizo a reprodução e divulgação total e parcial desse trabalho, por qualquer meio. convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

RODRIGUES DOS SANTOS, Fábio Ricardo. O Ativismo Congressual: O Poder Legislativo Reacionário No Resgate Democrático/ Fábio Ricardo Rodrigues dos Santos. Jacarezinho (PR): UENP/Campus de Jacarezinho, 2016.

Orientador: Renato Bernardi

Dissertação (Mestrado) –UENP/Campus de Jacarezinho/Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica, 2016.

Referências Bibliográficas: f.

1. Teorias da Justiça. 2. Responsabilidade do Estado. 3. Ativismo Congressual I. Bernardi, Renato. II. Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. III. Título

DEDICO ESTA DISSERTAÇÃO

*A Meu Avô Antônio Alfredo (In Memoriam) Homem De Poucas Letras, Que Com A
Força Da Sua Enxada E Pingos De Seu Suor Semeou Em Minha Vida À Lição De
Bondade E Simplicidade!*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me propiciar a fé que me dá sustento ao dom da vida do jeito que fora planejada à minha pessoa.

Meu profundo agradecimento à Universidade Estadual do Norte do Paraná e a todo Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, por terem me propiciado o acesso ao ensino público de excelência, demonstrando que o ensino público de qualidade é possível, bem como enriquecer de modo grandioso os meus passos na carreira jurídica com uma formação humanista e libertária.

Ao meu dedicado paciente orientador, Professor Dr. Renato Bernardi, por sempre acreditar no meu potencial de evolução e aprendizado, sem pestanejar.

A querida Maria Natalina da Costa, valorosa chefe de Secretaria do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, por todo seu apoio e exemplo de dedicação e amor para com a academia, sendo uma pessoa impar em nossa vida acadêmica.

A todos os meus queridos companheiros da 11ª Turma de Mestrado, que aprendi a admirar esses verdadeiros paladinos da luta pelo direito, tal qual a compreender as divergências e com estes engrandecer meu conhecimento.

Meus companheiros de escritório, Tato pelas discussões sobre minha temática e credulidade em meu potencial, Leninha a companheira fiel e amiga, Adelminho e Neto, pela confiança em minha garra e vontade de vencer.

Aos meus pais João Bosco e Silvia Maria, verdadeiros exemplos de retidão e caráter em minha vida, vocês são meu porto seguro e tudo que sou devo a vocês agradeço o farto carinho, confiança, apoio e compreensão! Sentimentos estes que nessa vida não serei capaz de retribuir, sequer por meio do simples orgulho em seres meus pais.

A Mirella minha irmã, à minha querida sobrinha Maria Eduarda e ao paciente Gerse, meu cunhado, muito obrigado pelo apoio e confiança que sempre foram fontes de minha força e orgulho!

A mais importante homenagem à minha esposa e princesa pimenta Márcia, você promoveu um resgate em minha vida, impulsionando sempre a vitória sobre meus desafios! A você todo meu amor! Juntos seremos grandes! Somente rendo graças à Deus por ter você em minha vida!

“Nada é impossível de mudar. Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo. E examinai, sobretudo, o que parece habitual. Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural, pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural nada deve parecer impossível de mudar.”

Bertolt Brecht

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

RODRIGUES DOS SANTOS, Fábio Ricardo. *O ativismo congressual: o poder legislativo reacionário no resgate democrático*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2016.

RESUMO

A presente pesquisa tem como fomento a análise de um dos temas mais substanciais na seara do Direito Constitucional, especialmente no que tange suas raízes democráticas, ao analisar a separação dos poderes como matiz de atuação dos próprios objetivos Estatais, a evolução da separação dos poderes nas Constituições Brasileiras. A evolução do Estado moderno passando pelo abalo dos Poderes na crise do Estado Liberal, o debate por conta da separação dos Poderes e o limite do protagonismo do Poder Judiciário. Toda a problemática da omissão legislativa, analisando atividade legislativa dos Poderes Executivo e Judiciário, o enfraquecimento do legislativo face ao o ativismo judicial e executivo. A diretriz do presente estudo a análise do assunto perpassa a simples análise do ativismo judicial em detrimento da atividade parlamentar, buscaremos sob o aspecto de a constatação crítica tentar identificar as falibilidades do Poder Legislativo com a constatação como espaço de atuação dos demais poderes, da influência de grupos externos no parlamento como fonte de travamento da evolução legislativa. O modelo democrático atual ainda um tanto frágil, nos propicia analisar o Reacionismo do Poder Legislativo bem como o que é o Ativismo Judicial, sua origem e suas causas, a atuação do Supremo Tribunal Federal na vanguarda dos Direitos Fundamentais e, por fim, a reação do poder legislativo a essa atuação proativa da nossa Corte Constitucional. O Modelo reacionário do legislativo por meio da produção legislativa em que pese as decisões da Suprema Corte, dado o poder constituinte evolutivo, demonstrando que a Suprema Corte não é a última voz da constituição, sendo o caminho por meio dos diálogos constitucionais, onde os poderes constituídos especialmente Poder Legislativo, por meio de uma proatividade pode modificar decisões judiciais, por meio de produção legislativa demonstrando a alteração do quadro fático e jurídico da mudança, sob pena de não o fazer permitir a fossilização da Constituição. A atividade proativa do Poder Legislativo é o que legitima tais alterações, pois este poder por meio do parlamento signatários da manifestação da democracia representativo são os legimitados a dar a palavra final sobre os rumos constitucionais escolhidos pelo povo. Ao final, traça o sintético registro das conclusões obtidas.

Palavras-chave: Democracia; Fragilidade; Omissão; Fragilidade; Poder Legislativo; Ativismo Judicial.

RODRIGUES DOS SANTOS, Fabio Ricardo. *The reactionary legislative power: the legislative activism in democratic rescue*. Dissertation (Master of Juridical Science) - Northern State University of Paraná, Jacarezinho-PR, 201.

ABSTRACT

This research is to promote the analysis of one of the most substantial issues in the harvest of Constitutional Law, especially regarding its democratic roots by analyzing the separation of powers as hue performance of the State own goals, the evolution of separation of powers in Brazilian Constitutions. The evolution of the modern state through the shaking of the powers in the liberal state of crisis, the debate because of the separation of powers and the judiciary role limit. The whole issue of legislative omission, analyzing legislative activity of the executive and judicial branches, the weakening of the legislature over the executive and judicial activism. The policy of the present study the analysis of the subject permeates the simple analysis of judicial activism at the expense of parliamentary activity, we will seek from the aspect of the criticism that try to identify the legislative branch fallibility with the finding as performance space of the other branches, the influence external groups in parliament as locking source of legislative developments. The current democratic model still somewhat fragile, gives us analyze the legislature Reacionismo and what is Judicial Activism, its origin and its causes, the role of the Supreme Court at the forefront of Fundamental Rights and, finally, the reaction the legislature this proactive approach of our Constitutional Court. Reactionary model legislative by legislative production in spite of the decisions of the Supreme Court, given the evolutionary constituent power, demonstrating that the Supreme Court is not the last voice of the constitution, and the way through the constitutional dialogues, where powers made especially legislature, through a proactive can modify judicial decisions through legislative output showing the change of the factual and legal framework of change, under penalty of not to allow fossilization of the Constitution. Proactive activity of the legislature is what legitimizes such changes, because this power by signatories parliament manifestation of representative democracy are the legimitados to give the final word on the constitutional course chosen by the people. Finally, traces the synthetic record of findings.

Keywords: democracy; Fragility; omission; Fragility; Legislative power; Judicial activism.

SUMÁRIO

1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUAS LIMITAÇÕES.....	22
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	22
1.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	25
1.3 A SEPARAÇÃO DO PODER NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	26
1.4 EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO – ESTADO LIBERAL, ESTADO SOCIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	29
1.5 Os FREIOS E CONTRAPESOS NA SEPARAÇÃO DOS PODERES	35
1.6 SEPARAÇÃO DOS PODERES E LIMITES AO PROTAGONISMO JUDICIAL.....	36
2 REGULAÇÃO DA LIBERDADE DE COOPERAÇÃO ENTRE PODERES.....	42
2.1 A PROBLEMÁTICA DA OMISSÃO LEGISLATIVA.....	42
2.2. O ESTADO CONTEMPORÂNEO E OS MECANISMOS DE ATUAÇÃO LEGISLATIVA	43
2.3 ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	52
2.4 ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	55
2.5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, PODER LEGISLATIVO E ATIVISMO JUDICIAL.....	57
2.6 O PAPEL DE AUTORRESTRICÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	60
3 ATIVISMO LEGISLATIVO: A PROATIVIDADE DO PODER LEGISLATIVO	65
3.1 O PODER LEGISLATIVO	65
3.2 CRISE DO PODER LEGISLATIVO – HIPERTROFIA E OMISSÃO.....	67
3.3 REVISÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	72
3.4 REAÇÕES DO PODER LEGISLATIVO FACE À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	73
3.5.SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA.....	77
4. MECANISMO DE FORTALECIMENTO DO PODER LEGISLATIVO	83
4.1 PROCESSO DE FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA PELO PARLAMENTO.....	83
4.2 REACIONISMO DO PARLAMENTO.....	84
4.3 DEMOCRACIA.....	87
4.4 SUSPICÁCIA DA DEMOCRACIA.....	88
4.5 Os DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS SEUS CAMINHOS.....	92
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS.....	97

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco de análise a reação do Poder Legislativo, face ao ativismo pujante do Poder Judiciário. De toda sorte, podemos firmar que na contemporaneidade houvera emblemático destaque à atuação do Supremo Tribunal Federal, sendo verdadeiro protagonista da atuação estatal frente aos outros Poderes. Tal atuação despontou em diversas críticas sempre pautadas na potencial exasperação de suas funções constitucionais em latente exercício de funções típicas dos outros Poderes, contudo pautado em novo viés contramajoritário.

O Ativismo Judicial no Brasil tem sido de suma importância na almejada concretização dos valores previstos pelo legislador constituinte, especialmente em relação aos valores sociais elencados e consagrados na Constituição Federal de 1988.

De outra ponta, não podemos afirmar seguramente que dentre os demais Poderes o Poder Judiciário face a disposição constitucional é preponderantemente aquele que teria a última palavra quando da omissão dos Poderes Legislativo ou Executivo.

A forte atuação do Poder Judiciário na vertente do proativismo tem provocado reacionismo mesmo que velada dos demais Poderes constituídos trazendo assim, a discussão da possibilidade de controle político da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes constituídos, para tanto alterando a redação do artigo 49, inciso V da Constituição Federal, através da PEC - 03/2011 da Câmara dos Deputados de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, tal projeto de emenda constitucional propiciará, se aprovado ao Poder Legislativo o uso da prerrogativa de sustar atos emanados do Poder Judiciário e Poder Executivo que venham exorbitar a competência de regulação.

Na mesma toada, a PEC - 33/2011, tida por alguns como uma forma de tentativa de interferência na independência dos três poderes, portanto, um potencial golpe a democracia conquistada depois da era de chumbo. Portanto, se aprovada, tal medida propiciará ao Congresso Nacional a análise das súmulas vinculantes, bem como as decisões exaradas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) emitidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O projeto também amplia de seis

para nove o número mínimo de ministros do STF necessários para declarar a inconstitucionalidade de normas.

A PEC 171/2012, apresentada pelo Deputado Mendonça Filho, altera o inciso V do art. 49 da Constituição Federal. A redação atual do dispositivo confere ao Congresso Nacional a competência exclusiva para sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder de regulamentar ou os limites da delegação legislativa. A PEC substitui a expressão “Poder Executivo” por “outros Poderes”, criando a possibilidade de serem sustados atos normativos tanto do Executivo quanto do Judiciário. No mais, por apresentar redação parecida com PEC 03/2011 foi apensada a esta.

É um tanto quanto desnecessário qualquer esforço hercúleo para demonstrar a importância estabilização da democracia para toda a sociedade brasileira, não podemos nos orgulhar de um passado não tão distante da luta para a conquista de tal instituto. E, temos como símbolo de tal instrumento, a Constituição Federal de 1988, portanto há quase 30 anos estamos a viver sob a égide de um Estado democrático.

Muito embora tenhamos uma democracia emancipada, nossa democracia deve ser alvo de eterna vigilância para que não soframos abruptas tentativas de desestabilização da mesma, sendo que na atualidade o processo de impeachment da Presidenta Dilma Roussef é amplamente discutido pela sociedade com argumentos prós e contra, sendo também tratado com um golpe à democracia.

A partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal o Poder Judiciário passou a ter um papel de destaque na sociedade brasileira. O poder constituinte originário atribuiu ao Poder Judiciário a importante missão de ser o guardião dos valores constantes no texto constitucional.

Ante a morosidade do Poder Legislativo para regulamentar determinados artigos da constituição, o STF tem sido chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias que caberia ao Legislativo regulamentar, o que tem despertado a reação do Poder Legislativo, uma vez que sua morosidade fora proclamada judicialmente no Mandado de Injunção nº 20 do Distrito Federal, que regulamentou o direito de greve do servidor público, sendo um dos marcos de tal forma de atuação.

Assim, conforme já noticiamos as omissões legislativas não podem imperar de outro tanto, seria Judiciário o legitimado a propor as inovações. Assim, quando o fizer qual seria possibilidade dessa superação.

Neste trabalho, propomos analisar o Reacionismo do Poder Legislativo face ao o Ativismo Judicial, sua origem e suas causas, a atuação do Supremo Tribunal Federal na vanguarda dos Direitos Fundamentais e, por fim, a reação do poder legislativo a essa atuação proativa da nossa Corte Constitucional, notadamente, as PEC 03/2011, 33/2011 e 171/2012 as quais visam inibir a atuação do Poder Judiciário, face às inúmeras medidas judiciais tomadas especialmente em casos de omissão inconstitucional do legislador, bem como a atuação legislativa do próprio Poder Executivo, dando força plena ao Parlamento.

Nesse sentido, a democracia moderna conclama que os poderes constituídos tenham um modo dialógico de condução da democracia e do próprio cumprimento dos mandamentos constitucionais.

Assim, no afã do resguardo democrático, o fortalecimento do Poder Legislativo é instrumento de quebra da suspicácia da democracia, pois é o Poder que mais próximo da democracia popular forte, autônomo e com papel de vanguarda é pilastra da democracia, notadamente cumprindo os mandamentos da Constituição Federal, pois a proteção das minorias dos demandos emanados da maioria. A democracia brasileira deve manter-se em eterna vigilância – nunca ficamos outrora mais de 30 anos sob regime democrático tal o momento atual. Temos um congresso que legisla muito mais o direito privado do que sobre o interesse público, um judiciário conservador e de acesso extremamente elitizado tanto as suas decisões, bem como a seus postos.

Ao ponto de ser notório um esvaziamento do Poder Legislativo, ou seja, a retirada das pautas de discussões do Parlamento, com a institucionalização das decisões políticas fundamentais à sociedade para o Poder Judiciário. Portanto, se instaurando um crise de legitimidade democrática na atuação dos Poderes, levando-se a suspicácia da democracia, por decisões de rumos do Estado, sem a devida participação representativa do povo por meio do Poder Legislativo.

Ademais, o debatido papel contramajoritário do Poder Judiciário que instado a manifestar-se sobre disposições constitucionais de conteúdo lacônico ou vagos, por vezes provoca um amoldamento das preferências políticas, não estando, assim,

convalidado pela vontade popular, pois os Juízes não passam pelo escrutínio das urnas.

Por isso, as decisões do Supremo Tribunal são provisórias, sob pena de fossilização da Constituição e um verdadeiro descredito com direito constitucional evolutivo e a obrigatoriedade das gerações futuras serem condicionadas ao cumprimento das decisões tomadas por gerações antecedentes.

O Parlamento Brasileiro, muito embora quando exista uma decisão do Supremo Tribunal Federal, não está vinculado a este, podendo inclusive legislar de modo oposto desde que em razões fáticas e jurídicas para tanto.

Na visão da própria Corte Suprema, a Constituição não se esgota na atuação do Constituinte, pois temos uma Constituição aberta aos interpretes constitucionais, em uma visão pluralista, podendo sim o legislativo promover um ativismo legislativo sempre que o Poder Judiciário sinalizar qualquer decisão.

1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUAS LIMITAÇÕES

1.1 Evolução histórica da Separação dos Poderes

Um dos princípios basilares e fundamentais da democracia moderna é o da separação de poderes. A estrutura arquitetada da separação de poderes tem por fito obstar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano, traço comum em Estados absolutistas.

A teoria da separação dos poderes, que também é atribuída a Aristóteles (382-322 a.C.), mais precisamente em sua obra “A Política”, sendo o primeiro pensador a relatar tal modo de partição do poder, no entanto, também podemos encontrar tal modo de constituição dos poderes nos escritos da obra clássica de Platão, “A REPÚBLICA”. Assim, Platão isolou três tipos distintos de atos estatais, quais sejam: o ato deliberativo, o executivo e os atos judiciais. Contudo não tratou da funcionalidade dessa separação; não instituiu a independência entre poderes, o que só fora feito posteriormente. Tal estudo, no entanto, não influenciou os governantes que o seguiram. A era depois de Aristóteles ainda fora marcada por grandes monarcas déspotas e tirânicos. A famosa afirmação de Luís XIV, “O Estado sou eu” (do original em francês “*L'état c'est moi*”) traduz claramente o poder ilimitado que se encontrava nas mãos dos monarcas.

Bastante comum no Estado absoluto que precede as revoluções burguesas, fundamenta-se nas teorias de John Locke e de Montesquieu. Assim, imaginou-se um mecanismo que evita esta concentração de poderes, onde cada uma das funções do Estado seria de responsabilidade de um órgão ou de um grupo de órgãos. Este mecanismo será aperfeiçoado posteriormente com a criação de mecanismo de freios e contrapesos, onde estes três poderes que reúnem órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem se controlar. Estes mecanismos de controle mútuo, se construídos de maneira adequada e equilibrada, e se implementados e aplicados de forma correta e não distorcida (o que é extremamente raro) permitirá que os três poderes sejam independentes (a palavra mais correta seria autônomo), não existindo a supremacia de um em relação ao outro (o que também é raro acontecer conforme demonstrado no Tomo II do nosso Direito Constitucional).

A preocupação da concentração do poder e o modo de sua partição também tratada pelo filósofo Kant, e de maneira profícua elencada pelo Professor Bonavides (2000, p.178):

O princípio da separação de poderes teve também excelente acolhida na obra do filósofo alemão Kant, que enalteceu sobretudo o aspecto ético, elevando os poderes à categoria de “dignidades”, “pessoas morais”, em relação de coordenação (*potestas coordinatae*), sem sacrifício da vontade geral una.

A *trias política* de Kant reproduz a de Montesquieu: poder legislativo soberano (*potestas legislativa*), poder executivo (*potestas rectoria*) e poder judiciário (*potestas iudiciaria*).

Estabeleceu Kant um silogismo da ordem estatal em que o legislativo se apresenta como a premissa maior, o executivo, a premissa menor e o judiciário, a conclusão.

Insistindo na “majestade” dos três poderes, sempre postos numa alta esfera de valoração ética, Kant afirma que o legislativo é “irrepreensível”, o executivo “irresistível” e o judiciário “inapelável”.

Para o constitucionalista Fachin (2009, p. 208) “foi com a descoberta de Aristóteles que, pela primeira vez, no campo teórico, falou-se na necessidade de distribuir a tarefa de exercer o poder político” .

O Barão de Montesquieu demonstrou ao curso de sua obra sempre uma preocupação com a delimitação de competências em todas as esferas de Poder, com o claro objetivo de restrição dos poderes de determinados órgãos, com o fito de se evitar que um poder se sobressaia sobre outro, existindo portanto, um balanceamento entre tais atividades substanciada na Teoria do Freios e Contrapesos” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168). Vejamos:

Estaria tudo perdido se em um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares

Para Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 215), Montesquieu em sua teoria incorporou o constitucionalismo valorizando a liberdade do indivíduo. Vejamos:

A teoria da separação de poderes, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos. Com efeito, diz o próprio Montesquieu que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo não há liberdade, pois que pode-se esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente

Com efeito, a Tripartição dos Poderes fora positivado pela primeira vez em 1776, na Declaração de Direitos da Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América, conforme se verifica em seu parágrafo V:

Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preenchem mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes); segundo disponham as leis. (EUA, 1776).

Assim, torna-se evidente que a Separação dos Poderes é um dos princípios inerente ao Estado de Direito, a considerar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789), trouxe como conteúdo enunciativo que que toda sociedade que possui o intento de ser reconhecida livre e emancipada deve assegurar a garantia dos direitos do homem e a Separação dos Poderes contida em seu artigo 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”

Assim, se torna imperioso manter a separação dos poderes como mote de um Estado de Direito sob pena de não existir Constituição, muito embora tal medida não fora características de todas as formas de Estado, uma vez que nos Estados Absolutistas só existia uma forma de poder e de concentração.

No mais, a Constituição Francesa de 1791 trouxe em seu bojo evidências das conquistas da Revolução Francesa, a tal ponto de reafirmar os direitos insculpidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Podemos destacar que a Constituição Francesa consagrou a Monarquia Constitucional e trouxe de forma eficaz a separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim, a Constituição Francesa foi de suma importância na consolidação do constitucionalismo moderno.

A seu turno a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe como mandamento constitucional inserida em artigo 2º a existência dos Poderes da União: Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. Portanto, elegeu o constituinte o princípio da separação de poderes no Brasil, respaldado a base na Declaração Francesa, indo além, decidiu por bem proteger a

aludida tripartição com status de cláusula pétrea, fundamental, cuja previsão foi aportada em seu art. 60, § 4º, III do mesmo diploma.

Assim, a própria concepção da separação de poderes, desde os tempos pautados na Antiguidade, contemplava reconhecimento das diversas funções estatais defendidas por Aristóteles, que ganhou corpo com as escritas de Montesquieu, que em sua teoria tentou limitar juridicamente o Poder Estatal com o fito de equilibrar o exercício dos poderes (separados em suas funções), mas com a finalidade primordial de garantir uma ordem jurídica favorável aos exercício dos direitos fundamentais.

1.2 Princípio da Separação dos Poderes

Não há como imaginar um Estado Democrático sem ser substanciado na separação dos Poderes. Trata-se de um princípio geral do direito constitucional, tendo sido inserido como princípio fundamental à essência das constituições democráticas.

A teoria da separação dos poderes desenvolvida no capítulo XI na obra “O Espírito da Leis”, fora transformada e tratada como um postulado de boa governança e forma garantidora da liberdade, pautando na forma de organização política de um Estado Democrático, a considerar que no Estado Absoluto haviam regras jurídicas. No entanto, estas estavam sempre vinculadas a vontade do soberano.

Neste particular, Clémerson Merlin Cleve (2011, p. 28) destaca:

Imperava a insegurança nas relações jurídicas, ademais, várias ordens paralelas vigoravam ao mesmo tempo. Havia um registro de juridicidade para os nobres, outras para o clero, outro para o terceiro estado, sem contar o fato de que as relações comerciais sofriam entraves decorrentes do sistema vigente de privilégios monopólios, favores reais, e da inexistência de um sistema jurídico unificado.

Assim o direito, tomado como medida, não poderia conceber tamanha insegurança no trato das relações jurídicas, onde tudo se mistura a interesses e principalmente ao arbítrio de uma única pessoa revestida de todo o poder tirânico.

De outro vértice, o princípio da separação dos Poderes, desde Aristoteles, não previu a própria ideia de constituição, sendo na verdade uma forma de construção que se dá a partir de uma constituição, ao passo que o princípio da

separação dos poderes possui distinção material das partições orgânicas do Estado, para se garantir um mínimo de Estado com o máximo de liberdade ao indivíduo.

A tal passo que o poder estatal é uno, de algum modo não poderíamos falar em separação de poderes, mas uma mera separação de funções do próprio poder. Fator esse muito bem delineado por Kildare Gonçalves Carvalho (2007, p. 180):

Essas considerações revelam que a especialização de funções estatais, relacionada com o princípio da separação dos poderes, é relativa, pois, na realidade, consiste numa predominância e não exclusividade desta ou daquela função desempenhada por um órgão ou complexo de órgão do Estado. Deste modo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercitam as funções legislativa, executiva ou administrativa, e jurisdicional, em caráter predominante e não exclusivo, já que como se deduziu, cada um desses Poderes poderá desempenhar, excepcionalmente uma função material do outro Poder.

Por via de consequência, os Poderes de Estado não comportam qualquer tipo de hierarquia, pois se traduzem da própria essência principiológica de Montesquieu, para a preservação do próprio Estado. Tal divisão se faz necessária para que determinado grupo não abuse do Poder, pois necessariamente o domínio da vontade de tal grupo deve ser de modo avassalador a tomar todas as funções do Poder Estatal.

Por subsecivo, a elaboração de uma Constituição veio ao ponto de buscar evitar os arbítrios e os demandas aos direitos fundamentais elencando os Poderes de Estado, de maneira harmônica e independente, no entanto, preservando-se um modo de controle recíproco o que dificulta as manobras de monopólio do Poder Estatal.

1.3 A separação do Poder nas Constituições Brasileiras

O princípio da separação de poderes produziu tanto influencia sobre Estado de direito como forma de salvaguarda da liberdade que mesmo em tempos sombrios e de modo velado na história constitucional Brasileira a separação sempre foi objeto de deliberação à guisa de nossa formação colonial.

Assim, como I Reinado e, respectiva Constituinte de 1823 houve a outorga da Constituição 1824. A primeira Constituição Brasileira fora imposta, logo após a

dissolução da Assembléia Constituinte, uma vez que não se conseguira alcançar o consenso entre os interesses do povo e os da Coroa.

Assim, o Soberano nomeou um Conselho de Estado com o fito de elaborar o projeto de Constituição que respaldasse seu interesse, alcançado tal intento referido projeto foi outorgado por D. Pedro I. A característica marcante da primeira Constituição Brasileira fora a instituição do quarto poder (Poder Moderador) que muito embora exclusivo do monarca juntamente com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, era a forma de controle do Poder Político em *terras brasilis*.

O institucionalizado quarto poder estava em manifesto desacordo com a Teoria Tripartite de Montesquieu, um verdadeiro rompimento com liberalismo e a harmonia entre os poderes. Assim, o Poder Moderador era uma verdadeira agregação, seja por via direta ou indireta, das competências executivas e legislativas, trazendo inclusive o poder de reforma constitucional, tudo conforme previsões dos arts. 98 e 99 daquela Constituição. Por conseguinte, o que fora consagrado no seio constitucional foi a forma Absolutista de Estado.

A primeira Constituição Republicana do Brasil, a do ano 1891, em seu artigo 15, admitiu Separação Tripartite de Poder de modo absoluto de exercício, fato este repetido no art. 3º da Constituição Republicana de 1934.

A contrário, a Constituição de 1937 fora de maneira inaugural a elencar a delegação de poderes na presença dos arts. 12 e 13, portanto consagrando a Teoria de Separação dos Poderes.

Na sequencia constitucional, a Constituição de 1946, no at. 36, em seus parágrafos 1º e 2º, com o fito de soffrear os abusos de poder sempre por parte do Poder Executivo, mais uma vez estancou a delegação de Poderes, mas manteve a separação dos poderes.

Na era de chumbo no Brasil, de modo *manu militari*, tem-se a possibilidade de exercício de um poder pelo outro, o que elencou a Constituição de 1967, pois possibilitou ao Poder Executivo a criação legislativa, especialmente a expedição de Decretos-Leis nos moldes do artigo 49, inciso V e artigo 58, bem como a expressa autorização da elaboração de Leis Delegadas nos moldes dos artigos 49, inciso IV e artigo 55 da referida Constituição.

Por meio de um malfadado Ato Institucional, a intitulada a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que muitos doutrinadores classificam

como um nova Constituição isso também na doutrina do Professor Bonavides (2000, p. 443 e 4) são esclarecedores, vejamos.

Na verdade, os militares estabeleceram uma nova Constituição. A “Emenda” serviu de mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Como era esperado, a Constituição de 1969 manteve todas as forma de delegações previstas na Constituição de 1967, e podemos de maneira certa afirmar que ampliou os poderes do Executivo.

Ao seu turno, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a “cidadã”, novamente consagrou a Separação Tripartidade Poderes, especialmente em seu artigo 2º: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Ressaltando-se que tal princípio é objeto de petrificação constitucional, conforme previsão constante no artigo 60, § 4º, III.

Nesta toada, o constituinte consagrou que o Poder Legislativo será constituído pelo Congresso Nacional, na forma do art. 44 da Constituição da República, composto estruturalmente pela Câmara dos Deputados que são os representantes do povo, bem como pelo Senado Federal representante dos Estados Federados.

O Poder Executivo, fato marcante em todas Constituições Brasileiras de estrutura monocrática, e nos moldes do art. 76 da CRFB, tem em sua chefia o Presidente da República, que acumula o desempenho das funções de Chefe de Estado e de Governo sendo auxiliado pelo Ministros de Estado.

Já o Poder Judiciário talvez tenha maior complexidade, conforme demonstra o próprio Montesquieu em “Espirito da Leis” (1992). Observe:

O Poder de Julgar não deve ser entregue a um senado [a expressão deve ser entendida como representando um grupo de pessoas de escol] permanente, mas exercido por pessoas tiradas do seio do Povo, em certas épocas do ano, da maneira prescrita em lei, para formar um tribunal que não durará senão o quanto o exigir a necessidade. Deste modo, o Poder de Julgar tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a um certo estado, nem a uma certa profissão torna-se, por assim dizer, invisível e nulo..... Mas, se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos juizes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos.

E assim, fez o Constituinte pátrio, ao denotar ao Poder Judiciário uma estrutura complexa, forte, autônoma, sem formas hierárquicas, atentando sempre ao duplo grau de jurisdição, tem como cúpula do Poder, o Supremo Tribunal Federal, que tem com missão ser guardião dos mandamentos constitucionais, conforme previsão art. 102 da Constituição Federal.

Assim, a confiança depositada pelo cidadão no Estado, bem como aos seus poderes, acaso sofra abalos, temos preementes riscos à ordem jurídica vigente no Estado Brasileiro.

No mais, a divisão do Poder do Estado através de funções especializadas por meio da distribuição deste a órgãos independentes possibilita a própria limitação do poder, através de um sistema de freios e contrapesos previsto no próprio bojo da Constituição.

Com isso pode-se, em suma, afirmar que a proibição de retrocesso, independentemente de sua autônoma principiológica é, juntamente com os demais aspectos analisados neste capítulo, torna-se valores de indispensável observância para que se garanta em plenitude o direito à segurança jurídica.

1.4 Evolução do Estado de Direito – Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito

É imperioso ponderar que na análise da evolução histórica do Estado todo fato de caráter histórico e via de consequência a totalidade do fenômeno social relevante é de suma importância para própria existência do Estado, da sociedade e do próprio direito. Por desiderato, teremos o Estado como instituição a medida que o Estado e o Direito tornem-se sempre complementares e interdependentes entre si, de tal modo que o Estado venha ser o monopólio da produção e aplicação do próprio Direito.

O jurista Lênio Streck (2014, p. 91) assim delimita a forma de correlação entre Estado e Direito, vejamos:

Com efeito, no plano teórico, o Estado de Direito emerge como uma construção própria à segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha – como *Rechtsstaat* – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e

vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídicas, como o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito.

Assim, o desenvolvimento da idéia de Estado se abstrai o ideário de Estado na forma mais pura de legalidade. Entretanto, resgata a idéia do Direito como referencial, tratando o Estado de formatar um regime histórico e todo fenômeno social de relevância para o Direito.

Na visão do jurista italiano Norberto Bobbio (1997, p. 18), ao talhar o conceito de Estado de Direito, se faz imperioso traçar os limites dos poderes do Estado, assim os próprios Limites das funções do Estado se findariam em um conceito mais distinto. Vejamos:

Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina [...] da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*

É forçoso concluir que na Constituição da República Federativa do Brasil o Estado de Direito é amparado e protegido por cláusulas pétreas no art. 60, parágrafo 4º da CRFB, portanto, insucetível ao desaparecimento no aspecto formal.

O Estado de Direito não é tão somente uma disposição pautada na legalidade estrita, trata-se de uma forma de limitação do Poder, pautada na construção legislativa a garantir as liberdades públicas edificando a própria democracia. Nessa senda, face a garantia constitucional insculpida é imperativo ressaltar o pensamento Luigi Ferrajoli (2002, p. 688), no seguinte sentido:

Designa, por esse motivo, não simplesmente um "Estado legal" ou "regulado pelas leis", mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público - legislativo, judiciário e administrativo - está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos, correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária

As ponderações de Ferrajoli são no sentido que um Estado de Direito é encontrado onde se impera a limitação dos poderes formais, concluiu o doutrinador que na verdade estaríamos diante de Estado Constitucional, onde o imperaria o garantismo.

Assim, o Estado Constitucional surge como Liberal, com ele todo o ideário de liberdade política, a liberdade-autonomia e liberdade-participação, que vem a acrescer à liberdade civil, portanto a ligado ao modelo de Estado-cidadão, ou seja, garantidor dos direitos individuais, tudo após a Revolução Gloriosa da Inglaterra.

Neste prisma disserta o jurista gaúcho Lênio Streck (2014, p. 96):

A nota central deste Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana. Ou seja, este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas a sua atuação positiva. Em razão disso é que o Direito, próprio a este Estado, terá como característica central e como metodologia eficaz a coerção das atitudes, tendo como mecanismo fundamental a sanção.

Assim, no contexto da implantação e desenvolvimento do Estado Liberal, havia uma questão temporal de aspecto político-social que veio a justificar necessária a geração dos direitos fundamentais do modo defensivo e de modo impositivo deveres do Estado.

No entanto, tal modelo Estatal também veio a fracassar, sendo assim de Sahid Maluf (2003, p. 305). Vejamos:

Deve-se o fracasso do Estado liberal ao fato de ter ele atuado estritamente no plano político-jurídico, sem disciplinar a ordem sócio-econômica. Essencialmente individualista, desconheceu os direitos da sociedade. Falhou até mesmo no seu individualismo por desconhecer o homem-operário, materialmente fraco e premido no meio social por insuperáveis dificuldades de ordem econômica. Profundamente libertário e igualitário, declarou que todos os indivíduos possuem os mesmos direitos e as mesmas possibilidades, de sorte que ao Estado competia apenas policiar a ordem jurídica. A vida social e econômica deveria desenvolver-se naturalmente, à mercê das iniciativas individuais, de conformidade com as leis do liberalismo econômico, a lei da oferta e procura, o da livre concorrência etc., as quais conduziram a sociedade, fatalmente, a uma ordem ideal desejada por todos. Tinha o Estado por lema o postulado clássico do liberalismo econômico: *Laissez-faire, laissez-passer, et le monde va la lui-même..*

Com isso, dada a inquestionável mutação política do Estado, houveram novas mutações sociais e com isso o Estado passa de liberal torna-se social. Conforme ressaltado por Paulo Bonavides (2000, p. 181-2), observe:

Quando porém a questão de fundo veio a preponderar sobre a questão de forma, quando se passou do Estado liberal ao Estado social ou ao Estado socialista contemporâneo, quando o antagonismo ideológico sucedeu à calmaria do século XIX, rompendo as estruturas liberais da sociedade burguesa, quando ao Estado neutro sucedeu o Estado intervencionista, quando os fins da ordem estatal cresceram e se multiplicaram, todo o formalismo antecedente entrou em crise e o conceito de governo, como simples braço executivo, como um poder à parte, meramente aplicador de leis, ingressou definitivamente no museu das idéias políticas, tângido por um imperativo histórico e social inelutável.

Nessa esteira, o Estado Social de Direito, tem por objetivo preservar o avanço social, no entanto, em clara correção ao individualismo liberal, primando ações do Estado em prol da coletividade, mantendo a Teoria Tripartite de Poder, no entanto, pautando-se em um novo modelo de atuação estatal, bem lançada por Streck (2014, p. 97): Vejamos:

A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista pós-Segunda Guerra Mundial. Com o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautam ações do ente público.

Portanto, as mutações do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, não aprioristicamente tão somente ao próprio fim do Estado, mas também de adequação de cunho legal, pois as inovações legislativas pautadas foram balizadas no conteúdo social da lei trazendo inclusive uma nova visão de modelo e atuação dos Poderes de Estado.

É de se consignar que a ascensão do Estado Social de Direito se faz em virtude das grandes mazelas estampadas na sociedade burguesa ao qual não dava ao cidadão a dignidade nem lato muito mesmo stricto, conforme aponta Streck (2014, p. 99):

O Estado Social projeta-se, pois, como resposta à crise da sociedade liberal e às mazelas da exploração do homem pela prevalência do capital, reconhecendo e avalizando os direitos de 2ª geração- os direitos sociais: igualdade material raduzida em melhoria de condições de vida e de acesso aos bens da civilização; propriedade com função social, sendo até abolida em Estados socialistas; direito à saúde, à educação e ao trabalho.[...]A cidadania é assim tomada pelo Estado em regime de empreitada, como se fora o grande provedor da materialidade dos direitos, tarefa frustrada já por força de errônea concepção do processo de inclusão por si excludente. O Estado expande-se para o cumprimento de sua missão assistencialista, de

tutor da sociedade carente e de responsável pela promoção da justiça social, o que demanda, sobretudo, o incremento de recursos materiais

Fica demonstrado assim, que o Estado social demonstra assim, assuntosa distinção das formas e modelos de Estado que o antecederam, uma vez que pautado na evidente preocupação com os direitos sociais, econômicos e culturais relacionados à igualdade, à dignidade da pessoa humana e à cidadania.

Estes são fatores que levarão a uma releitura da atuação dos Poderes Constituídos Legislativo, Executivo e Judiciário, inclusive na implementação dos ideais de Estado.

Nesse passo salienta Sundfeld (2006, p. 38-9):

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).

Portanto, os Poderes de Estado são responsáveis para realização da justiça social, não cabendo ao Executivo uma atuação isolada, tendo uma participação altaneira do Legislativo e consagradora de direitos do Poder Judiciário.

Assim, a cada evolução do Estado também aqui delineada marcante são as gerações de direito, que nos entraves da separação dos poderes são amplamente discutidas face a potencial invasão de determinado Poder na esfera de outro dado cumprimento dos mandamentos de ordem constitucional. Por derradeiro, Mendes (2011, p. 244) assim define os movimentos das gerações de direito. Vejamos:

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, quer falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instantes seguintes. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardam, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração, como o da proteção ao meio ambiente. Basta que se pense em como evoluiu a compreensão do direito à propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação às preocupações constitucionais de temas sociais e de proteção do meio

ambiente. Os novos direitos não podem ser desprezados quando se trata de definir aqueles direitos tradicionais.

Pode ocorrer, ainda, que alguns chamados novos direitos sejam apenas os antigos adaptados às novas exigências do momento. Assim, por exemplo, a garantia contra certas manipulações genéticas muitas vezes traz à baila o clássico direito à vida, confrontando, porém, com os avanços da ciência e da técnica.

O Estado Democrático de Direito advém em forma de contraponto aos ouvidos moucos do Estado liberal em relação ao próprio indivíduo e, especialmente a parca democracia do Estado Social. Por tal razão busca-se a consolidação de um ideal democrático ao Estado de Direito, não algo meramente conceitual mas a consagração de conquistas democráticas, aliadas a garantias jurídicas e ponderação social.

Pontua Lênio Streck (2014, p. 98) nos seguintes termos:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto de democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.

Nota-se que o Estado Democrático de Direito tem a característica de suplantar a forma do Estado Liberal de Direito e a do Estado Social de Direito, pautado na forma normativa e a sua consagração democrática. Assim, esse feito democrático que busca o estabelecimento da igualdade, por meio de outorga estatal não bastando sua limitação, assim, a normatividade fornece condições de transformação da sociedade, por meio de um instrumento denominado Constituição.

A Constituição no Estado Democrático de Direito é alocada ao ápice do escalonamento piramidal, servindo de fundamento a toda legislação. E, no caso brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, determina como mandamento constitucional a edificação de um Estado Social, cujo papel será pautado no constitucionalismo moderno, portanto, a Constituição Cidadã é pautada na transformação da sociedade e da própria realidade brasileira.

Portanto, não só a Constituição da República Federativa do Brasil como os ordenamentos constitucionais devem seguir um núcleo mínimo universal conforme

elencam a teoria geral constitucional, sendo por presunção lógica para países que adotam as formas democráticas e constitucionais em seus governos (STRECK, 2014, p. 109).

Forçoso salientar que, na atual configuração organizacional da República Federativa do Brasil, pautada em um Estado Social e também Democrático de Direito, temos a Supremacia da Constituição, que regula e limita o Poder do Estado de forma a garantir o respeito aos direitos individuais do cidadão, não passando ao largo na medida do possível ao cumprimento dos direitos sociais, sendo que no aspecto democrático garante ao cidadão por meio da participação popular ditar os rumos das decisões políticas rechaçando qualquer forma autoritária de governo.

1.5 Os Freios e Contrapesos na Separação dos Poderes

A separação horizontal dos Poderes é regra basilar para organização de um Estado utilizada pela maioria dos países de base democrática no mundo, com o claro intento de se evitar o abuso de poder e ao seu turno garantir o livre exercício da liberdade dos indivíduos, por meio de uma ordem constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elencou a *separação* dos Poderes do Estado, de modo ao qual os mesmos são independentes e harmônicos entre si, conforme disposição do Artigo 2º, sendo o manifesto Sistema de Freios e Contrapesos, sendo o poder uno e indivisível mas suscetível a controle, por característica do próprio Estado Democrático de Direito.

A propósito a separação tripartite das funções (ou do poder) delineada por Aristóteles em sua obra “A política”, já desenhava a existência das três funções estatais para o exercício do poder pelo soberano, ou seja, Legislativa, Executiva e Judicial, para Montesquieu não era diferente.

No entanto, Montesquieu trouxe em sua famosa obra “O Espírito das Leis” a importante contribuição com a criação do sistema de freios e contrapesos, que o exercício das funções estatais por meio de um órgão deve sofrer influência por vezes obstaculada de outro, ou seja, a limitação do poder de limitação do próprio poder.

Finalmente, o controle dos Poderes do Estado por um órgão distinto e autônomo a cada um deles é uma forma de se preservar a própria democracia e

manutenção dos direitos e garantias individuais nos ensinamentos de Kildare Gonçalves (2007, p.182).

Assim, pondera Eros Grau (2008, p. 230) pautando que “o que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva *separação* de poderes, mas sim de uma *distinção* entre eles que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”.

Portanto, a separação de poderes e o *Checks and Balances* são harmoniosamente compatível com o próprio Estado Democrático de Direito, não só como forma limitadora do poder, mas também como forma de garantia liberdade política dos indivíduos. Enfim, é forma que coíbe o abuso do governante de tal forma que submete governantes e governados ao *rule of law*, obrigando o estrito cumprimento da legalidade.

Ocorre que o mundo contemporâneo passou a exigir que o modelo atual de Estado implemente e execute políticas públicas de cunho social, seja para o cumprimento do ordenamento constitucional vigente, ou para realização dos próprios fins Estatais. Destarte, tais situações colocam em xeque o tradicional modelo de separação dos poderes face ao compartilhamento cada vez maior das atribuições dos seus órgãos.

Nessa linha salienta Dallari (1995, pg. 185) que a divisão dos poderes não é imune a críticas, o modelo é meramente normalista, jamais tendo sido praticado, dado que as Constituições sempre elencam a divisão dos poderes, no entanto, o exercício do rotineiro das atividades de Estado demonstram que diversos fatores acabam por identificar a preponderância de um dos Poderes.

Portanto, a harmonia no exercício dos Poderes, é mais pautada no respeito mútuo da prerrogativas de cada Poder, por meio de controles recíprocos e colaboração mútua, com o fito de constituição de uma República sólida do que qualquer outro fator.

1.6 Separação dos Poderes e Limites ao Protagonismo Judicial

Ao considerar o estabelecimento da Separação dos Poderes, bem como o Estado Democrático de Direito no ordenamento jurídico pátrio temos como primado a liberdade do legislador na criação legislativa. Entretanto, essa forma de livre

criação é pautada em um método de cometimento, ou seja, limitado ao controle de constitucionalidade e a proibição do retrocesso social. No entanto, a abstenção de forma ilegítima do Poder Legislativo leva a uma atuação do Poder Judiciário, que deverá atuar nas conformidades das suas atribuições Constitucionais.

Nessa linha de pensamento, Lênio Streck (1998) acentua que por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todas as formas de omissões ou inércias do Poder Executivo e bem como ausência do proativismo do Poder Legislativo, remetem a atuação proativa do Poder Judiciário, que deve pautar-se justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição em obediência ao próprio Estado Democrático de Direito.

A caracterização da omissão legislativa não é de fácil caracterização, pois temos diversas modalidades de omissão legislativa. Dentre elas destacam-se a inconstitucionalidade por omissão de atos normativos, sendo fato comum quando o legislado não edita atos legislativos que devam dar exequibilidade a normas constitucionais; a inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo, seja a exemplo pela não nomeação para cargos previstos constitucionalmente; a inconstitucionalidade por omissão de revisão ou reforma do texto constitucional, quando não estamos diante de um caso de mutação constitucional, e a própria Constituição, por ser evolutiva deve prevalecer a reforma de seus preceitos e institutos, a inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas e a inconstitucionalidade por omissão de decisão judicial, que seria assim, uma forma de denegação da própria justiça, conforme os ensinamentos de André Puccinelli Junior (2007, p. 116).

No que tange a preocupação do equilíbrio entre os Poderes, fato de maior relevância a ser debatido é omissão por inércia legislativa, pois é tema fronteiro entre a liberdade de atuação do parlamentar agregada ao efetivo cumprimento da Constituição.

No entanto, Puccinelli (2007, p. 118) assevera que a omissão legislativa inconstitucional trata-se de abstenção indevida, a considerar que trata-se de uma necessidade do sistema constitucional que depende de integração normativa. Adverte ainda o mestre lusitano Canotilho (2000, p. 1036) que o conceito de omissão legislativo não é algo natural, pois trata-se de uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever de legislar, abstrata ou concreta que de maneira forçosa defina uma norma certa e determinada.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil, no que toca ser instrumento aberto à integração normativa e bem como proposto a mais diversa forma de interpretação pelos atores sociais, o sistema jurídico deve prever remédios jurídicos a suprir eventuais vácuos de atuação.

Portanto, a abalar que temos princípio basilar da ordem constitucional, temos a dignidade da pessoa humana como uma premissa. Dessa maneira, tanto as relações de ordem privada e públicas devem ser pautadas sempre na dignidade da pessoa humana e sem subterfúgios. Entretanto, em diversas situações, o Poder Legislativo, aquele que tem missão de regular tais relações sociais e interpessoais e de Estado se queda inerte e, esse ato de deixar de agir dá azo à intervenção judicial, sendo o instrumento eficaz para a preservação de determinados direitos, sempre fulcrado no objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana consagrada constitucionalmente.

No entanto, não se pode soçobrar direitos constitucionalmente previsto sob a pecha da estrita observância a Separação dos Poderes, pois este é princípio fundante da própria ordem jurídica, sendo uma forma de autocontrole e dever agir dos Poderes.

Em vista disso, a Separação dos Poderes não pode ser óbice a judicialização do Direito que visa assegurar e garantir direitos previstos constitucionalmente. No entanto, ao analisar quais são os limites permissivos ao protagonismo judicial devemos sim analisar os limites do papel do Juiz, na própria democracia sempre preservando um judiciário forte e eficaz inclusive ao ponto de não interferir em decisões de cunho político que devem ser tomadas pela coletividades, sem jamais se furtar de garantir a efetividade dos direitos do cidadão, sendo uma forma de se combater corrosão da consciência normativa nas linhas do pensamento Roberto Basilone Leite (2014, p.27)

Nesta senda, Mauro Cappelletti (1993, p. 146), a seu turno, entende que apesar da ativação judicial ser desejada pela própria Constituição, tal ativação poderia trazer pelo menos alguns riscos a considerar, sendo grande a dificuldade de se mensurar a discricionariedade administrativa e legislativa, quando isso depender de conhecimentos especializados ou de técnicas sofisticadas. O segundo óbice seria o da falta de efetividade do controle jurisdicional, principalmente em relação às decisões que impliquem em atividade continuada da Administração, e até na edição de diplomas legislativos. Por fim, a legitimação democrática dos membros do

Judiciário, pois estes são levados ao cargo que ocupam mediante concurso, carreira e nomeação, indagando qual o fundamento com que se dispõem a controlar os outros poderes, compostos de eleitos pelo povo.

Desse modo, é de rigor a autocontenção judicial, inclusive com instrumento de freio e contrapesos, sempre arrolando a premissa que o Poder Judiciário também deve se submeter às opções exaradas pelos demais poderes, desde que este não ofenda o ordenamento jurídico e a Constituição.

O Ativismo judicial é instituto que toma forma no direito contemporâneo estando intrinsecamente ligado à atividade proativa do Poder Judiciário, porém sempre balizado na concretização de direitos e valores constitucionalmente elencados. Assim, vem sendo amplamente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, no enfrentamento da implementação dos direitos sociais. Tal instituto, contudo, sofre severas críticas como forma de usurpação da atividade legislativa e executiva.

Embora uma nova prática judicial – o ativismo – seja reconhecida há tempos, conforme destaca Mauro Capeletti (1999, p.5), fazendo menção ao vangloriado Presidente Estadunidense Theodore Roosevelt, que em Dezembro de 1908 enviou uma mensagem ao Congresso Norte Americano enfatizando que os juízes, por serem a última voz da autoridade, frequentemente são os principais criadores do direito. Vejamos:

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas”

A sempre festejada liberdade estadunidense é constantemente ressaltada por seus Presidentes, Juristas, dentre outros. No entanto, cabe a indagação se a liberdade de criação do direito estaria como *ultima ratio* com o Judiciário, ou seria este um mero intérprete que apenas declararia o direito.

No mais a concretude do instituto do ativismo judicial é de 1947, o jornalista estadunidense Arthur Schlesinger publicou um artigo na revista “Fortune”,

denominado '*The Supreme Court: 1947*', em que descreveu a atuação dos magistrados e os classificou em dois grupos: 'ativistas' (*activists*) e 'campeões de reatritividade' (*champions of judicial restraint*), também chamados de 'passivistas' (*self-restrain*). (VALLE, 2009, p. 19-20). Os passivistas seriam os juizes que julgavam dentro dos diplomas legais, ou seja, suas decisões maculavam as próprias concepções em nome da fidelidade ao instituído pelo legislador. Já os ativistas levavam em conta suas concepções na hora de decidir. (VALLE, 2009, p. 19-20).

Assim sendo, para outros, a origem do ativismo é a própria Suprema Corte Americana, conforme preleciona o I. Ministro Luiz Roberto Barroso (2008). Vejamos

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown X Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda X Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson X Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe X Wade*, 1973).

Ainda, segundo o Barroso (2008), a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas. Portanto, não basta a pura criação judicial, pois a mesma envolve toda uma tecnicidade, envolta sempre do cumprimento dos mandamentos constitucionais, pois a aplicação direta dos valores constitucionais emanados pelo poder constituinte originário, deverá ser a exceção e não à regra.

Para o Ministro Luiz Roberto Barroso (2015, p. 443), por seu turno, no que diz respeito aos riscos à legitimidade democrática, entende que a razão dos membros do Judiciário não serem eleitos, são minimizados por uma atuação pautada, medida em que juízes e tribunais atentem a aplicação da própria Constituição, inclusive dada a dificuldade de atuação na tangente de desempenho do papel contramajoritário, ao modo que a atuação se dá de modo contrário a vontade dos representantes do povo, mas ao exercer o controle trata-se de representação indireta da própria vontade popular, por isso contra a vontade da maioria.

Dessa forma o Professor Fernando Brito Alves (2013, p. 285), assevera:

A não concentração de poder uma mesma magistratura, bem como o controle de um poder sobre o outro afiguraram-se como condição de desenvolvimento dos direitos individuais, constituindo-se nas principais conquistas do liberalismo.

No entanto, não resta qualquer dúvida que o legislador no Estado Democrático de Direito é o detentor primordial da produção legiferante e o intérprete da constituição de forma primordial. Assim, a este cabe o papel protagonista da regulação de todos os preceitos constitucionais. Contudo, sua atuação não é adestrada e tímida ao passado Estado Liberal de Direito, pois também missão constitucional das Cortes Constitucionais, fiscalizar a atuação do Poder Legislativo, especialmente no desempenho de Tribunal guardião da Constituição, ao modo de controlar de maneira ponderada as omissões legislativa sem que isso venha a ferir a Separação dos Poderes.

No mais, as decisões do próprio Supremo Tribunal Federal não está sujeita a invalidação na esfera política. No entanto, a superação da matéria aventada não pode ser obstaculizada sob pena de fossilização constitucional.

2 REGULAÇÃO DA LIBERDADE DE COOPERAÇÃO ENTRE PODERES

2.1 A problemática da omissão legislativa

Na concretude da elaboração legislativa, Direito e Política convivem de maneira recíproca, sempre se influenciando, pela sutileza e objetividade do Direito, mas por vezes obedecendo aos mandamentos da discricionariedade e subjetividade das questões políticas deixando de lado o próprio direito. A prevalência do interesse político sobre o direito aliado aos demais fundamentos expostos, são os principais elementos que justificam uma análise mais acurada das questões relacionadas à própria jurisprudência e sua relação com a segurança jurídica, notadamente para que não se percam de vista os objetivos principais que levaram à utilização deste tão importante mecanismo no sistema jurídico brasileiro, pois podemos ter além de uma legislação de interesse ter a constituição de precedentes pautados no interesses escusos ao próprio direito.

Ademais, o direito não pode sucumbir a desconfortante sobrecarga de deliberação legislativa, o que pode levar ao descredito do próprio Poder Legislativo, pois uma produção exacerbada de cunho normativo pode levar a inutilidade da própria Lei.

Nas considerações de Clémerson Mérlin Cléve (2011, p. 52), que a sacralização da lei, aportada no século XIX, por naquele momento o Poder Legislativo realmente representar a vontade da nação, no entanto, o Estado Democrático de Direito de hoje aponta uma necessidade de uma legislação de urgência, que venha trazer respostas rápidas aos anseios da sociedade. Contudo, o que nos deparamos é com diversidade de princípio regras que acabam por inflacionar a produção legislativa acabando, assim, por comprimir a motorização do Poder Legislativo.

Assim, na verdade deve haver uma harmonização entre a produção legislativa adequada aos anseios da sociedade e balizados por uma celeridade que corresponda as necessidades da sociedade atual. Podemos afirmar, que a seletividade da própria produção legislativa seria uma forma de valorizar a produção legislativa sem deixar omissões, pois a legislação não é a solução para todos os

problemas de um Estado ou da Sociedade, contudo usada de maneira escorreita pode impor novos rumos ao Estado de modo transformador.

2.2. O Estado Contemporâneo e os Mecanismos de Atuação Legislativa

Sabe-se que a matriz do direito como hoje posto reside no Direito Romano, onde já havia a existência da jurisprudência. O termo latino, aliás, significa exatamente a situação que o instituto representava: *jus* – justo, *prudentia* – prudência, ou “o trabalho interpretativo dos prudentes” (CRETELLA JUNIOR, 2001, p. 54).

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 11), consistia

[...] na tarefa exegética empregada pelos jurisconsultos da época – ditos prudentes – no afã de esclarecer e interpretar textos jurídicos, então incipientes, numa fase em que estavam ainda esbatidos os contornos do Direito, de envolta com regras de natureza moral ou religiosa

Sempre que houvesse dúvida quanto à interpretação e aplicação do direito posto, levava-se o caso à apreciação dos prudentes, dos jurisconsultos, pessoas consideradas sábias e idôneas, por cujo parecer não recebiam honorários ou remuneração (ABBOUD, 2012).

O direito foi evoluindo juntamente com a jurisprudência, com os pareceres destes jurisconsultos que inegavelmente influenciaram suas bases. Daí não se poder desconsiderar a jurisprudência como fonte do direito.

Na medida em que as bases do direito foram de consolidando nos diversos países, a jurisprudência foi assumindo função e destaques diferentes. Nos países onde a influência do direito romano se manteve preponderante, a jurisprudência passou a ocupar um papel secundário, já que suas grandes bases se consolidaram na norma escrita. Estes são os chamados países filiados à tradição romano-germânica ou, como mais frequentemente utilizado neste trabalho, *civil law*.

Em contra-partida, nos países anglo-saxões (e futuramente suas colônias nos demais continentes), onde as premissas do direito romano são mais sutis, a jurisprudência ganhou destaque como elemento a nortear o sistema jurídico então chamado de *common law*. Neste sistema, a jurisprudência cedeu lugar aos chamados precedentes, assim entendidas as decisões emanadas do Poder

Judiciário e sobre um determinado assunto e que serviriam de norte aos demais casos futuros que com elas guardassem relação. Ou seja, os precedentes assumem os holofotes na regulamentação da vida em sociedade, em detrimento da norma escrita, que passa a ocupar um lugar secundário. (MARINONI, 2010).

Voltando-se os olhos, neste contexto, à realidade brasileira, sabe-se que as primeiras referências em nosso ordenamento de um direito organizado e codificado são as conhecidas Ordenações Portuguesas. E já nestas Ordenações contemplava-se a figura dos assentos obrigatórios.

Criados nas Ordenações Manuelinas de 1521 (§1º do Título 58 do Livro V) e posteriormente mantidos nas Ordenações Filipinas de 1595 (§5º do Título 5 do Livro I) os assentos nada mais eram que os pronunciamentos dos Desembargadores, os quais, presididos por um regedor, emanavam uma determinação sobre uma determinada dúvida, emanação esta que, assentada ou anotada, serviria de base para casos futuros.

Estes assentos passaram a vigorar também no Brasil Império, através de uma Resolução da Assembléia Geral sancionada pelo Decreto 2.684 de 23 de outubro de 1875, “apesar da estranha implicação de isso fazer vigorar num país a jurisprudência vinculante de outro” (SOUZA, 2013, p. 180).

Os assentos portugueses, desta forma, são a primeira notícia que se tem de utilização de jurisprudência no ordenamento brasileiro, principalmente de uma jurisprudência dominante.

Destaca-se, todavia, que a utilização destes assentos ou da jurisprudência não afastou a tradição romana¹ tanto de Portugal quanto do Brasil. É que nos países anglo-saxões ou no regime *common law* o precedente era tido como base fundamental do ordenamento. As condutas em sociedade eram pautadas nas decisões já proferidas sobre casos semelhantes. (DRUMMOND; CROCKETTI, 2012). Já nos países filiados à tradição romana ou adstritos ao regime *civil law* a jurisprudência consistia num elemento secundário. Num mecanismo utilizado pelos juristas para a elucidação de dúvidas na aplicação da lei, de modo que esta foi por um grande tempo a base primária para a regulamentação da vida social. (CAMARGO, 2012).

Com a evolução do direito, tanto em Portugal quanto no Brasil os assentos obrigatórios foram perdendo espaço: em Portugal, após se ter reconhecido sua

¹ Também chamada de romano-germânica.

inconstitucionalidade, quando já eram previstos pelo art. 2º do Código Civil de 1966; no Brasil, com a Proclamação da República, após a qual veio a Constituição de 1891 que aboliu os assentos (SOUZA, 2013).

Entretanto, apesar de abolidos os assentos, a própria Constituição de 1891 já trouxe os primórdios de um mecanismo que representa hoje um dos grandes responsáveis pela maciça inserção e utilização da jurisprudência em nosso ordenamento: o controle de constitucionalidade.

Esta Carta Constitucional contemplou a possibilidade de controlar as leis à luz da Constituição Federal, a exemplo do havido no modelo norte-americano já em 1803, com o célebre caso *Marbury vs. Madison*, onde se reconheceu a inconstitucionalidade da lei federal de organização judiciária e se criou o precedente de deixar de aplicar a lei infraconstitucional contrária à *Paramount Law*² (SLAIBI FILHO, 2013).

Apesar da abertura constitucional, o controle das leis na república Velha foi praticamente inexistente, haja vista, em especial, a dificuldade de sua utilização dentro da rigidez do modelo *civil law* que se verificava do sistema jurídico da época.

Os pilares para o controle de constitucionalidade, nos moldes como hoje é visto, foram construídos a partir da Constituição de 1934, inspirada nos modelos constitucionais europeus. A partir desta Constituição, com exceção das Cartas havidas em subseqüentes períodos ditatoriais, houve grande evolução e intensificação do mecanismo, e juntamente com a evolução e intensificação no uso do controle de constitucionalidade, verificou-se uma inundação de jurisprudência no direito brasileiro.

Isso se deve porque as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade ingressaram – e ainda ingressam – no mundo jurídico com grande peso e repercussão.

Independentemente da possibilidade de levarem à extinção, do ordenamento vigente, da lei declarada inconstitucional³, o pronunciamento proferido no controle concentrado de constitucionalidade tem os chamados efeitos *erga omnes*, destinados a impor a observância e cumprimento da decisão judicial em questão para os demais membros do Poder Judiciário, do Poder Executivo, e dos cidadãos

² Locução utilizada por Jim Marshall para se referir à Constituição.

³ Desde que a declaração de constitucionalidade seja posteriormente acompanhada de resolução do Senado Federal nesse sentido.

em geral. (BASTOS, 2012). Além disso, o controle difuso, considerado quase que uma inovação do ordenamento brasileiro ao permitir que qualquer magistrado de qualquer instância faça o controle de constitucionalidade, refletiu numa ainda maior valorização da magistratura, e conseqüente proliferação de decisões judiciais (BARROSO, 2004).

Esse fenômeno acabou por desencadear no labor jurídico o hábito da consulta e emprego dos posicionamentos majoritários dos Tribunais, não apenas em sede de controle de constitucionalidade como também em relação às mais diversas matérias, oriundas dos mais diversos órgãos do Poder Judiciário.

A intensificação do controle de constitucionalidade foi, em verdade, a chancela que faltava para uma internalização mais massiva da jurisprudência como potencial fator de otimização e efetivação da tutela jurisdicional.

O fenômeno também foi propício para atender aos anseios do neoconstitucionalismo.

Nas palavras de Barroso (2011, p. 15).

o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Segundo Cambi(2010, p. 27).

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter transformador das Constituições modernas, pois, como utopias de direito positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais.

No anseio de irradiar a força normativa da Constituição por todo o ordenamento e adequá-lo aos direitos fundamentais, iniciou-se uma nova tendência hermenêutica, que gradualmente foi incorporada por toda a comunidade jurídica,

inclusive por meio do próprio Poder Judiciário que se torna cada vez mais protagonista por meio o ativismo judicial.

Houve, primordialmente, uma verdadeira alteração dos próprios conceitos e premissas que até então estavam arraigados no sistema jurídico vigente.

Como bem destaca Marinoni, com o neoconstitucionalismo

Não há dúvida que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. (2010, p. 68).

Toda a legislação infraconstitucional – e mesmo os casos de lacuna legal – passou a ser interpretada nos moldes constitucionais, com vistas a atender aos anseios do legislador constituinte.

Assim, inúmeras foram as decisões do Poder Judiciário que passaram a borbulhar no ordenamento jurídico, como nortes interpretativos ou mesmo como regras a serem seguidas.

A necessária adequação imposta pelo neoconstitucionalismo passou a exigir do Judiciário um papel criativo e muitas vezes inovador do direito, a exemplo do que se verifica no *common law*. A consequência direta disso foi um ainda maior fortalecimento do emprego da jurisprudência como praxe em nosso ordenamento *civil law*.

Outro dos cenários que propiciou a intensificação do uso da jurisprudência foi a constante busca por efetividade e razoável duração da tutela jurisdicional.

Apesar de instrumento a serviço da jurisdição, o processo civil, com seu formalismo excessivo, com as quase infindáveis vias recursais, dentre outros correntemente apontados vícios, acabou, com o passar dos tempos, tornando-se verdadeiro entrave à satisfação do direito material sob tutela.

Por via indireta, acabou também por ir de encontro e mesmo obstaculizar a consecução da moderna visão de acesso à justiça que aos poucos foi se consolidando e se tornando um ideal a se alcançar.

Segundo Watanabe (2011, p. 04-05),

O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º da Constituição Federal não assegura apenas acesso formal aos órgãos

judiciários, e, sim, um acesso qualificado, que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa [...] de forma efetiva, tempestiva e adequada.

Eclodiram no cenário jurídico as mais variadas críticas e discussões a respeito. Sem falar nos reflexos de morosidade e insatisfação generalizada dos jurisdicionados, que levaram à tão conhecida e lamentável crise do Poder Judiciário.

Isso tudo, fez com que o legislador, atento aos anseios de doutrinadores e dos demais operadores do direito, através de reformas passasse a internalizar, no próprio Código de Processo Civil, o uso quase obrigatório do que até então era apenas uma praxe costumeira.

A prática legislativa nesse sentido se intensificou após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que trouxe, dentre outras medidas, a previsão das súmulas vinculantes, numa verdadeira chancela à oficialização e regulamentação do uso de jurisprudência no ordenamento brasileiro.

Desta forma, inúmeras passaram a ser as situações que consolidaram o uso da jurisprudência como marco relevante dentro do processo civil. Sua análise e aplicação pode em alguns casos ser sentida como verdadeira etapa decisiva dentro dos procedimentos.

É o que se nota, por exemplo, na situação das causas repetitivas previstas no art. 332 do do Código de Processo Civil de 2015, que pode levar a improcedência *prima facie* do pedido; ou quando da análise do prosseguimento recursal, que pode ser obstado quando a decisão recorrida estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, conforme previsto no art. 1010, §1º do Código de Processo Civil de 2015.

A jurisprudência, em verdade, foi eleita quase como que uma tábua de salvação para a melhoria da efetividade do processo, dado seu notável potencial para contribuir com a celeridade sem que, em contrapartida, haja inaceitável violação às demais garantias e princípios fundamentais que revestem o processo.

A efetividade, em verdade, apesar de extremamente perseguida, é um valor deveras subjetivo e que congrega, no seu próprio conceito, uma série de valores a serem alcançados.

Para Dinamarco (2008, p. 319):

a efetividade do processo constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-

político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais

Em termos práticos, a efetividade do processo

Significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. (DINAMARCO, 2008, p. 320).

Nestes moldes, a própria prática então prevista no citado art. 285-A do Código de Processo Civil de 1916, apesar de extremamente criticada no meio jurídico quando inserido no ordenamento por meio da Lei 11.277 de 07 de fevereiro de 2006, evidencia esse potencial, novamente abalizado pelo art. 332 do Código de Processo Civil atual, ou seja, que teve seu início de vigência em 2016.

Ao permitir o legislador que os magistrados de primeiro grau julguem improcedentes ações cuja matéria seja unicamente de direito e no juízo já houverem sido proferidas outras decisões de total improcedência, antes mesmo de citar o réu, abre-se a possibilidade para uma verdadeira desobstrução do Judiciário. Desobstrução com a resolução de demandas que provavelmente, após ocuparem os cartórios, os serventuários, os magistrados, os advogados, e as próprias partes com anos de espera já têm seu resultado seguramente antevisto. Mais que isso, demandas que pesam negativa e desnecessariamente na efetividade da tutela jurisdicional e nos anseios do próprio jurisdicionado. Este, se obtiver uma pronta resposta do Poder Judiciário, pode ficar insatisfeito com o resultado da demanda – o que também acontecerá mesmo após o esgotamento procedimental se a resposta for negativa, mas provavelmente não se queixará de morosidade ou ineficiência na apreciação de sua causa.

Ao mesmo tempo em que se ganha em celeridade e efetividade, não se perde em contraditório e ampla defesa, por exemplo, tão sagrados ao Estado Democrático de Direito. Isso porque tais garantias destinam-se a assegurar aos litigantes em processo judicial, especialmente aos demandados, o poder de tomar conhecimento da existência de demanda contra si e, mais que isso, no poder de influenciar no convencimento do magistrado que a irá julgar. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Ocorre que o ápice da atividade do demandado nesse sentido é obter a improcedência da ação. Agora, o que dizer quando o demandado se depara exatamente com esse resultado sem a necessidade de sua ativa participação. Por certo que de nenhum prejuízo terá que se queixar. Sem falar no fato de que o não esgotamento procedimental não compromete o convencimento do magistrado, que já se encontra formado pelas análises feitas nos anteriores casos idênticos, que, por serem unicamente de direito e independerem de produção probatória, não sofrerão alterações casuísticas.

Também se ganha em termos de segurança jurídica, já que causas idênticas de um mesmo juízo receberão tratamento idêntico. E mais, em um razoável lapso temporal.

Por óbvio que o mecanismo em referência deve ser aplicado com critério e parcimônia, sob pena de implicar em arbitrariedades e retrocesso a todas as conquistas já consolidadas em nosso ordenamento (THEODORO JR.; 2006). Mas, apesar disso, é inegável seu avanço, que se frise inspirado na prática jurisprudencial, em termos de celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, ainda mais se considerado que aquela se relaciona com o princípio da razoável duração do processo por meio do qual se busca “o processo mais rápido possível considerando todos os outros princípios da justiça” (BUENO, 2012, p. 16).

Em paralelo a estes anseios, outra das justificativas para a intensificação do uso da jurisprudência foi a busca por uma maior concretização de outro sagrado valor constitucional: o princípio da isonomia. (WAMBIER, 2012).

Não obstante, a lei, fonte maior de nosso ordenamento *civil law*, ser em tese igual para todos, sua amplitude de interpretações quando posta a apreciação perante o Poder Judiciário sempre levou e leva a patentes desigualdades nos casos concretos. Desigualdades estas que no mais das vezes refletem intoleráveis injustiças. Muitos são os casos em que questões jurídicas idênticas recebem tratamentos completamente diferentes em decorrências de diferentes análises e interpretações feitas por magistrados de um mesmo dispositivo legal.

Além das subjetividades hermenêuticas, pesa ainda a questão das chamadas cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, cada vez mais correntes nos textos oriundos do Poder Legislativo.

Diante da frenética evolução da sociedade, é tarefa quase impossível ao legislador manter a produção legiferante atual e suficiente.

Uma das formas encontradas para que o direito, em especial em um ordenamento *civil law* cuja base ainda é a lei, não se perdesse em meio a tanta evolução foi justamente a adoção das chamadas cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados (BARBOSA, 2012).

Estes nada mais são do que técnicas legislativas que conferem ao intérprete da lei com base nelas elaboradas, em especial aos membros do Poder Judiciário, grande margem de subjetividade em sua aplicação, de modo a propiciar a abrangência a um maior número de situações possível.

Como bem destaca Didier Jr.:

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa [...] é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a "standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. (2014, p. 02-03)

Em nosso ordenamento, vários são os exemplos a serem citados nesse sentido: a boa-fé processual e o poder geral de cautela do juiz, previstas, respectivamente nos artigos 77, incisos I, II, III E IV, art. 79 e 80 do Código de Processo Civil; os conceitos de dano irreparável ou de difícil reparação ou mesmo de abuso do direito de defesa previstos como requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela no art. 294 e 300 do Código de Processo Civil; a flexibilização procedimental e o conceito de providência que assegure o resultado prático equivalente do art. 497 e 536 do CPC, dentre inúmeros outros casos.

Todos os dispositivos em questão se caracterizam por notória liberdade de interpretação e de aplicação. Conceitos como boa-fé se revestem de grande carga de subjetividade. Uma conduta considerada de boa-fé para um determinado magistrado pode não o ser pelo colega do gabinete ao lado.

Assim, não obstante seu salutar potencial para a vivacidade normativa, essa tendencial técnica legislativa acaba por agravar ainda mais a diversidade de

decisões sobre casos idênticos e, conseqüentemente, a violação ao princípio da isonomia.

Neste contexto, exsurge a jurisprudência como contrapeso ou meio de conciliação entre a vivacidade normativa e o princípio da isonomia e da segurança jurídica (PAGANINI, 2012). Até porque esta técnica legislativa é mais um meio de intersecção entre o *civil law* e o *common law* (CAPELETTI, 2012). Por meio dela é possível a manutenção da vivacidade normativa pelas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados sem que, em contrapartida, haja frontal e crescente violação ao princípio da isonomia.

Na medida em que os posicionamentos jurisprudenciais sobre as especificidades das cláusulas gerais e conceitos indeterminados se consolidando casuisticamente, bem como que os dispositivos processuais vão cada vez mais internalizando o uso da jurisprudência restringe-se consideravelmente a margem de subjetivismos hermenêuticos e, por conseqüência, a violação ao princípio da isonomia.

Este, portanto, é mais um fator a justificar a intensificação do uso da jurisprudência em nossa atual realidade jurídica.

Há outro elemento, por fim, que pesa consideravelmente no mesmo sentido. Este, entretanto, por ser o elemento de maior relevo e abordagem no presente trabalho, merece abordagem em específica, que se pretende fazer a seguir.

2.3 Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Democrático de Direito

Atualmente, como salientado, não é difícil perceber que a norma jurídica vem sendo, também, elaborada pelo Poder Executivo. À luz da Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que o Presidente da República exerce função legiferante em face da edição de medidas provisórias (art. 62) e da delegação legislativa (art. 68).

Com efeito, as medidas provisórias, com força de lei, podem ser adotadas pelo Presidente da República, em casos de relevância e urgência, desde que não versem sobre quaisquer das matérias vedadas pelo § 1º do citado art. 62 da Carta Política.

As medidas provisórias, uma vez editadas, têm eficácia imediata, mas a perderão, desde a sua edição, se não forem convertidas em lei pelo Congresso

Nacional no prazo de sessenta dias, contados de sua publicação. Esse prazo é prorrogável uma única vez, por igual período, se as medidas provisórias não tiverem sua votação encerrada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (art. 62, §§ 3º e 4º).

Quando chegam ao Congresso Nacional, as medidas provisórias são encaminhadas para uma Comissão Mista de Deputados e Senadores, que emitirá parecer sobre a admissibilidade e o mérito da matéria (art. 62, § 9º). Após o exame pela Comissão Mista, as medidas provisórias são levadas à deliberação da Câmara dos Deputados. Se aprovadas, são encaminhadas ao Senado Federal, que, de igual modo, sobre elas delibera. Uma vez aprovadas pelo Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional em sessões separadas, as medidas provisórias são convertidas em lei, devendo o Presidente do Senado Federal promulgá-las, após o que as envia ao Presidente da República, que faz publicar as respectivas leis de conversão.

Se o Congresso Nacional aprovar uma medida provisória com alterações, deve transformá-la em projeto de lei de conversão, que é remetido ao Presidente da República para sanção ou veto.

No caso da delegação legislativa, a lei é também elaborada e editada pelo Presidente da República, em razão de autorização expressa do Congresso Nacional por meio de resolução, nos termos e limites por este postos, a fim de propiciar maior celeridade e eficiência às decisões a serem tomadas pelo Poder Executivo.

Não podem ser objeto de delegação legislativa os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a matéria reservada à lei complementar. Igualmente, veda a Carta Política a delegação sobre a matéria relativa a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (art. 68, § 1º).

A atividade normativa exercida pelo Poder Executivo tem ganho cada vez mais propulsão, no entanto, após a Constituição Federal de 1988, temos a previsão e possibilidade de utilização de tais institutos de maneira expressa. Assim, se faz necessária a distinção da atividade normativa do Poder Executivo, sendo estas atividade normativa primária decorrente de atribuição, ou seja, a edição de medidas provisórias, atividade normativa primária decorrente de delegação, seja as leis

delegadas e, a atividade normativa secundária que trata da capacidade regulamentar do Poder Executivo.

No entanto, tal exercício não tem sido plenamente utilizado nos ditames e mandamentos constitucionais previstos pelo Constituinte, sendo essa a preocupação de diversos seguimentos da doutrina. Vejamos:

No plano institucional brasileiro, o aspecto de suma gravidade que tem me preocupado nestes últimos dois anos é a apropriação institucional pela Presidência da República de poderes legislativos, transformando as medidas provisórias em meio de legislação usado ordinariamente, quando a constituição, ao definir essa forma excepcional de legislação, estabeleceu que só pode ser usada em caráter extraordinário. [...] Esse poder institucional gera grave distorção: desloca o eixo da elaboração de leis para o Executivo, quando ela é uma função clássica, típica, natural do Legislativo. O Presidente da República se transformou no grande legislador do país. Essa sua compulsão legislativa fez o Brasil viver sob o signo do efêmero, porque as medidas provisórias serem provisórias, introduzem um elemento normativo instável. Essa distorção institucional afeta e compromete o princípio da separação dos Poderes, uma das cláusulas pétreas, a alma da nossa Constituição. (BONAVIDES, 2004 p.130)

Ao passo da preocupação da utilização excessiva em claro desvio de finalidade da previsão constitucional também bandeira de Odete Medaur (2007, p. 27)

Hoje, embora na maioria dos ordenamentos se mantenha o princípio da separação de poderes, a fórmula originária não se ajusta totalmente à realidade político-institucional dos Estados. Alguns dados demonstram isso. Com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justificaria a supremacia do legislativo, pois haveria a situação de opor representantes do povo contra representantes do povo. Por outro lado, a ampliação das funções do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social impõem atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do Executivo em todos os países na atualidade; o Executivo passou a ter atividade legislativa intensa, inclusive por atribuição constitucional de poder legislativo, como é o caso das medidas provisórias

Resta evidente que o Estado de Direito tem sempre se pautado na vinculação da produção normativa a vontade geral, assim sendo, a produção da própria atividade normativa Estatal estaria vinculada a lei e, assim, a todo seu processo legislativo. Na concepção do Estado, a separação das funções estatais se deram também no sentido da produção Legislativa sendo está uma atividade profícua do Poder Legislativo. No entanto, conforme leciona Cléve (2011, p. 76) a possibilidade de descentralização legislativa:

A descentralização legislativa- fenômeno que vem se desenvolvendo de uma maneira impressionante – consiste na possibilidade de criação de atos normativos, sob a forma de lei ou não, por outros órgãos que não propriamente o Legislativo (neste passo compreendido enquanto plenário). Ou seja, identifica-se com o exercício de uma função normativa, definida quer seja sob o ponto de vista formal (lei) ou material (regulação heterônoma de interesses particulares – regra de direito- ou regulação genérica e abstrata – norma geral)

Nesta senda, a descentralização legislativa tem por pressuposto a possibilidade de delegação de competência trazida pelo Poder Constituinte, sendo que a mesma poderá ocorrer dentro do próprio Poder Legislativo. No entanto, a descentralização hoje deve obedecer um modelo dialógico que possibilite a participação do povo nos atos da própria produção legislativa.

Ademais, a teoria tripartida ao passar dos tempos ganhou delineadores no sentido de se garantir os direitos fundamentais, inclusive por meio de processo legislativo que isso propicie.

O processo de democratização abriu espaços para um Estado dialógico, ou seja, aquele que dialoga com a sociedade, diferentemente dos modelos anteriores de Estado Autoritário, pois um Poder Legislativo que contribui para uma produção normativa excessiva: estamos prestes a atingir 200.000 (duzentas mil) Leis em vigor no Brasil, o que não corrobora com um Estado garantidor dos direitos individuais.

Assim, o Poder Executivo que deve atuar em situações emergenciais (medidas provisórias), ora por meio de técnicas de colaboração entre os Poderes (leis delegadas), ora dando exequibilidade às normas legais existentes (regulamentos). Contudo, o uso excessivo de tais medidas na verdade é uma ofensa a democracia e ao equilíbrio entre os Poderes.

2.4 Atividade Legislativa do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito

O emblemático caso *Marbury vs. Madison* de 1803, nos Estados Unidos, que veio a fixar os limites *Judicial Review*, traçando os parâmetros da ampliação dos limites de apreciação por parte da Suprema Corte fora nos seguintes termos

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ella; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinarios. Não há meio

termo entre estas alternativas. A Constituição, ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modifica-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; si a segunda parte é verdadeira, então as constituições escriptas são absurdas tentativas da parte do povo para limitar um poder por sua natureza illimitavel. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escriptas consideraram taes instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a theoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escripta, deve ser que é nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível" (MARSHALL, 1997, p.25)

Assim teve início o controle constitucional da atividade legislativa, sendo que alguns autores pontuam ser o Governo dos Juizes, em virtude do ato de desfazer (declarar inconstitucional uma lei) seria uma função legislativa negativa de modo distinto daqueles que a elaboram que seria uma função legislativa positiva segundo CLÉVE (2011, p. 78).

No Brasil, o texto Constitucional de 1967 trazia a previsão em seu art. 119, § 3º, onde trazia expressa autorização ao Supremo Tribunal Federal para o exercício de atividade legislativa para disposição sobre processo e julgamento de sua competência. De outra ponta, a Constituição Federal de 1988, com previsão expressa no art. 96, I, alínea "a", autorizou os Tribunais a dispor de maneira exclusiva sobre seus regimentos internos, entendendo ser uma atividade legislativa descentralizada do legislador. Assim, entendendo Clève (2011, p. 79):

Ora, os regimentos não penas organizam serviços administrativos dos tribunais, como chegam a complementar a legislação processual, por isso que inclusive recursos (num sentido amplo e, pois, não técnico) não cogitados pela lei processual acabam sendo criados pelas normas regimentais.

Não para por aí, pois a Justiça Eleitoral Brasileira tem uma peculiaridade ímpar, e assim se torna amplamente questionável o verdadeiro exercício da atividade legiferante, por meio da constante edições de resoluções com o nítido conteúdo normativo e com força de lei, exercendo a Justiça Eleitoral um verdadeiro poder normativo secundário. Nas lições de Tito Costa (2000, p. 37) é fácil compreender:

O TSE costuma expedir , sob o título genérico de instruções (...) regras que apresentam, em geral, nítido conteúdo legislativo, às vezes mesmo

alterando texto de leis. Suas Resoluções costumam ter força de lei geral e a ofensa à sua letra expressa motiva recurso especial

Assim, o uso indevido do poder normativo ou até mesmo exacerbado pela Justiça Eleitoral não pode ser tolerado, pois o seu caráter suplementar de fundo normativo deverá sempre ser atrelado e subordinado e em caráter secundário em relação a própria lei.

2.5 O Estado de Coisas Inconstitucional, Poder Legislativo e Ativismo Judicial.

Com recentíssima discussão enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, fora levanta da tese sobre Estado de Coisas Inconstitucional – ECI, tese trazida da Corte Constitucional Colombiana, que tem por fito o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão legislativa e ainda a imposição do descumprimento do dever constitucional de legislar.

Tal tese fora utilizada na Corte Constitucional Colombiana, a partir de 1997, tratando sobre a questão do sistema carcerário daquele país, onde fora enfrentada a questão no Processo Tutela T-153 de 1998, onde fora reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional diante da situação carcerária que se encontrava o Estado Colombiano, impondo a Corte Colombiana uma série de obrigações ao Estado, dada sua omissão legislativa.

Na ajuizada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347, tem-se por objetivo a imposição ao Estado Brasileiro uma série de medidas, dentre elas o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, especialmente para que Poder Executivo formule e encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo máximo de três meses, um “Plano Nacional” para modificação das condições do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos; após a deliberação do “Plano Nacional”, determinar ao governo de cada Estado Federado e do Distrito Federal formulem e apresente ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de três meses, um plano estadual ou distrital, que “se harmonize com o Plano Nacional”; impor o “imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen)”; determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários.

Devemos destacar que em sede apreciação dos pedidos cautelares, fora deferida a liminar, fora apenas concedido a obrigatoriedade da audiência de custódia no prazo de 24 horas do momento da prisão, a ser coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça, determinando a União a liberação do saldo acumulado no Funpen, bem como aos Estados Federados, Distrito Federal e União que prestem informações em relação a situação prisional de sua devida competência. No mais a referida decisão com sua respectiva certidão de julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798).

Assim, no caso de o Supremo Tribunal Federal acolher tal tese, teremos uma nova possibilidade de declarar um “estado de coisas” como inconstitucional, e logo o Poder Judiciário estará mais uma vez atuando a frente de sua competência de análise constitucional de leis, atos normativos federais ou estaduais, pela porta do controle de constitucionalidade/inconstitucionalidade. Portanto, podemos seguramente afirmar que o ECI – Estado das Coisas Inconstitucional, de maneira implícita elenca a ideia de judicialização da administração pública, portanto, uma institucionalização das políticas públicas do Poder Executivo.

Nesse passo, faz-se primordial que o Poder Judiciário não venha a deliberar de modo impositivo, para se estancar um problema já posto, uma vez que por meio de atribuição constitucional existem poderes/órgãos legitimados a pautarem ações programáticas e executivas a cumprir o mandamento constitucional. Assim, o grande mister do Poder Judiciário deve ser agregar a articulação dos Poderes Legislativo e Executivo, a movimentarem seus aparatos visando a superação do Estado das Coisas Inconstitucionais a modo mesmo que de forma coercitiva cumpram a política pública a ser elaborada pelos próprios órgãos competentes.

Ao refletir sobre o dever constitucional de legislar, especialmente sobre enunciados constitucionais e sobre normas de eficácia limitada, a maioria da doutrina ruma a superação do legislador, pelo Poder Judiciário, ou seja, Supremo Tribunal Federal, que como guardião da Constituição dê efetividade a esta, que por meio de um sistema de regras e princípios venha a superar a omissão legislativa, no entanto, nossa Corte Constitucional vem frustrando tal expectativa ao apenas declarar a mora e notificar o Parlamento a cumprir a efetiva obrigação de legislar.

Tal fato denota uma deficiência Estatal de políticas públicas, dado por vezes pelo proposital distanciamento entre a previsão do mandamento constitucional e a

concretização normativa, cumprindo a Constituição de modo fatiado e ineficiente. Assim, se fazem presentes as intituladas falhas estruturais, como causa do ECI- Estado de Coisas Inconstitucionais, seja pela patente ausência de coordenação de ações estatais, seja do legislador, ou seja do administrador público que se tornam meros expectadores assintomáticos das mazelas decorrentes da própria inércia.

De outra ponta, a possibilidade de institucionalização de um ativismo judicial inoperante talvez contaminaria as próprias decisões judiciais potencialmente inexecutáveis, sendo ponderada a reflexão do Professor da UERJ, (CAMPOS, 2015):

Enfim, por trás das críticas ao ECI estão receios e objeções aos “ativismos” que o STF tem praticado. Na vida real, os “casos-limite” articulados pelos autores impugnaram a si mesmos. Mesmo em “casos mais comuns”, juízes e cortes evitam tomar decisões impossíveis de cumprimento ou que corram riscos de ser ignoradas. Cortes sabem quando e em que medida gastar seu capital institucional [...]. Mas é certo que posturas judiciais extremadas devem ser combatidas. Contudo, o que se viu no julgamento da Cautelar na ADPF 347 deveria inspirar preocupações de sinal trocado. Mesmo ministros que, historicamente, criticavam veementemente o sistema carcerário brasileiro, optaram por defender a “funcionalidade do Tribunal” ante a ameaça de uma enxurrada de reclamações, ao invés de avançar decisões que pudessem, verdadeiramente, promover mudanças do quadro de superlotação carcerária. A julgar por esse comportamento que foi majoritário, penso que o temor deveria ser pelo excesso de timidez, e não de ativismo. Mas como disse um dos autores: “*vive la différence*”

Na esteira da crítica construtiva do potencial ativismo judicial na tese da ECI – Estado das Coisas Inconstitucional em *terras brasilis* é ineludível as ponderações do Professor Lenio (STRECK, 2015):

Além disso, tudo o que já foi referido acima demonstra que o ECI acarreta o risco (também) de ser utilizado para fins retóricos. Explico: não seria necessário lançar mão desse “argumento de teoria colombiana” para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê. Ora, na especificidade da questão penitenciária, o Poder Legislativo estabeleceu exigências para o uso republicano e destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional. São, portanto, exigências legais, estabelecidas pelo Poder Legislativo. E não pelo Poder Judiciário. Além do mais o Fundo Penitenciário Nacional, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, foi criado por Lei Complementar (LC 79/94 e regulamentada pelo Decreto 1093/94). Em resumo, com a aceitação da tese da ECI fica cada vez mais difícil fazer a comunidade jurídica entender porque existe uma crise no direito e na sua operacionalidade no Brasil.

Com isso pode-se, em suma, afirmar que, em democracia, o Poder encarregado de realizar as escolhas é o Poder Executivo, legitimado democraticamente a realizar suas políticas públicas baseado nos rumos

apresentados ao povo. Já o Poder Legislativo, seu modo fiscaliza e complementa a vontade da maioria em sua atuação legislativa. Em consequência, ao Poder Judiciário não cabe a realização de escolhas. Veja-se, por exemplo, o problema que se apresenta em face do remédio para câncer (fosfoetonalamina), desenvolvido pela Universidade de São Paulo, em fase de testes em que uma decisão do STF, para resolver um caso específico (um caso terminal), está criando uma situação absolutamente complexa (para dizer o mínimo) no Estado de São Paulo. Não necessitamos de uma análise consequencialista para entender o problema dos efeitos colaterais de uma decisão da Suprema Corte. Ainda após o advento da Lei, em uma forma de superação da jurisprudência a considerar a avalanche de decisões um tanto quanto ambíguas. A Associação Médica Brasileira (AMB), ingressou com ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, onde sustenta que diante da ausência de testes da substância em seres humanos e de desconhecimento acerca da eficácia do medicamento e dos efeitos colaterais, sua liberação é incompatível com direitos constitucionais fundamentais como o direito à saúde (artigos 6º e 196), o direito à segurança e à vida (artigo 5º, caput), e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

Nesse entendimento o Supremo Tribunal Federal por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501 para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016 e, por consequência, o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer”. A lei autoriza o uso da substância por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Assim, nos chamados *hard cases* onde o Poder Judiciário é chamado a atuar justamentamente nos vácuos de atuação dos Poderes seja na omissão do Legislativo ou Executivo, com o fito de buscar a superação do Estado de Coisas Inconstitucional por conta do cumprimento dos preceitos e mandamentos Constitucionais que não estão sendo cumpridos alijados pela ausência da atividade estatal.

2.6 O Papel de Autorrestrrição do Supremo Tribunal Federal

Com a Constituição de 1988, o Poder Judiciário assumiu um grande protagonismo de garantidor da ordem Constitucional, ou seja, garantidor/guardião da

Constituição, muito embora seja uma Corte com cunho iminentemente Político, jamais deixará de observar o papel jurídico. Assim, a Suprema Corte Brasileira deve sempre guardar com muito cuidado sua atuação política de modo temerário em favor do Estado, muito embora uma atuação contramajoritária não significaria uma atuação temerária se pautada na guarda da Constituição.

Em aspecto histórico o Poder Judiciário fora outrora tolhido por um Poder Executivo autoritário e ditatorial, com ameaças de prisão, destituição de membros do Supremo Tribunal Federal, até mesmo mudanças profundas na estrutura do Poder Judiciário foram realizadas.

No entanto, conforme já assentado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um fortalecimento das instituições especialmente do Poder Judiciário e, assim houve um propulsão ao ativismo judicial, sendo que diversas reformas estruturais no país partiram de decisões do Poder Judiciário, especialmente de decisões do Supremo Tribunal Federal, muito embora sendo ainda um Tribunal um tanto quanto discreto e conservador.

Assim, quando o Supremo Tribunal Federal atua de modo a não autorrestringir em determinados casos difíceis à um risco a própria Instituição, pois acabaria por à cabo sua credibilidade e legitimidade de atuação dentro de um verdadeiro análise de jogo de preferências. Sendo objeto de apreciação do Professor Rodrigo Brandão (BRANDÃO, 2012, p. 253):

antes do início do 'jogo da separação dos poderes', cada jogador tem uma preferência (dita crua) que pode ser posicionada em um determinado ponto de uma linha. A premissa fundamental é a de que os atores não aplicarão ingenuamente as suas preferências cruas, mas, diante do risco de elas serem afastadas pelas preferências dos demais jogadores, cada um deles atuará estrategicamente para que o resultado da interação seja o mais próximo possível da sua preferência inicial, a qual, portanto, será alterada no mínimo necessário para que se possa vencer a disputa

Portanto, resta claro por mais que se afaste a preponderância do interesse estará em jogo realmente a preferência de cada ator. Muito embora, o anseio trazido no bojo Constitucional de 1988 era a esperança da aplicação de um direito que fora trilhado pelo povo, no entanto, por vezes o Poder Judiciário por meio da politização traça um rumo um tanto quanto diferente, sendo que para Barroso (2013, p. 330) o judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para tornar um verdadeiro poder político.

Tal jogo do poder é muito bem delineado por Brandão (2012) que assim traça todo o enredo:

a tendência natural do jogo é o resultado se situar em um ponto de indiferença, onde há equilíbrio entre as preferências dos jogadores. Veja-se o seguinte exemplo: se a preferência da Suprema Corte se situa em um ponto intermediário entre as preferências nua e crua sem medo de reação política, pois para o legislador e para o Presidente da República, a preferência da Corte é a mais aceitável do que a preferência de outro adversário. Por outro lado se a preferência do Judiciário estiver em uma extremidade desta linha, a do legislador médio em ponto intermediário, e a do Presidente no polo oposto, a tendência é a adoção de postura de autorrestrrição judicial, pois há o fundado receio de uma postura ativista do judiciário gerar comunhão de esforços dos Poderes Legislativo e Executivo para superá-la.

Portanto, o que deveria preponderar é a teoria dos freios e contrapesos. No entanto, a exacerbada preocupação política se sobrepuja aos aspectos constitucionais.

Para Guedes (2012) quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça

Mas fica sempre o alerta, pois o Poder Judiciário sempre agiu quando está em xeque a sua própria credibilidade, mas podemos enumerar diversos casos onde sua autocontenção/autorrestrrição judicial.

Podemos, então, enumerar diversos casos onde o Supremo Tribunal Federal trazidos por Campos (2014, p. 233-257), que passamos a demonstrar alguns casos, sendo na implementação do Mandado de Injunção, apenas servindo para notificar os Poderes Competentes sobre sua inércia (Poder Executivo ou Legislativo), seja no emblemático Plano Collor, onde evitou o enfrentamento da causa, propiciando sua

extinção sem o julgamento do fundo de direito (mérito). Nessa toada, também se pautou na autorrestricção judicial para o controle dos requisitos de relevância e urgência, para à edição de medida provisória. Bem como na questão trazida pela própria Constituição Federal em seu no art. 192, §3º, que estabelece o limite de juros anuais de 12% (doze por cento), dando eficácia limitada a sua interpretação.

Dentre diversos outros casos, também demonstrou autorrestricção Judicial no conhecimento da questão de mérito do impeachment do então Presidente Fernando Collor em 1992, adotando posicionamento semelhante no caso contemporâneo da Presidenta Dilma Rouseff, nos seguintes moldes:

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou parcialmente procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378, que discute a validade de dispositivos da Lei 1.079/1950 que regulamentam o processo de *impeachment* de presidente da República. Com o julgamento, firmou-se o entendimento de que a Câmara dos Deputados apenas dá a autorização para a abertura do processo de *impeachment*, cabendo ao Senado fazer juízo inicial de instalação ou não do procedimento, quando a votação se dará por maioria simples; a votação para escolha da comissão especial na Câmara deve ser aberta, sendo ilegítimas as candidaturas avulsas de deputados para sua composição; e o afastamento de presidente da República ocorre apenas se o Senado abrir o processo.

A corrente majoritária seguiu o voto do ministro Luís Roberto Barroso, divergente do relator da ação, ministro Edson Fachin, que rejeitava alguns dos principais pedidos feitos pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), autor da ADPF, como a necessidade de defesa prévia do presidente da República, a vedação ao voto secreto para a formação da comissão especial e a possibilidade de o Senado rejeitar a instauração do processo.

Seguiram a divergência as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, em menor extensão, e o presidente, ministro Ricardo Lewandowski. O ministro Teori Zavascki divergiu do voto do ministro Barroso apenas quanto à comissão especial, por entender cabível o voto secreto. Com o relator, votaram os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. O ministro Celso de Mello divergiu do relator em relação ao papel do Senado. Para ele, não há qualquer relação de subordinação do Senado em relação à Câmara. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

Portanto em causas de Estado mostrou um posição mais ao conservadorismo e não intervencionista que nos casos a exemplo da constitucionalidade da Lei de Ficha Limpa, Infidelidade Partidária, sobre o uso de células tronco, o direito de greve dentre outros.

Enfim, o ativismo judicial no Brasil também tem estimulado gradualmente a oposição dos governos (às vezes a minoria, às vezes a maioria) e as instituições que defendem os interesses difusos, coletivos e transindividuais a buscarem o

Judiciário para impugnar normas ou fatos inconstitucionais e fazer valer seus direitos. No entanto, em casos extremos a atuação do Poder Legislativo caminha no sentido de buscar a superação da jurisprudência, muito embora a atuação judicial tenha tomado por vezes uma decisão em contra mão da opinião pública e política esta teria com guarida a preservação da Constituição. No entanto, não pode o próprio Poder Judiciário limitar a atuação do Poder Legislativo inclusive sob pena de ocorrência da petrificação constitucional.

3 ATIVISMO LEGISLATIVO: A PROATIVIDADE DO PODER LEGISLATIVO

3.1 O Poder Legislativo

Ao estabelecer objetivos traçados na Constituição Federal, o legislador constituinte originário delegou ao Poder Legislativo o dever da regulamentação do texto constitucional. Entretanto, temos uma Constituição emancipada, sem conduto contar com a devida atuação legislativa infraconstitucional. Assim, para a consagração dos valores constitucionalmente eleitos e sua respectiva efetivação surge um Poder Judiciário proativo como ferramenta democrática para efetivação de tais direitos.

De outra ponta, o Poder Legislativo invoca a violação as suas prerrogativas constitucionais de atuação Poder Legislativo, um poder dialógico, pois são os legítimos do povo, sendo que suas decisões são sempre advindas de um debate democrático que sempre é exercido nas casas legislativas.

O aporte para o reacionismo do legislativo é pautado resgate da autoridade legislativa por meio de um Poder Legislativo íntegro e probo sem negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros (WALDRON, 2003, p.02).

Nesta senda enfatiza atividade legislativa deve sempre realizada por assembleias, grandes reuniões de representantes que manifestam suas discordâncias num debate feroz e fazem leis por meio de deliberação e votação, pautando ainda as vantagens e desvantagem de tal modelo de Poder Legislativo.

Segue ainda o autor (WALDRON, 2003, p. 03) destacando os aspectos positivos dos debates e decisões na seara do Poder Legislativo. Vejamos:

Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem de legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral do direito.

Em claro contraponto ao Juiz Hercules de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002, p. 168-169), que defende a seu ponto o ativismo judicial, ao ponto de criar um modelo Juiz, que atenderia a todos os anseios constitucionais, suprindo as omissões dos demais poderes. Vejamos:

Hércules deve começar por perguntar-se por que uma lei tem o poder de alterar direitos jurídicos. Ele encontrará a resposta em sua teoria constitucional: esta pode determinar, por exemplo, que uma assembleia legislativa democraticamente eleita é o órgão apropriado para a tomada de decisões coletivas sobre a conduta que se pode considerar criminosa. Mas essa mesma teoria imporá responsabilidades ao poder legislativo: irá impor não apenas restrições que refletem os direitos individuais, mas também um dever geral de lutar por metas coletivas que definam o bem-estar público. Este fato propicia a Hércules um bom teste neste caso difícil. Ele poderia perguntar-se qual a interpretação que vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo a suas responsabilidades institucionais como juiz

O legislativo tem se postado diante de tais situações, pois o texto da Carta Magna de 1988 ainda tem 25 dispositivos pendentes de regulamentação por meio de leis complementares e outros 117 que precisam de regulamentação por lei ordinária, conforme informa o portal do (SENADO DA REPÚBLICA, 2013), tendo sido nomeada comissão mista de Senadores e Deputados e até o presente momento não concluíram o trabalho proposto. É perturbador para Waldron (2003, p. 41) o silêncio legislativo, portanto, as deliberações do parlamento devem ser pautadas em grandes discussões, inclusive por meio de participação popular, argumenta ainda que não é o número de atores participantes das decisões dos poderes que diferenciará os resultados, mas sim o intenso debate sobre as proposituras, o que concluímos que no Poder Judiciário especialmente não seria eficazmente realizado, assim pondera o autor:

Todos supomos que, mesmo que o executivo e o judiciário sejam ocupados nas suas instâncias mais elevadas por apenas um punhado de pessoas, a legislatura – sozinha entre todos os ramos de um governo – deve reunir centenas de pessoas”. Qual é à base dessa suposição? O que ela nos diz sobre a legislação? Como algo que é tão evidentemente uma má ideia – a legislação por uma grande congregação – pode ter se entrincheirado tanto como princípio de organização constitucional? Nos capítulos que se seguem, argumentarei que esse consenso a respeito de “grandes congregações” não é tão monolítico como parece. Maquiavel nos preveniu, quase quinhentos anos atrás, que não nos deixássemos lograr e pensar que calma e solenidade são a marca de uma boa política, e que o barulho e o conflito são sintoma de patologia política. ‘Boas leis’,

disse ele, podem surgir de “desses tumultos que muitos maldizem inconsideravelmente

Forte em suas colocações, Waldron tenta enfatizar resgate da dignidade de todo processo legislativo, pois garante ser este um primado das liberdades democráticas, sendo instrumento que garante a participação de todos. Assim, muito embora necessário o ativismo judicial não seja o meio eficazmente seguro a própria garantia da liberdade democrática, pois o Poder Judiciário não é aparato para observância da vontade popular. Enfatizamos que a atuação paulatina do Poder Judiciário no Brasil tem sido o modo despertador, devemos então rememorar a (MONTESQUIEU, 1993, p. 149):

Quando na mesma pessoa ou” no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode temer-se que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (...) Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor

Em que pese atividade judicante proativa enaltecida dos direitos sociais e de políticas públicas, não fora esta missão constitucional atribuída ao poder judiciário, sendo esta reservada ao Poder Legislativo inclusive como modelo dialógico de produção legislativa enaltecendo a democracia.

3.2 Crise do Poder Legislativo – Hipertrofia e Omissão

O Poder Judiciário especialmente o Supremo Tribunal Federal, face à omissão de outros poderes seja executivo ou legislativo na regulação e efetiva e implementação da Constituição, das leis e dos direitos fundamentais, vem exercendo de modo pujante atividade legiferante e altaneira de interpretação sistêmica de nosso ordenamento jurídico, com o claro fito preencher espaços legislativos no cumprimento de mandamentos constitucionais.

Podemos seguramente afirmar que o legislador constituinte de 1988 consagrou a força normativa da constituição para a devida proteção as omissões ilícitas dos Poderes Legislativo e Executivo, para tanto, elencou dois institutos

processos de controle de constitucionalidade destas omissões: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Portanto, controle da omissão legislativa é fundamental para a própria concretude do Estado Democrático de Direito, conforme, decorrente da omissão inconstitucional, adverte Mendes (2011, pág. 1177):

Todos os que, tópica ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissolúvel do estudo sobre a força normativa da Constituição.

Assim, a demora na produção legislativa é reconhecidamente um precedente para atuação do Poder Judiciário, as atuações por omissão legislativa são diversas e, podemos enfatizar que o quadro é calamitoso tamanha as matérias nos mais diversos ramos, assim, o próprio Supremo Tribunal Federal elaborou um quadro de todas as matérias. Vejamos:

Tabela das Omissões Legislativas Pendentes: (STF – 2016)

Processo	Relator	Data do julgamento
MI 788	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 795	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 796	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 797	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 808	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 809	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 815	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 825	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 828	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 841	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 850	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 857	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009

MI 879	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 905	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 927	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 938	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 962	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 998	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 758	Min. Marco Aurélio	1/7/2008
MI 670	Min. Maurício Corrêa	25/10/2007
MI 708	Min. Gilmar Mendes	25/10/2007
MI 712	Min. Eros Grau	25/10/2007
MI 721	Min. Marco Aurélio	30/8/2007
ADI 3682	Min. Gilmar Mendes	9/5/2007
MI 695	Min. Sepúlveda Pertence	1/3/2007
ADI 3276	Min. Eros Grau	2/6/2005
MI 278	Min. Carlos Velloso	3/10/2001
MI 95	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
MI 124	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
MI 369	Min. Sidney Sanches	19/8/1992

Assim, também podemos apresentar algumas decisões emblemáticas da omissão legislativa. Vejamos:

Aposentadoria Especial do Art. 40, § 4º, da CF.

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre. Saliendo o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar,

no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador. (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007).

Na linha da nova orientação jurisprudencial fixada no julgamento do MI 721/DF (DJE publicado em 30.11.2007), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Tratava-se, na espécie, de writ impetrado por servidor público federal, lotado na função de tecnologista, na Fundação Oswaldo Cruz, que pleiteava o suprimento da lacuna normativa constante do aludido § 4º do art. 40, assentando-se o seu direito à aposentadoria especial, em razão de trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre, em que mantinha contato com agentes nocivos, portadores de moléstias humanas e com materiais e objetos contaminados. Determinou-se, por fim, a comunicação ao Congresso Nacional para que supra a omissão legislativa. (MI 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º. 7.2008).

Em sessão plenária do dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem nos MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, no que couber do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Dessa forma, reafirmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. Na mesma ocasião, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que os Ministros decidam monocraticamente e definitivamente os casos idênticos.

Na mesma linha de entendimento, em sessão plenária do dia 02.08.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do relator Min. Marco Aurélio, nos MI 835/DF, MI 885/DF, MI 923/DF, MI 957/DF, MI 975/DF, MI 991/DF, MI 1.083/DF, MI 1.128/DF, MI 1.152/DF; MI 1.182/DF; MI 1.270/DF; MI 1.440/DF; MI 1.660/DF; MI 1.681/DF; MI 1.682/DF; MI 1.700/DF; MI 1.747/DF; MI 1.797/DF; MI 1.800/DF; MI 1.835/DF.

Direito de Greve

O Tribunal julgou três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;"). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a

omissão legislativa com a aplicação, no que couber da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. (MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007).

Lei Complementar Federal para Criação de Municípios

O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/1996 (“A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”), e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional. (ADI 3682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.5.2007).

Aviso Prévio Proporcional

O Tribunal julgou procedentes quatro pedidos formulados em mandado de injunção para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da CF, e para determinar a comunicação da decisão a esse órgão (CF: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”). (MI 369/DF, rel. org. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Francisco Rezek; MI 95/RR, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 7.10.1992; MI 124/SP, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 7.10.1992; MI 278/MG, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, 3.10.2001; MI 695/MA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º. 3.2007).

Tribunal de Contas: Criação de Cargos no Modelo Federal

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT e declarou a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de lei de criação das carreiras de auditores e de membros do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará, a impedir o atendimento do modelo federal (CF, art. 73, § 2º e art. 75 - verbete 653 da Súmula do STF). (ADI 3276/CE, rel. Min. Eros Grau, 2.6.2005).

Evidente que a omissão legislativa, dado a previsibilidade legal do controle da omissão inconstitucional de origem ao ativismo judicial mais pujante, não existe vácuo de poder, portanto, não existem limites para atuação.

3.3 Revisão da Teoria da Separação dos Poderes

O mundo contemporâneo pautado na reivindicação social de que o Estado desempenhe todas suas atribuições com maior eficiência e de modo dialógico, propiciou a expansão do Estado em diversas esferas de atuação. Nessa toada, o modelo clássico da Separação dos Poderes, passou a ser alvo de críticas, ao ponto de se afirmar que a rígida separação dos poderes tornou-se inviável ao cumprimento dos mandamentos constitucionais.

Para que possamos trazer um novo viés interpretativo ao princípio da separação dos poderes, para um bom desempenho das atividades do Estado, ao estabelecer um novo modo de interrelacionamento entre os Poderes de Estado, como o fito de viabilização da prática governamental.

É de se pautar que a releitura de princípio é defendida por diversos autores dentre os quais Paulo Bonavides (2005, p.555)

A verdade é que ele tomou nas formas constitucionais contemporâneas, depois de iluminado por uma compreensão interpretativa sem laços com a rigidez do passado, um teor de juridicidade só alcançado por aqueles axiomas cuja importância fundamental ninguém contesta nem fica exposta a sérias dúvidas doutrinárias {...} Com efeito, poderia afigurar-se um anacronismo, reproduzir aqui as lições dos constituintes e publicistas do liberalismo que, durante o curso dos séculos XVIII e XIX, vazaram, em fórmulas lapidares, tanto nas Constituições como nas páginas de doutrina, a intangibilidade da separação de poderes. Mas nunca essa censura se poderia fazer àqueles autores e àquelas Constituições que ainda no fim do século XX mantêm o princípio em apreço como uma das pedras inquebrantáveis do edifício constitucional, cavando alicerces que, se abalados fossem, fariam desabar toda a construção.

Ao modo de se permitir uma nova adequação ao Princípio de Tripartição dos Poderes com o claro objetivo de se melhorar e adequar o desempenho das atividades de Estado, vieram novas maneiras do estabelecimento relacionamento entre os órgãos legislativo, executivo e judiciário, ou seja, podemos citar o modelo dialógico onde teremos o exercício da administração pública em todas as esferas de Poder de modo desagregado.

Para Odete Medauar (2003, p. 127), levanta discussão sobre o tema de concentração de poderes. Vejamos:

“Administração desagregada”, chegando a suscitar dúvidas quanto à sua capacidade de controle pelo poder central. Refere: “da imagem da pirâmide para cada ministério passou-se imagem de uma rede de pirâmides, acrescentando-se ainda o rol de órgãos destituídos de personalidade jurídica, como *staffs* consultivos, sistemas de controle horizontal, grupos formados em torno de projetos, comissões e conselhos de vários tipos”.

Na era do chumbo no Brasil, o instrumento mais utilizado na concentração de Poder era o decreto-lei, oriundo do Poder Executivo tinha como característica a imediata força de lei. No entanto, caso não fosse apreciado pelo Poder Legislativo em tempo de modo automático se transformaria em Lei. Trata-se de instrumento de legislar do Poder Executivo sem que houvesse um pronunciamento do Poder Legislativo.

Em tempo de democracia não só administração pública deve ser dialógica mas os Poderes Constituídos devem fazer uma releitura e efetivamente aplicar a prática dos diálogos constitucionais de maneira mais efetiva para implementação de uma democracia representativa consolidada.

3.4 Reações do Poder Legislativo face à Judicialização da Política

Na contemporaneidade, podemos afirmar que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem marcado pauta proativa nos rumos políticos do país. Tal ativismo tem gerado sérias críticas e diversas discussões, dado o entrelaçamento de suas decisões com questões da seara política que envolvem inclusive escolhas de ordem moral da sociedade.

A propulsão da atividade jurisdicional na esfera política veio a tona depois da Constituição Cidadã de 1988, fruto da construção de uma democracia jovem (30 anos), que ainda demanda por acertos, a considerar uma Constituição rebuscada de caráter principiológico e programático, atrelado a um novo viés de hermenêutica jurídica permitiu uma atuação mais pujante do Poder Judiciário Brasileiro.

Apesar da nova atividade judicial, tal aspecto já era fruto de defesa de Tocqville (1987, p. 207-8):

[...] A linguagem jurídica torna, assim, de certo modo, a língua vulgar; o espírito jurídico, nascido no interior das escolas e dos tribunais, propaga-se pouco a pouco para fora do seu recinto, infiltrando-se, por assim dizer, em toda a sociedade e descendo até as últimas fileiras; e o povo todo acaba por contrair uma parte dos hábitos e gostos do magistrado

Devemos ainda, enaltecer que mesmo a atividade proativa, tem sido um tanto, quanto recatada, pois sempre fora pontuada na minimização dos efeitos nocivos a neófito democracia brasileira que ainda é dominada pela predominância da atividade do Poder Executivo sobre o próprio Poder Legislativo vassalo.

A atuação judicial é destacada por Antonie Garapon (1996, p. 263), ao pontuar sobre a aproximação da magistratura com a democracia, ressaltando a necessidade da participação do cidadão em missões de justiça, ressaltando que o afastamento do próprio Estado, deve ser sempre compensado por uma maior atuação do próprio cidadão que também clama por transformações.

A judiciliação da política promoveu casos emblemáticos tais quais fixação do número de vereadores na Câmara Municipal de Mira Estrela, no Estado de São Paulo, conforme repertório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF, 2015):

Recurso Extraordinário nº 197.917 - Diário da Justiça - 07/05/2004 - *Ao constatar-se a inconstitucionalidade da lei impugnada, a situação consolidada deve ser respeitada, em nome do princípio da segurança jurídica. A declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Fazendo prevalecer o interesse público, conferiu-se, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.* O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reformou integralmente sentença de primeiro grau a qual, reconhecendo a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP, reduziu de onze para nove o número de vereadores, decretando a extinção dos mandatos que sobejaram o número fixado. A Constituição do Brasil dispõe que o número de vereadores deve ser proporcional à população do Município (art. 29, IV). O recorrente alegou que o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP, em desrespeito à proporcionalidade exigida pela Constituição Federal, fixou número excessivo de vereadores, tendo em vista que o Município em questão possuiria somente 2.651 habitantes. O Plenário do Tribunal entendeu que a Constituição Federal, em seu art. 29, IV, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimo e máximo fixados pelas alíneas “a” a “c” do mesmo dispositivo. Dessa maneira, asseverou-se que deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, apenas com observância aos limites máximo e mínimo, é tornar sem sentido a exigência constitucional expressa da proporcionalidade. Sendo assim, a Lei Orgânica que estabeleça a composição da Câmara de Vereadores sem observar a relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, sendo contrária ao sistema constitucional vigente. A não observância da exigência da proporção contrariaria os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. Os Ministros consignaram, portanto, a necessidade de interpretação dos dispositivos constitucionais invocados de modo a se observar parâmetro aritmético generalizado, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais

princípios constitucionais e nem resulte em formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. A orientação seguida pelo Supremo Tribunal Federal, neste caso, seria confirmada pelo modelo constitucional de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (arts. 27 e 45, §1º, da Constituição Federal). Vencida a tese de que, sob pena de violação da autonomia política municipal, os municípios, respeitados os limites constitucionais máximo e mínimo, têm a discricionariedade para decidir sobre a composição da Câmara de Vereadores. Os Ministros, ao constatarem a inconstitucionalidade da lei impugnada, depararam-se com o fato de que a situação consolidada, em nome do princípio da segurança jurídica, devia ser respeitada, pois tratar-se-ia de situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Dessa forma, fazendo prevalecer o interesse público, conferiu-se, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Conseqüentemente, o Plenário do Tribunal, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, restabelecendo, em parte, a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, incidenter tantum, o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica nº 226/1990 do Município de Mira Estrela/SP, e determinar à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores.

Tal decisão repercutiu de maneira estremecedoura nas galerias do Congresso Nacional tendo diversos parlamentares manifestado indignação pela autuação proativa do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal) no presente caso, podemos destacar o manifesto do Deputado Federal João Hermann Neto, perante um noticioso Jornal Folha de São Paulo, intitulado “Um novo Ato Institucional”. Vejamos:

A decisão de diminuir o número de vereadores nas Câmaras Municipais é um retrocesso no processo democrático. O que está por trás da fórmula jurídica é uma enorme antipatia, senão repulsa cultural, da sociedade brasileira pela representação parlamentar. Culpa do Legislativo? Alguma, porém pequena. Afinal o índice é muito menor de casos de estripulia moral ou ética por parte de vereadores, deputados provinciais ou nacionais e senadores do que de seus assemelhados nos outros Poderes ou nos diversos extratos corporativos.

O que se deduz da intenção na diminuição da representação proporcional do pensamento político é uma tentativa de aprofundamento do autoritarismo que emerge do Executivo com seu coadjuvante, o sistema presidencialista.

As eleições majoritárias levam a um resultado em que apenas um pensamento coletiviza-se, em torno de uma única pessoa, para a plural gama de interesses sociais que chega ao poder. O presidente, o governador e o prefeito galvanizam em torno de si uma vontade de expressar, através do poder individual, o desejo múltiplo das mudanças. Com o mandato fixo e arbitrado em um determinado número de anos, aquela manifestação eleitoral, focada num só instante de aferição das vontades, é entregue imutável ao governante, que baliza mais sua atuação pela votação obtida que pelos compromissos assumidos. *Por que o Legislativo é incômodo? Porque ele é livre. E o que mais incomoda na democracia é a liberdade.* .As mudanças, durante o mandato, de suas atitudes, da trajetória, dos rumos e até dos mesmos compromissos, numa palavra dura, significam traição aos

votos obtidos. Que de resto torna-se irrelevante, pois a vontade do eleitor foi deixada para trás, lá, no momento da diplomação do eleito. Uma correção desse procedimento, que não existe entre nós, seria o "recall", que é chamar de novo às urnas os eleitores, para medir o exato cumprimento dos eleitos às suas plataformas. O mais conhecido levou Arnold Schwarzenegger ao governo da Califórnia. Outro, mais delicado, são as "listas eleitorais" na Venezuela de Chávez. Na imensa maioria dos casos, os governantes permanecem no exercício dos seus mandatos, mesmo fazendo verdadeiros esbulhos eleitorais. O Brasil presidencialista contemporâneo é recheado de exemplos de estelionatos dessa natureza.

Então por que o Legislativo? Porque ele afere, capta, as mais variadas expressões sociais pelo voto, desde as minorias num instante caladas até as mais expressivas maiorias conservadoras. E tudo por dentro de partidos políticos que, estes sim, são a expressão dos desejos coletivos que se extraem da cidadania. Fala-se que são eleitas pessoas despreparadas, incapazes, energúmenas, que homens e mulheres muito mais qualificados não têm mandatos; mas prevalece o aforisma, os que não gostam de política são governados pelos que dela gostam.

O voto no Legislativo é proporcional, não expresso numa única vontade. Mesclam-se camadas sociais, pensamentos filosóficos e até religiosos e compromissos de classe. É uma vitamina política que sai do liqüidificador eleitoral que é a urna. As vontades dos vereadores são permanentemente postas em xeque pelos seus eleitores. Pertencem ao seu cotidiano desde as mais promíscuas trocas de interesse até as mais legítimas vozes de mudança. Um vereador o é na casa onde habita, na loja onde trabalha, no clube que freqüenta, na roda de amigos ou na sessão legislativa. Os humores da sociedade contaminam-no. Não há vacina contra povo no exercício do Legislativo municipal.

Fala-se em economia, em gastar menos dinheiro, em contratar menos gente, em menos veículos, em menos corrupção. No orçamento brasileiro do poder público, o de menor valor é o do Legislativo, até porque ele é fixo em percentual de transferências do Executivo, que o alimenta em duodécimos, independentemente do número de parlamentares ou da atuação da Casa de Leis. Somente a vigilância social é que pode avaliar a relação custo/benefício de uma Câmara de Vereadores, submetendo seus membros ao filtro eleitoral.

Por que o Legislativo é incômodo? Porque ele é livre. E o que mais incomoda na democracia é a liberdade. Ser democrata é uma das mais árduas tarefas da cidadania.

Reduzir o número de representantes proporcionais mira o autoritarismo. De duas mãos. Numa, uma Câmara pequena é fácil para o prefeito manusear. Na outra, aos opositores cassar. Uma representação numerosa inibe a manipulação de quem quer que seja e deixa a corrupção de valores tão cara que não é vantajosa para nenhum poder que a queira utilizar. Nós já fomos governados por coroa, por ditaduras, por caudilhos. Não deixemos cassar a democracia. Sugar da sociedade o Legislativo plural e expressivo é amesquinhar o poder do povo, é apunhalar a sua vontade.

Começam tirando os vereadores. Um dia chegam ao Congresso Nacional, como no dia em que nos levaram a liberdade. Ter medo da representação popular, numerosa e proporcional, acusá-la de gastos e equívocos, eivá-la de adjetivos indecorosos é uma agressão ao processo democrático. Pregar contra a vereança é um ato de insurreição, um golpe, que começa pequeno como se fosse um anseio e termina sepultando os vagidos dos futuros líderes da nação.

A democracia não nasce nos salões, nos quartéis, nas elites. As trevas do autoritarismo combatem-na. A chama da liberdade se incendeia na alma de cada um de nós. Uma elite não reproduz um povo, mas um povo forma sua elite. A democracia não é uma vontade efêmera, uma tática provisória, é uma prática permanente. Uma sentença, qual um Ato Institucional, pode

ferir o seu futuro. O Legislativo é o berço republicano do Brasil democrático de todos os brasileiros.

A dura crítica do parlamentar retratou o real papel do Poder Legislativo, que não representa um vontade isolada, mas uma mescla social dotada de caráter religioso, filosófico, social e moral, afirma que a decisão é uma agressão ao processo democrático, afirmando que a democracia não é uma decisão de cunho efêmero, mas de todos os Brasileiros.

Temos, ainda, a questão da fidelidade partidária que também fora decidida a priori pelo Poder Judiciário, o que ocasionou diversas medidas por parte do parlamento para flexibilizar a mudança de partido, tendo sido tal reacionismo intitulado de mini reforma eleitoral.

Não é menos tormentosa a Emenda Regimental 22, de 30 de Novembro de 2007, encartada pela então Presidente do Supremo Tribunal Federal- Ministra Ellen Gracie que autoriza a requisitar sem previsão alguma constitucional ou complementar, juizes para atuarem em auxilio aos Ministros da Suprema Corte, entendemos ser esse o perigo do proativismo, ou seja, seu excesso e abuso de poder.

Nessa linha de pensamento, Van Caenegem (2010, p. 47) sustenta que historicamente países europeus fizeram passar o controle do direito por diversas mãos, ou seja, pelo Poder Judiciário, Poder Legislativo e Escola Jurídicas. E, que a os livros deixaram de narrar a contribuição das esferas do poder para o “jogo do poder político”, especialmente pois controlar o direito é controlar a própria sociedade.

Nesse viés do jogo do Poder aquele que deve se isolar de qualquer tipo de artimanha sob pena de contaminação da própria democracia, pois, o jogo do poder não faz parte do judiciário, que ao muito intervir junto ao Poder Executivo e Legislativo acaba por adentrar nas entranhas do poder e trazendo para si todas as vicissitudes daqueles que jogam com Poder.

3.5. Superação Legislativa da Jurisprudência

A possibilidade da superação legislativa da jurisprudência tem pautado e atravancado diversas discussões especialmente sobre a legitimidade democrática

da produção do *judicial review*, especialmente pelo fato de juízes não eleitos de forma democrática, ou seja, submetidos ao crivo popular terem o poder de invalidar decisões emanadas do Poder Legislativo.

Assim, a considerar as relações institucionais decorrentes da separação dos poderes, a conferência via Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal de intérprete constitucional gera grande dificuldade especialmente na atuação contramajoritária.

No exercício da jurisdição constitucional os Tribunais não podem vir a estirpar as escolhas dos rumos políticos do cidadão, que é exercido por meio de seus representantes democraticamente eleitos. No sopesar das escolhas das preferências pessoais dos magistrados face à vontade popular, as dificuldades são imensas, pois a Corte Suprema no papel de guardiã da Constituição teria o direito de errar por último. No entanto, não existe na construção de nosso ordenamento constitucional um modelo de Supremacia Judicial, mas a supremacia da constituição. Deste modo, a possibilidade da reversão legislativa deve ser pujante sob pena de configuração da Petrificação Constitucional, ou seja, o tolhimento do direito constitucional evolutivo.

Ademais, assegura Brandão (2012) que no sistema brasileiro não existe a consagração da Supremacia Judicial no aspecto material, de modo elucidativo e exemplificativo:

(...) a dificuldade de implementação das decisões da Suprema Corte é um sério limite à implantação da supremacia judicial em sentido material no Brasil. Note-se, inicialmente, que o Brasil apresenta exemplos expressivos sobre a questão. Cite-se a ADI 3.853, proposta em face da Emenda n.35 à Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que instituíra subsídio mensal e vitalício aos ex-governadores daquele Estado, de natureza idêntica ao percebido pelo atual chefe do Poder Executivo estadual e pensão ao cônjuge supérstite, na metade do valor percebido em vida pelo titular. A fixação de pensões a ex-governadores e a seus parentes, sem a estipulação de um tempo mínimo de contribuição para o sistema previdenciário dos servidores estaduais ou mesmo de um período razoável de permanência no cargo, pareceu ao STF afrontar o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade com os gastos públicos, visto que no vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados “ em caráter permanente” , por serem os mandatos temporários e seus ocupantes , transitórios. *Todavia, as manchetes dos principais jornais brasileiros nos dão notícia de que, apesar do STF ter proferido tal decisão em 2007, atualmente se mantém proventos e pensões em favor de ex-governadores e parentes, inclusive em favor de indivíduos que ocuparam o cargo por período ínfimo de tempo, em substituição eventual ao titular do cargo.*”

Não obstante, a grande quantidade de casos apreciados pelo Poder Judiciário, temos também o emblemático caso do município paulista de Mira Estrela, que resultou na edição da Emenda Constitucional nº 58/2009, onde se pautou pelo manifesto ativismo congressional no sentido de superação da jurisprudência, pois teve por fito a superação da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 197.917/SP, cuja relatoria fora o Min. Maurício Correia, consignado na ADI nº 3.345 de relatoria do Min. Celso de Mello, onde se havia consignado na decisão da Suprema Corte os limites para composição das Câmaras Municipais, que fora, assim, superada pela atuação pontual do Poder Legislativo.

A reação congressional manifestou um sentido de não se suportar o autoritarismo judicial, por razão que não comportou um conformismo legislativo, pois o Poder Legislativo também é intérprete da Constituição, assim, o Supremo Tribunal Federal em tais casos tem pautado e se curvado a opção política do legislador em atuação de autorrestrição de atuação a posterior, a não ser que ocorra patente e evidente ofensa à Constituição.

Conforme já demonstrado o Poder Legislativo não está adstrito ao engessamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, pois ao Poder Judiciário não é atribuído de maneira estritamente exclusiva a consagração da Constituição, sendo essa uma missão de atribuição dos Poderes Constituídos e, para que ocorra de maneira eficiente, faz-se necessária uma cooperação dialógica para a consagração de todos os valores constitucionais, sob pena da ocorrência da fossilização da Constituição e a descrença nas gerações futuras.

Podemos ainda demonstrar também a preocupação do próprio Supremo por meio de manifestação do decano Ministro Celso de Melo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010) vociferou:

Ativismo judicial ou cumprimento da Constituição? Mais que uma indagação, esta é uma reflexão do decano da Suprema Corte brasileira, ministro Celso de Mello, sobre o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal e as eventuais opiniões de que o Tribunal extrapola suas atribuições ao promover ativismo judicial. O ministro define ativismo judicial como “uma necessidade transitória de o Poder Judiciário suprir omissões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que são lesivas aos direitos das pessoas em geral ou da comunidade como um todo”.

E o sistema brasileiro possui instrumentos processuais adequados para exercer o controle de constitucionalidade das leis, mesmo que se trate de casos de inconstitucionalidade por omissão, como é o caso do Mandado de Injunção (veja matéria). “São meios processuais idôneos, adequados e

permitem ao Judiciário proferir essas decisões, então não há desrespeito nem indevida interferência na esfera dos outros poderes, não há transgressão ao princípio da separação dos poderes”, salientou.

Ao lembrar o julgamento dos mandados de injunção que buscavam o reconhecimento do direito de greve para o funcionalismo público, o ministro Celso de Mello afirmou que o STF foi provocado a se pronunciar sobre o tema. Decidiu, naquele julgamento, reconhecer a falta de regulamentação e aplicar, temporariamente, a lei de greve do setor privado. “O que fez o Supremo Tribunal? Legislou? Não. Editou algum provimento normativo em substituição a uma lei já aprovada pelo Congresso Nacional? Não. O STF exerceu primeiro uma competência que a Constituição lhe deu, qual seja a de julgar mandados de injunção impetrados contra omissões do Congresso Nacional”, ponderou.

Nas palavras de Mangabeira Unger (1998, p. 25), a interpretação dada pela Suprema Corte, propicia que os demais atores da sociedade civil, retomem o papel dialógico e iniciem novo debate, de tal modo a combater um fetichismo institucional, portanto, sendo o pronunciamento da Suprema Corte uma última palavra provisória e oportuna no dado momento.

No entanto, o âmbito de inovação legislativo só possui uma restrição o âmbito de origem legislativo no que tange a hierarquia normativa, ou seja, a superação só se pode dar por meio de norma de mesma hierarquia.

Como precisão lapidar Brandão (2012, p. 212) assim, elucida:

Já no caso de o Congresso Nacional ter aprovado lei ordinária superadora de interpretação constitucional do STF, competirá ao primeiro trazer novas razões que convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional. A bem da verdade, lei contrária à jurisprudência constitucional do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, já que o ônus de demonstrar, argumentativamente, que tal com norma constitui a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do legislador, por ela conflitar com o entendimento atual da Suprema Corte, a quem compete, segundo a Constituição de 1988, atuar como Guardiã da Constituição, e apresenta, a princípio, maior capacidade institucional para fazê-lo com independência da política partidária. Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se a alteração informal da Constituição

Portanto, no exame do pressuposto de validade da norma superadora da jurisprudência, o controle de constitucionalidade deve ser um tanto mais rígido, pois caberá ao legislador a demonstração da inadequação do precedente judicial sob os primas fáticos e jurídicos, no entanto, não poderá de forma alguma obstar a reversão jurisprudencial por atividade legislativa.

Para Lenza (2011) a eventual proibição da superação da jurisprudencial por atividade legislativa poderia levar a Fossilização da Constituição:

O Legislativo, assim, poderá inclusive, legislar em sentido diverso da decisão dada pelo STF, ou mesmo contrário a ela, sob pena, em sendo vedada a atividade, de significar inegável petrificação da evolução social. Isso porque o valor segurança jurídica, materializado com a ampliação dos efeitos erga omnes e vinculante, sacrificaria o valor da justiça da decisão, já que impediria a constante atualização das constituições e dos textos normativos por obra do Poder Legislativo

Nesta reação congressual com o claro fito de suplantando a autoridade da Corte Suprema pode revelar-se abusiva ao ponto que implicaria em superar os limites de atuação do Poder Legislativo, especialmente quando a questão revelar-se uma situação meramente de cunho político, pois não pode o Legislador por via tangencial fazer valer sua vontade ao ponto de sucumbir a autoridade do Poder Judiciário.

Já no que concerne à superação legislativa da jurisprudência por meio de proposta de lei infraconstitucional, ao modo manifestamente conflitante com o precedente judicial consolidado do Supremo Tribunal Federal a presunção a prima facie é de relativa inconstitucionalidade da matéria legislada.

O Congresso Nacional ao apresentar tal proposta de cunho infraconstitucional de confronto a decisão jurisprudencial do STF deverá demonstrar que as razões fáticas e jurídicas ao qual alcançou a decisão não subsiste. Assim, o Poder Legislativo estará operando uma verdadeira mutação constitucional, obviamente de maneira Congressual, pois a constituição aberta permite o diálogo constante das mutações sociais, tal fato propiciam as alterações de cunho jurisprudencial e também legislativa propiciando assim, um ordenamento constitucional evolutivo que na dicção de Sarmento (2012, p. 212):

(...) não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...). É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF. (...)

As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio

texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento

Em verdade sempre se afirmou que ao Supremo Tribunal Federal caberia a interpretação Constitucional, portanto, colocando um óbice a evolução legislativa, pois o Poder Judiciário não pode subtrair ex ante o exercício do direito de correção legislativa exercida pelo poder constituinte reformador ou mesmo pelo legislador infraconstitucional.

O exercício da atividade legislativa não pode ser cerceado em caso de reversão jurisprudencial, pois inclusive uma nova legislação que venha a colidir com a jurisprudência está poderá ser submetida ao nosso controle de constitucionalidade que é extremamente rigoroso, dado que ainda caberá ao Poder Legislativo toda a demonstração que as premissas fáticas e jurídicas que permeiam a alteração são para a correção do precedente. Portanto, não existe o “errar por último” pois todo erro demanda correção.

4. MECANISMO DE FORTALECIMENTO DO PODER LEGISLATIVO

4.1 Processo de Fortalecimento da Democracia pelo Parlamento.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também lembrada como uma Constituição Cidadã, justamente por consagrar a defesa do indivíduo frente ao Estado, sendo um instrumento fruto de macerada discussão democrática sendo considerada por muitos um símbolo de Carta Política modelo ao mundo contemporâneo. Por conseguinte, temos nossa Constituição como símbolo da própria democracia brasileira fruto de uma Assembléia Nacional Constituinte de um período pós era de chumbo, por isto, extremamente garantista.

De outra banda, o descrédito do povo brasileiro para com a classe política é fato de caráter histórico, talvez pela falha da representação política a considerar por vezes a ausência de responsabilidade política dos mandatários seja seara do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Portanto, tal fato compromete todo o Estado Democrático de Direito.

Para Pietro Alarcon (2014, p. 281) o Estado de Direito é pautado por um modelo representativo, tendo como fundamento um mandato representativo. Assim, o processo de firmamento do mandato político é a forma garantidora de toda afirmação da soberania popular sendo responsável pela organicidade e realização de todas as funções de Estado.

O descrédito ao Poder Legislativo, Executivo e Judiciário é também um descrédito a finalidade Estatal de se organizar e estabelecer um governo. No mais, toda construção de um novo modelo de exercício Estatal só se dará por meio do exercício de cidadania pelo próprio povo.

Pontua ainda Alarcon (2014, p. 285) que toda representação parlamentar é que garante a face política do Estado Democrático de Direito, pois chamado direito ao parlamento é intrinsecamente ligado ao próprio conceito de cidadania. E assim se permitir um Poder Legislativo que desenvolva seu papel organizacional de maneira eficiente ao passo que participa da própria governabilidade, pautada sempre na guarda constitucional, na ordem jurídica e política.

Devemos sempre incrementar a própria responsabilidade política do parlamento, para não se ter tornar um parlamento letárgico, mas pujante sendo participante da construção de um Governo, devendo contribuir deveras com a estabilidade das Instituições sempre afiançado pela vontade do povo que representa.

4.2 Reacionismo do Parlamento

A considerar o protagonismo judicial e a respectiva atuação crescente do executivo na edição de medidas provisórias deram origem a Propostas de Emenda Constitucional 342/2009, 03/2011, 33/2011, vejamos cada uma delas:

A Proposta de Emenda Constitucional nº 342/2009, estabelece critérios para a escolha dos Ministros do STF; fixa o mandato de 11 (onze) anos, sendo vedada a recondução. Vejamos:

Art. 1º O artigo 101 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação e acrescido dos seguintes parágrafos:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§1º. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos:

I – cinco pelo Presidente da República, devendo a escolha ser aprovada por três quintos dos membros do Senado Federal;

II – dois pela Câmara dos Deputados;

III – dois pelo Senado Federal;

IV – dois pelo Supremo Tribunal Federal;

§ 2º. No caso dos incisos II, III e IV serão considerados escolhidos os nomes que obtiverem três quintos dos votos dos respectivos membros, em escrutínios secretos, tantos quantos forem necessários.

§ 3º. As escolhas recairão obrigatoriamente em nomes constantes de listas tríplices que serão apresentadas:

I – pelo Superior Tribunal de Justiça

II - pelo Tribunal Superior do Trabalho;

III – pelo Conselho Nacional de Justiça;

IV – pelo Conselho Nacional do Ministério Público;

V – pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – pelos órgãos colegiados das Faculdades de Direito que mantenham programa de doutorado em funcionamento há pelo menos dez anos.

§ 4º. O mandato dos ministros do Supremo Tribunal Federal será de 11 anos, sendo vedada a recondução ou o exercício de novo mandato.

§ 5º. A aposentadoria dos ministros do Supremo Tribunal Federal ocorrerá nos termos do art. 40.

§ 6º. É vedado ao ministro do Supremo Tribunal Federal o exercício de cargos em comissão ou de mandatos eletivos em quaisquer dos

Poderes e entes da federação até três anos após o término do mandato previsto no § 4º." (NR).

Art. 2º As regras previstas no artigo anterior somente se aplicarão aos ministros do Supremo Tribunal Federal nomeados após a publicação desta Emenda Constitucional.

Art. 3º As escolhas iniciais para os cargos que vagarem no Supremo Tribunal Federal a partir da publicação desta Emenda Constitucional obedecerão à seguinte ordem:

I – Primeira, quinta, nona, décima e décima primeira, pelo Presidente da República.

II – Segunda e sexta, pela Câmara dos Deputados;

III – Terceira e sétima, pelo Senado Federal;

IV – Quarta e oitava, pelo Supremo Tribunal Federal;

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

A também reacionária PEC nº 03/2011 estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O inciso V do art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 49

V – sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

É de se ressaltar que tal proposta em caso de aprovação poderia causar grande contrariedade com a tese do ECI – Estado das Coisas Inconstitucional, apesar da base de lesão estruturante as questões de Estado, reconhecidas pelo Judiciário, acaso houve um reconhecimento da interferência do Poder Judiciário, tal ato poderia vir a ser sustado.

Já a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, a qual pretende alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis e condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo. A Proposta de Emenda Constitucional - PEC nº 33/2011, traz a propositura de alterações nos arts. 97, 102 e 103-A da Constituição Federal, no seguinte contexto:

Artigo 1º. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação

'Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público. "... (NR)'

Artigo 2º. O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação

'Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação.

§2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 3º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

§5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita.

§6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (NR)'

Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 102. ...

*...
§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.*

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

Em suma, altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Ademais, devemos considerar que a justificação para tal propositura é justamente o ativismo judicial.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, bem como da omissão legislativa, e especialmente na modalidade concentrado, tem posto a evidência o Supremo Tribunal Federal, bem como todo o cenário político brasileiro, dada à pauta polêmica envolvendo as matérias postas à prova do Poder Judiciário.

O desconforto manifesto com a perda de espaço político e, principalmente da troca dos lugares de coadjuvante, o Poder Legislativo, que fora preservado até mesmo pela ditadura, pelo menos na tomada dos militares, tem sido desalojado em sua função legiferante. Portanto, nada de repentina tem a reação, pois tem o fito de obstar que o poder judiciário venha suprir a deixada toda lacuna por inércia legislativa.

4.3 Democracia

A história da República do Brasil traz em seu enredo por ciclos democráticos e autoritários, envoltos por toda sua história constitucional e de modo muito peculiar no Brasil, a evolução e regressão do autoritarismo e democracia sempre foram avaliados pelo apoio povo, mesmo que utilizados como massa de manobra dos detentores do poder.

Dura missão articular sobre instituto de suma importância para existência de uma sociedade livre e organizada, temos que na ordem jurídica brasileira, a Constituição Cidadã de 1988, como a mais democráticas dentre todas até então, no entanto, permeou diversas dimensões de exercício democrático de cidadania, que por vezes nunca foram plenamente exercidos. E, em tempos atuais traz consigo um temor e muita desconfiança.

Estamos prestes a completar 30 anos de regime democrático, sendo estes pautados por conflitos políticos, enormes divergências institucionais e sociais, o

manifesto diminuto apego as garantias democráticas pelo povo brasileiro pode conduzir que aqueles que estão no poder ou usurpam do poder conduzam a destruição valorativa dos princípios norteadores da democracia.

Para Bobbio (1997, p. 9) “a democracia não goza no mundo de ótima saúde, como de resto jamais gozou no passado, mas não está à beira do túmulo”. Pois, por mais tormentoso o momento vivenciado pela democracia, seus movimentos transformatórios são latentes e constantes, pois a democracia não é estática, a sua liberdade e toda segurança oferta é propícia a transformações.

As transformações maiores da democracia sempre vem em decorrência das promessas não cumpridas, ao pensar que o cidadão livre é quem escolhe seus governantes mas estes não exercem seus mandatos representativos ao modo da confiança depositada, pois é notório que toda pessoa persegue seu próprio interesse.

Assim, prossegue Bobbio (1997, p.11) que nos regimes democráticos existe um poder invisível que altamente capaz de corromper a própria democracia por meio de sociedades organizadas de caráter puro e espúrios, que acabam a desencadear toda forma de poder que deveriam ser tratadas as claras, no entanto, tal exercício de poder é sempre exercido nas surdinas.

Em contraponto Jacques Rancière (2014, p. 17), em maestria assim discorre. Vejamos:

O enfrentamento da vitalidade democrática assumia assim a forma de um double bind {duplo vínculo} simples de resumir: ou a vida democrática significava uma ampla participação popular na discussão dos negócios públicos, e isso era ruim, ou significava uma forma de vida social que direcionava as energias para as satisfações individuais, e isso também era ruim. A boa democracia deveria ser então uma forma de governo e vida social capaz de controlar o duplo excesso de atividade coletiva ou de retratação individual inerente à vida democrática.

Portanto, quando os negócios democráticos não são tratados as claras, não existindo uma ampla participação popular os negócios de estado, não estaremos diante de um regime democrático uma vez que o controle de tudo estará as mãos dos poderes invisíveis da sociedade.

4.4 Susplicácia da Democracia

A Constituição de 1988 consagrou a separação dos poderes, estabelecendo a divisão de funções e trouxe de maneira delineada o exercício de funções típicas pelos poderes do Estado, também como forma de estabilização democrática. Ainda, elencou a possibilidade do exercícios de funções atípicas a cada um dos Poderes, dando azo a interpretações do modo de exercício de tais funções. Nesse cenário, o Judiciário de certo modo, pautado na forte atuação que se sobrepõe ao Legislativo, sendo que o papel democrático do parlamento acaba fragilizado, tornando-se coadjuvante deixando o Poder à mão de poucos.

A democracia brasileira fora constituída também pelo modos operante histórico da política brasileira, ou seja “no jeitinho”. Portanto, em tempos difíceis com como os atuais temos a nítida impressão que as coalizões e fisiologismo de formação governamental acabam por corroer a própria democracia. O Brasil não é mais terreno fértil ao improvisado, pois um legislativo forte e com seriedade seria um caminho de consolidação. No entanto, presenciamos uma eterna disputa pelo Poder onde tivemos em Jânio Quadros, uma renúncia golpista por ausência de base congressual, bem como o desdém de Fernando Collor que o levou ao impeachment bem como o golpismo construído para deposição de Dilma Rouseff via impeachment.

Assim, o resgate da atividade legislativa como forma de fortalecimento da democracia. Tratar-se-á do desvalor e do esvaziamento do Poder Legislativo, apontando caminhos para se resgatar a crença no parlamento, de modo a impossibilitar a inconstitucional transferência das decisões políticas fundamentais da sociedade para o Judiciário. Assim, objetiva-se combater a crise de legitimidade democrática que confere ao Judiciário a possibilidade de atuar como se o Legislativo fosse, atropelando-se o contrapeso das funções típicas e atípicas exercidas por cada um dos Poderes constituídos e pela Constituição.

A atividade proativa do Poder Judiciário, balizada na concretização de direitos e valores é marcante na atuação do Supremo Tribunal Federal pela implementação dos direitos sociais. Contudo, tal instituto sofre severas críticas por eventual usurpação da atividade legislativa e executiva. São referenciais teóricos John Hart Ely, na obra “Democracia e Desconfiança”, do que ocorre no Brasil entre os três poderes da República, pois para Ely a democracia exige que decisões sejam tomadas pela sociedade, democraticamente. Assim, as cortes constitucionais

deveriam controlar apenas os procedimentos de produção de decisão: jamais poderiam decidir sobre a substância das opções institucionais.

Assim, Hart Ely (2012) se apresenta como um grande crítico do ativismo judicial, não dando possibilidade dentro de sua teoria a nenhum modo de interpretação no campo criativo, pois desconfia do Poder Judiciário. Hart Ely (2012, p. 28) não foge a demonstração de sua desconfiança e demonstra constante no voto divergente do Juiz Black em *In re Windsor*, 1970, no qual afirmou:

Sei que é bem mais fácil substituir a justiça prescrita na Constituição pelas ideias que os juízes tem sobre a “justiça”, mas em nenhum momento renunciarei que a crença no documento em si – e não nosso conceito do que é justo, decente ou correto – deve ser nosso guia... Como afirmei diversas vezes, prefiro depositar minhas palavras na constituição do que apoiar-me nos padrões de justiça de juízes específicos, padrões estes que se modificam dia após dia.

Nessa mesma linha Waldron (2003) mais uma vez, enaltece a controvérsia sobre a quem cabe competência, isso tudo sobre o prisma constitucional de poderes, para delimitar e definir o conteúdo dos direitos protegidos pela Constituição. De um lado juízes, escolhidos por processos não-democráticos, sob pretexto de que detém conhecimento político, jurídico e filosófico que os tornam mais aptos para exercer a tarefa; e de outro o Parlamento, cujos componentes, em princípio, não possuem a sabedoria no sentido filosófico, mas recebem sua legitimação por eleições democráticas, com ampla participação das minorias.

Em contraponto, Mauro Capeletti, enfatiza que os juízes por serem a última voz da autoridade, frequentemente são os principais criadores do direito, contudo não podendo ser a regra.

A atuação do Judiciário, não por atuação ex-ofício, mas sim para atender a clamores da sociedade que cobra as promessas do seio da Constituição, da mesma forma a implementação de políticas públicas pelo Executivo no exercício da governança. Assim, caberá ao próprio Legislativo ser reacionário e proativo, em busca de um ativismo legislativo. A crise de legitimidade democrática deve ser combatida pelo Legislativo como voz da sociedade, especialmente na inovação de formas de participação política.

De modo ímpar Renato Janine Ribeiro, ao apresentar a obra de Rancière (2014) destaca uma outra vertente:

um número expressivo de membros da classe média os desqualifica, alegando diversos pretextos. Para eles, o Brasil era bom quando pertencia a poucos. Assim, quando os polloi – a multidão – ocupa espaços antes reservados às pessoas de ‘boa aparência’, uma gritaria se alastra em sinal de protesto”

O autor francês questiona os princípios do modelo democrático representativo, invenção moderna que se vale de uma nomenclatura considerada paradoxal, haja vista seu distanciamento em relação à democracia dos antigos. O sistema assentado na representação nada mais seria do que um regime de funcionamento do Estado com base parlamentar constitucional, mas fundamentado primordialmente no privilégio das elites que temiam o “governo da multidão” e pretendiam governar em nome do povo, mas sem a participação direta deste. “A representação nunca foi um sistema inventado para amenizar o impacto do crescimento das populações” (RANCIÈRE, 2014, p. 69), mas sim para assegurar aos privilegiados os mais altos graus de representatividade.

Para Rancière, a democracia apresenta uma antinomia que se desnuda na relação entre seu ideal, que é o poder do povo, e seu desenho estatal. Isto porque o poder do povo deve ter suporte em organismos e formas de ação independentes do Estado, enquanto a ação estatal é sempre oligárquica – uma maneira de privatização do poder de todos em favor de uma minoria, na atualidade, assentada na denominada democracia representativa. Tal instituição que é justificada em razão da complexidade da opção pela escolha popular, na verdade, segundo o autor, seria um subterfúgio para que as soluções que dependem exclusivamente das decisões dos especialistas não sejam submetidas ao voto popular.

Para Barroso (2014, p. 250) a primeira consequência drástica da judicialização é a eletização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem tem acesso ao *locus* de discussão jurídica. Instituto como audiência públicas, *amicus curiae* e o direito de propositura de ações diretas por entidades de sociedade civil atenuam mas não eliminam os problemas. Surge assim o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar á espera de juízes providenciais. Na outra dace da moeda dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão.

Portanto, qualquer decisão que seja oriunda do poder popular estariam desvencilhadas assim de legitimidade representativa.

4.5 Diálogos Constitucionais seus Caminhos

Na análise de suas atribuições e competências Poder Judiciário e Poder Legislativo imperam suas prerrogativas Institucionais, interdependentes e harmônicas. Muito embora independentes, a forma dialógica de condução dos Poderes hoje deve ser pauta constante para solução das demandas da sociedade, especialmente para a garantia dos direitos fundamentais, construindo assim, uma sociedade aberta ao diálogo constitucional.

O jurista alemão Peter Häberle (2002, p.10) apresenta a teoria pluralista de interpretação constitucional que resolveu denominar de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, esta evidenciada em uma sociedade de intérpretes da Constituição que possa abarcar o maior número possível de destinatários, tornando tal interpretação a mais democrática quanto seja possível. Isso é o que ele chamou de sociedade aberta de intérpretes, em oposição àquela sociedade fechada na qual os únicos intérpretes legitimados seriam os juízes e os tribunais constitucionais, ou seja, trata-se de pluralizar a participação em todas as fases por que passa a lei, pois a sociedade aberta deve guiar não apenas a interpretação constitucional feita posteriormente à produção da norma, mas também deve servir de farol para a orientação do legislador.

Para Paulo Bonavides (2014, p. 524-5) a interpretação constitucional seria negócio de cada um e de todos potencialmente que:

A tese esposada pelo constitucionalista alemão é a de que na interpretação da constituição se acham potencialmente abrangidos “todos” os órgãos estatais, todos os entes públicos, todos os cidadãos, todos os grupos, não havendo numerus clausus de intérpretes constitucionais. A interpretação da Constituição, havida até então como um ato consciente, deliberado, formal, do jurista de profissão, como coisa de “sociedade fechada”, deve porém na realidade considerar-se pela nova metodologia como obra da “sociedade aberta”, de quantos dela participam materialmente. A interpretação da Constituição, assim entendida, está sempre a coconstituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. O alargamento do número de intérpretes é tão somente, segundo Häberle, uma consequência da incorporação – por todos preconizada – da realidade ao processo de interpretação. Os intérpretes em sentido amplo entram assim a constituir parte ou elemento dessa realidade pluralista, enquanto se reconhece não ser a norma tampouco um dado simples, perfeito ou acabado, senão algo

que faz suscitar o problema de quem participa funcional e pessoalmente no seu “desenvolvimento”, a saber, as forças ativas do Direito em “ação pública”.

Portanto, o diálogo não seria só entre os Poderes Constituídos mas também com a sociedade e, talvez o Poder que está mais apto a tal exercício seria o Poder Legislativo, pois este é o legítimo representante do povo e teria capacidade de evidenciar os anseios da sociedade na construção e produção normativa, portanto, mais próximo dos ideais democráticos.

Neste sentido a formação do diálogo constitucional é campo fértil, a própria consagração da Separação dos Poderes especialmente no controle mútuo e recíproco entre os Poderes, a tal modo que se propicia a análise crítica das falhas e evidencia-se as virtudes das Instituições e de todos os atores, nesse sentido assevera Brandão (2012, p. 288-9):

Acredita-se que um modelo dialógico articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer “poderes”, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal. Ademais, tal modelo de “circularidade procedimental” (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos “poderes” contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica. Nesta esteira, vale lembrar que a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanente a críticas vindas da esfera pública, circunstância que, de acordo com a teoria da democracia deliberativa, lhes confere capacidade de autocorreção.

Portanto, resta evidente que o processo de diálogo constitucional propicia uma decisão provisória, pois, por meio do Poder Legislativo em homenagem a democracia deliberativa podemos ter a superação jurisprudencial. Nessa toada, Ministro Barroso (2013, p. 230) explicou com muita propriedade que:

Por numerosas razões, o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria. Além do já mencionado déficit democrático resultante das falhas do sistema eleitoral e partidário, é possível apontar algumas outras. Em primeiro lugar, minorias parlamentares podem funcionar como veto players, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar. Em outros casos, o autointeresse da Casa Legislativa leva-a a decisões que

frustram o sentimento popular. Além disso, parlamentos em todo o mundo estão sujeitos à captura eventual por interesses especiais, eufemismo que identifica o atendimento a interesses de certos agentes influentes do ponto de vista político ou econômico, ainda quando em conflito com o interesse coletivo. Por outro lado, não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário. (...) Juízes são recrutados na primeira instância, mediante concurso público. Isso significa que pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma Faculdade de Direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, podem ingressar na magistratura. Essa ordem de coisas produziu, ao longo dos anos, drástico efeito democratizador do Judiciário. Por outro lado, o acesso a uma vaga no Congresso Nacional envolve um custo financeiro elevado, que obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais. Esse fato produz inevitável aliança com alguns interesses particulares. Por essa razão, em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor- ou com mais independência- a vontade da sociedade.

Destarte, resta evidente que o Poder Legislativo é o Poder capaz de promover mudanças e adequações sociais especialmente na implementação dos direitos individuais, no mais, o ativismo congressual é verdadeira expressão democrática de respeito a vontade da maioria, pois as correções podem ser pautadas e discutidas no parlamento onde até mesmo a minoria possui representatividade modo diverso do que ocorre no Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

De tudo que se expôs, pode-se chegar às seguintes conclusões:

A primeira consideração é que o Ativismo Judicial se faz realidade de atuação do Poder Judiciário Brasileiro, não por atuação ex-officio e, sim para atender a clamores da sociedade que cobra pelo cumprimento das promessas trazidas no seio da Constituição Federal.

A sociedade clama pelo implemento da Constituição, não por mutações do texto, mas o implemento da promessa da Constituinte de 1988, a modesta regulamentação Constitucional, ao seu modo o Poder Executivo também não cumpre com seu papel e, extrapola de maneira voraz seu poder de regulamentação através da utilização do instrumento do tempo da ditadura as famigeradas medidas provisórias.

Não podemos deixar de desabonar ainda a conduta do Poder Executivo no exercício da governança, especialmente no implemento das políticas públicas decorrentes dos direitos sociais.

Assim, a atuação do Poder Judiciário no contexto geral se dá em assuntos aos quais os Poderes Executivo e Legislativo fazem ouvidos moucos de maneira proposital a considerar as polêmicas que envolvem tais temáticas, pois podem trazer desgastes políticos imensos.

De toda sorte o papel do Legislativo tem sido pautado justamente nesses vácuos legislativos, portanto, nossa Corte Constitucional tem ocupado um espaço onde impera por muitas vezes um verdadeiro desinteresse de atuação, vindo tal somente a exarar decisões ativista pela ausência de regulamentação.

Com efeito, o adágio de que todos que detém o poder tende a abusar deste também é enquadrado, pois, o Supremo Tribunal Federal, também avança em outros pontos, não sendo passível de aceitação mansa e pacífica as lições de Rui Barbosa, em aparte a um discurso de seu colega Pinheiro Machado em que este vociferava contra a decisão do Supremo Tribunal Federal, teria dito que o Supremo Tribunal Federal é tão importante que pode se dar ao luxo de errar por último.

No entanto, a desconfiança do Poder Judiciário por sua falta de legitimidade o permite talvez, o pronunciamento provisório e não definitivo. Assim, restou conclusivo que a próprio entendimento da Suprema Corte, que o Poder Legislativo por possuir a função típica legislativa, dada a harmonia que rege os poderes constituídos, pode intervir na coisa julgada constitucional, por meio de um ativismo congressual buscando a reversão da jurisprudência.

Portanto, acaso venha a errar o Supremo Tribunal Federal haverá um claro desequilíbrio entre os Poderes, em caso de usurpação de atividade, precisamos nos pautar em Poder Legislativo revigorado e novo. Assim, caberá ao próprio Poder Legislativo ser reacionário e tornar-se proativo, em busca de um ativismo legislativo.

No sistema democrático atual não podemos ter um legislador Sísifo que por ambicionar a imortalidade, que fora condenado por deuses gregos a carregar uma grande pedra de mármore até o cume de um penhasco só para vê-la rolar abaixo e começar tudo de novo. Precisamos levar a pedra até o cume e por lá fixar a mesma, pois a cada rolar todo sistema entre em desequilíbrio.

Assim, para efeito de reação legislativa a análise de uma eventual alteração da Constituição em detrimento a uma decisão do Supremo Tribunal Federal somente poderá ser declarada inconstitucional caso venha a ofender cláusulas pétreas ou não tenha sido observada normas procedimentais.

Na análise do controle de constitucionalidade do ativismo congressual no caso concreto deve se verificar a compatibilidade do ato normativo (objeto) com a Constituição (premissa – parâmetro), portanto, verificados os requisitos de cunho formal e material não se pode ser objeto de impedimento.

Por derradeiro, o atual modelo torna-se insustentável, mudanças não de serem feitas, assim, o reacionismo do legislativo, por meio de um ativismo legislativo sem demagogias, sem amarras e com objetivos de cunho Estatal é o que clama a sociedade brasileira para a transformação de nossa República.

REFERÊNCIAS

ALARCON. *Pietro de Jesús Lora* . **Ciência Política, Estado e Direito Público** .São Paulo. Editora Verbatim. 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**.http://www.conjur.com.br/2008/dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=18. Acesso em 20 set. 2014.

_____, **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. Rio de Janeiro. Renovar. 2014.

_____, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, São Paulo: Saraiva 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>, acesso em 22, set.2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, <http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>, acesso em 8, fev.2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, <http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>, acesso em 10, nov. 2015

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306614>, acesso em 20, dez.2015

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>, acesso em 28, mai.2016.

BRASIL, Senado da República Federativa do Brasil, <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/03/20/senado-e-camara-criam-comissao-para-regulamentar-dispositivos-constitucionais>, acesso em 22, set, 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados, <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>, acesso em 22, set, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo.** Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. **In: *Direitos fundamentais revisitados.*** Andrea Bulgakov Klock *et al.* (orgs.). Curitiba: Juruá, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014

_____, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?** <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em 20 out. 2015.

CAENEGEM, Van R. C. **Juizes, Legisladores e Professores.** São Paulo. Editora Campus, 2010.

CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado.** 3.ed.: São Paulo, 1949, p.95.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional:** teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3ª edição revista, atualizada e ampliada do livro Atividade legislativa do Poder Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério.** Tradução Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart, **Democracia e desconfiança, uma teoria do controle judicial de constitucionalidade,** Trad. de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

EUA. **Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia,** de 16 de junho de 1776. Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0->

cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 15 de jul.de 2015.

FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais**. ANIMA : Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET. Publicação trimestral – Ano I – Nº 1 –Curitiba, 2009. Disponível em:<http://www.animaopet.com.br/primeira.../artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo penal. *São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002*, p. 688

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**, de 26 de agosto de 1789. Versa sobre os direitos naturais. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homemedo-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015. (O Espírito das Leis . Tradução de Pedro Vieira Mota. 2a. edição. São Paulo: Saraiva, 1992)

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressupostos**. 7a Edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2.008

GUEDES, Néviton. **O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção**. <http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?pagina=3><http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?pagina=3>. Acesso em 20 Mar. 2016.
HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002

LEITE. Roberto Basillone Leite. **O Papel do Juiz na Democracia**. São Paulo: Editora LTR, 2014.

MACHADO. Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: Limites Institucionais Democráticos e Constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo. Boitempo, 2004.

MARSHALL, John; **Decisões constitucionais de Marshall**, Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11.ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso de. STF. **Noticias**. 2010. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>. Acesso em 30 de Abril

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 244

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

NETO, João Hermann. **Um novo Ato Institucional**. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1904200410.htm>. Acesso em 30 out. 2015.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RANCIÈRE, Jacques. **O Ódio à Democracia**. São Paulo: Editora Boitempo, 2014.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. **O Princípio Contramajoritário como característica do Controle de Constitucionalidade**. 2011. 76 f. Monografia apresentada na Faculdade de Direito das faculdades integradas Antônio Eufrásio de Toledo para obtenção de Bacharel em Direito.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. 7º tiragem. São Paulo, 2006

STRECK, Lênio Luiz. In 1988-1998, uma década de Constituição; **As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental**, apud FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. In: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao002/americo_freire.html.

_____, **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso 30 out. 2015.

TOCQUEVILLE, A. 1987. **A democracia na América**. São Paulo: USP

VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análises Jurisprudencial do STF. Curitiba, 2009

XIMENES, Julia Maurmann. **A Judicialização da Política como Problemática de Pesquisa**. Disponível em:
<http://www.idbdul.com/uploaded/files/2012_11_7093_7116.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2014.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.