

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DO
JUDICIÁRIO NO ESTADO DE DIREITO**

Lucas Henrique Beppu

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DO
JUDICIÁRIO NO ESTADO DE DIREITO**

Lucas Henrique Beppu

Monografia (ou TC)
apresentada como requisito
parcial de Conclusão de Curso
para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob
orientação do Dr. Sérgio
Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2016

BEPPU, Lucas Henrique Beppu.

Ativismo judicial e os limites da atividade legislativa do judiciário no estado de direito. Registro: 2016. 99 f.

Orientador: Sérgio Tibiriçá Amaral

Monografia para em Direito (Área de Concentração: Direito Constitucional), – Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, 2016.

1. Separação de poderes. 2. Teoria de freios e contrapesos. 3. Ativismo judicial. BEPPU, Lucas. Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

**ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DO
JUDICIÁRIO NO ESTADO DE DIREITO**

Trabalho de Curso (ou Monografia) aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral
Orientador

Wilton Boigues Corbalan Tebar
Examinador

Sérgio Mastellini
Examinador

Presidente Prudente, 26 de outubro de 2016

“O direito é um poder passivo ou pacificado pelo Estado e é sinônimo de poder, pois sem esta participação e legitimação democrática, só resta a violência, a descrença e a barbárie.”
(Hannah Arendt)

“O Supremo tem servido bem ao país. Em uma democracia, não é bom que exista uma instância hegemônica. É preciso que os poderes se contrabalancem efetivamente. Vivemos um momento em que há certa proeminência do Supremo e do discurso jurídico, o discurso da racionalidade do Direito.”
(Luís Roberto Barroso)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primordialmente, pela simples promessa.

A minha família, exemplo de caráter e educação, responsável por minha dedicação e paixão pelos estudos.

Ao dedicado mestre Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral, exímio orientador e professor, pela confiança depositada, mormente pela atenção e dedicação, também pelas dicas, direcionamentos e pela paciência.

À Banca examinadora, primeiro, Professor Wilton Boigues Corbalan Tebar, primoroso profissional de direito, pelas instruções e consultorias ao decorrer deste trabalho.

E ao examinador Dr. Sérgio Mastellini, com quem tive a honra de estagiar, desenvolver argumentação jurídica e, principalmente, encontrar exemplo de dedicação profissional.

Por derradeiro, a todos que me auxiliaram de alguma maneira nesta tarefa, seja por meras palavras de incentivo ou qualquer outro meio de contribuição.

RESUMO

O seguinte trabalho tem como prisma basilar demonstrar a veemente adoção de posturas ativistas do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes Públicos da República, mormente em detrimento ao Poder Legislativo. Para tanto, solidifica-se o desenvolvimento histórico do sistema da tripartição de poderes, por meio de seu principal precedente Charles de Secondat Montesquieu, como teoria patente na Constituição Federal hodierna, em conjunto à incidência do controle mútuo existente entre os órgãos de poder, isto é, a teoria do sistema de freios e contrapesos. Estabelece a função ativista das instituições constitucionais como meio de aplicação e efetivação do Texto Magno, no cerne do remédio Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em virtude da previsão que o próprio texto constitucional traz de mecanismos no sentido de complementar o mister do legislador ordinário, o qual introduz normas constitucionais com eficácia limitada, dispositivos que reclamam por norma póstera. Por derradeiro, o ativismo judicial como fenômeno tendente a concretizar os preceitos constitucionais e seu exercício de forma moderada e limitada, coadunando-se com os valores e princípios da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação dos poderes. Sistema de freios e contrapesos. Omissões legislativas.

ABSTRACT

The following study has as fundamental prism demonstrate vehement adoption of activists postures of the Judiciary Branch in relation to other Public Powers of the Republic, especially over the Legislative Power. To this end, the historical development of the tripartition system of powers is solidified through its main precedent Charles Secondat Montesquieu, as patent theory in the current Brazilian Constitution, in conjunction with the incidence of the existing mutual control among the organs of power, that is, the theory of checks and balances of the system. Establishes the activist role of constitutional institutions as a medium of implementation and enforcement of the Great Text, at the heart of the normal Writ of Injunction and unconstitutionality lawsuit by omission, because of the provision that the constitutional text itself brings mechanisms to complement the work of the ordinary legislator, which introduces constitutional rules with limited effectiveness, devices that claim for future guidance standard. At last, judicial activism as a phenomenon aimed at achieving the constitutional precepts and its exercise in moderate and limited way, conciliated with the values and principles of the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Judicial Activism. Separation of powers. System of checks and balances. Legislative Omissions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTEXTO HISTÓRICO E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	12
2.1 Evolução História Da Separação De Poderes	17
3 RELEVÂNCIA DO SISTEMA DE “FREIOS E CONTRAPESOS”	29
4 ANTECEDENTES: CONTROLE DIFUSO E O CASO “MADISON VS MARBURY”	36
4.1 Antecedentes: O Sistema Tripartite À Ótica Do Modelo Francês	41
5 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E AS ESPÉCIES NORMATIVAS	47
5.1 Da Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão	55
5.2 Do Mandado De Injunção Diante A Omissão Legislativa	66
6 BASES DO ATIVISMO JUDICIAL	76
6.1 Da Necessidade De Limitação Ao Ativismo Judicial	83
7 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

1 INTRODUÇÃO

O texto da atual Constituição Federal de 1988, afirma pelo amparo teoria da separação tripartite dos chamados poderes ou funções, com o precursor predominante Charles de Secondat Montesquieu. Nada obstante as demais conjunturas de acepções que foram delineadas ao longo do contexto histórico do Estado de Direito até o desenlace na atividade judiciária como proeminente aos demais órgãos de poder. Estas dimensões foram abordadas no primeiro capítulo desta apreciação acadêmica que utilizou os métodos dedutivo e indutivo, além do método histórico. Trata-se assim, de uma pesquisa bibliográfica sobre a temática com delimitações previamente definidas no projeto.

Baseando-se numa visão que, a princípio, assegurava os poderes absolutos do soberano estatal, a busca por medidas objetivas de imposição de limites se tornou constante no antagonismo ao Estado como figura ilimitada. Nas raízes da Magna Carta de 1215, oriunda de João Sem Terra, com extrema contribuição à concretização do constitucionalismo, os ingleses adotaram veementemente tais medidas, tendo como resultado profícuo o chamado *Bill of Rights* de 1689, no sentido de restringir o poderio estatal. Dizendo-o de outro modo, a referida Carta de Direitos significou estabelecer um alicerce do sistema da separação de poderes no embate contra o absolutismo estatal. O progresso histórico do Estado de Direito conjuntamente com a premissa de vigorar uma Constituição escrita limitadora de poderes, acarretou no conceito atual do sistema tripartite, o que fica patente nas pesquisas bibliográficas em obras nacionais e estrangeiras do presente teor.

O sistema da separação de poderes encontra-se no bojo da Constituição Federal vigente, com a independência e especialização das funções inerentes a três órgãos distintos, aos quais foram incumbidas funções típicas, assim como as denominadas “atípicas”. Neste contexto, além das funções características de cada poder público – como a função de legislar designado ao Poder Legislativo –, houve a necessidade de estabelecer, com fundamento no mecanismo dos *checks and balance* ou “freios e contrapesos” e tonificando um cenário de harmonia entre os poderes, uma espécie de controle recíproco no Poder Público, no intuito de evitar o exercício demasiado de qualquer dos órgãos de poder.

A exemplo desta forma de controle dos pronunciamentos estatais fez-se abordagem sobre o Tribunal de Cassação no bojo do sistema francês, onde a vertente restritiva se dava acerca do Judiciário, haja vista que o juiz sofria influências diretas do Poder Soberano da época, seria imprescindível estabelecer controle sobre este órgão, em respeito à tripartição de poderes. Nestas dimensões, houve restrição na função das instituições judiciais, caindo-se na aptidão de estrita interpretação do texto de lei.

Compreenderia um instrumento de controle entre os Poderes Estatais no território francês, em consonância ao sistema tripartite e sua agregada teoria de freios e contrapesos, evitando assim, a interpretação ofensiva da Constituição e demais normas dispersas pelo ordenamento, comedindo a violação por parte do Poder Judiciário e seu caráter excedente.

Há discussões importantes que foram relatadas nesta pesquisa acadêmica demonstrando que existe no Brasil o fenômeno denominado “ativismo judicial”, significaria dizer que o Poder Judiciário atuaria de forma exorbitante de suas demarcações divisórias. Em outros termos, o ativismo judiciário compreende uma atuação proativa de o referido Poder, onde este assumiria um modelo de atuação fora de seu patamar originário, mormente em decorrência da inação dos demais Poderes Públicos, imiscuindo-se nas atribuições alheias.

É importante salientar que a Constituição Federal vigente no Brasil, diante essa situação de inércia, em especial do Poder Legislativo, trouxe em seu texto a previsão de determinados instrumentos protetores dos preceitos constitucionais e aplicação da Carta Maior, quais sejam, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADINO) e o remédio constitucional do Mandado de injunção. Neste teor, a partir da consciência de que inexistem mecanismos coercitivos aos Poderes Públicos, também se colocaram a prova os primórdios do ativismo judicial, na medida em que numa eventual hipótese de omissões subsequentes do órgão legiferante, o Poder Judiciário atuaria de modo a suprir as lacunas normativas deixadas, ainda que em desconformidade com suas atribuições típicas.

Essa prática ativista é fadada a discussões acerca de legitimidade, em detrimento à previsão da separação de poderes aliada ao sistema *checks and balances* do ordenamento jurídico.

No entanto, a sua utilização não deve ser vista como atuação negativa e de descarte, posto que ao Poder Judiciário incumba a aplicação e efetivação da Constituição Federal e seus valores e princípios característicos, sendo este o ponto de enfoque principal desta temática.

Destarte, no presente trabalho pretendeu-se o uso do método dedutivo e indutivo, demonstrar as principais ocorrências de desenvolvimento e aprimoramento do sistema da separação de poderes, em concomitância à necessidade da limitação do poder pelo Direito, oportunizando as diversas formas que existiriam com o propósito de limitação estatal, bem como demonstrar tal evolução por meio do método histórico até a atual estrutura do Estado de Direito. Ademais, abordou-se acerca do fenômeno jurídico do ativismo judicial, distinguindo-o dos termos judicialização e seu antagonista “autocontenção judicial”, ainda estabelecendo o prisma sob sua legitimidade perante a Constituição Federal, sublinhando as críticas sobre a utilização demasiada e irrestrita, sendo necessário à imposição de limites a esta postura ativista, possuindo aptidão na atual conjuntura.

2 CONTEXTO HISTÓRICO E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

No século XVIII depois de muitos antecedentes, surge nos Estados Unidos da América do Norte um movimento de organização do Estado por meio de um documento chamado Constituição, que tem três características: documento escrito, com separação e organização dos poderes e uma carta de direitos. A partir do surgimento de premissas sobre o tema constitucionalismo ou movimentos constitucionais, ganham proeminência as primeiras ideias de separação de poderes, inicialmente de modo superficial e sem muita abrangência, mas que se robustece ao decorrer do desenvolvimento da ótica jurídica sob as formas de governos em vigor.

Não há como discorrer sobre separação de poderes, sem antes localizar no contexto histórico-jurídico o surgimento do constitucionalismo moderno, aliado à origem do Estado de Democrático de Direito. Para tanto, necessário começar com ideais liberais, na tentativa de estabelecer limite ao poder absolutista vigente naquele momento e consagrar a supremacia do indivíduo. Refutando-se assim às monarquias absolutistas e concentração de poderes na Idade Média, com a figura absoluta do Rei no poder soberano, onde se desconhecia qualquer forma de limitação de poder.

A princípio, no denominado “Constitucionalismo Antigo”, por Zulmar Fachin (2008, p. 36), é que começam a surgir documentos com natureza constitucional que passam a esboçar o ideal deste movimento, a exemplo, a Magna Carta de 1215, na Inglaterra, assinada pelo então rei João Sem Terra e a Petição de Direitos de 1628. Isto é, com esses chamados “bills” britânicos começam a emergir ideais de limitação do poder da monarquia absolutista vigente à época, visando à descentralização do poder. Constituem, portanto, antecedentes importantes.

Com base numa percepção primordial, conceitua-se constitucionalismo, como sendo “a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, 2002, p. 17).

O século XVIII marca o notável Constitucionalismo Moderno, o que, por sua vez, vem a consolidar as acepções antecedentes, inaugurando as constituições escritas como instrumento para a legitimidade do poder político e limitação do poder estatal, e assim, comedir o exercício arbitrário do poder por meio de controles.

Dentre os movimentos constitucionais, considera-se como o mais antigo o Constitucionalismo que vigorou no território inglês, em detrimento ao Constitucionalismo norte-americano e francês, sendo que a origem do movimento na Inglaterra antecede aos dos últimos. Como acertado o pioneirismo nessa construção de modelo, destaca-se a Magna Carta de 1215 como instrumento para a limitação dos poderes. Assim, comporta sublinhar que a Magna Carta de João Sem Terra teve enorme relevância ao constitucionalismo em questão, tendo em vista que, a partir desta, surgiu à figura do “Grande Conselho”, que mais tarde se traduziria no Parlamento, que, posteriormente, seria governado por meio do primeiro-ministro.

Note-se então, que o Constitucionalismo inglês, dada às circunstâncias estatais com predominância absoluta do monarca, adotou um sistema de atuação do rei e o Parlamento que se defrontam pela supremacia, com o fito de estabelecer um controle no tocante à edição de novas leis, por exemplo, que teriam que passar pelo Grande Conselho.

Em seguida, a “declaração de direitos” ou, melhor dizendo, o conhecido “Bill of Rights” de 1689 que, de maneira sucinta, visou imposição de limites ao absolutismo, enraizando balizas à tributação, o surgimento de eleições e imunidade aos parlamentares, dentre outras garantias institucionais. Além da tendência à limitação, essa declaração buscou similarmente controlar o poder estatal do monarca, sendo este o crucial viés da separação de poderes, que tem como finalidade justamente impor limite ao poder dentro do próprio Estado, controlando as funções estatais perante a Carta Maior. Toda a ideia do documento é construída com base na obra Segundo Tratado do Governo Civil, de John Locke, que, aliás, estiveram na posse dos monarcas da duarquia, William de Orange e Maria Stuart, os primeiros a assinar o documento.

É fundamental a importância do documento britânico chamado *Bill of Rights* de 1689, que veio após a Revolução Gloriosa da Inglaterra, pois aliado a este “Bill”, emerge o Liberalismo que acabaria por influenciar e fortalecer os demais movimentos constitucionais com o fito de alcançar liberdades antes ignoradas e, mormente, buscar pela proteção de liberdades individuais.

Nessa toada, cumpre destacar o alvitrado por Sahid Maluf (2010, p. 140) diante a importância do *Bill of Rights* em consignar limites ao poder estatal:

Especificando certos direitos essenciais, o *Bill of Rights* de 1689 firmou os seguintes princípios: o Rei não pode, sem consentimento do Parlamento,

cobrar impostos, ainda que sob a forma de empréstimos e contribuições voluntárias; ninguém poderá ser perseguido por haver-se recusado ao pagamento de impostos não autorizados pelo Parlamento; ninguém poderá ser subtraído aos seus juizes naturais; o Rei não instituirá, em hipótese alguma, jurisdições excepcionais ou extraordinárias, civis ou militares; o Rei não poderá, em caso algum, fazer alojar em casas particulares soldados de terra ou mar etc.

É a partir do *Bill of Rights* inglês, sob o prisma liberal, como lembra Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 208), que surge a publicação da “Declaração de direitos do bom povo da Virgínia” em 1776, nos Estados Unidos da América. No mesmo sentido, serve de inspiração às declarações similares nas demais colônias inglesas, com alicerce na mesma premissa e, principalmente, sobre as emendas propostas por James Madison diante às lacunas do texto constitucional da Carta Maior estadunidense de 1787, que foram incorporadas ao ordenamento e conhecidas como o *Bill of Rights* norte-americano.

Todavia, é no decorrer do século XVIII que o Liberalismo ganha corpo, precisamente no movimento constitucional ocorrido no Estado francês com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, repleta de ideários liberais sob ingerência do Iluminismo contrapondo-se ao absolutismo, culminando na Revolução Francesa de 1789. Significa estabelecer uma ligação inerente entre o movimento do Constitucionalismo moderno, fortemente influenciado por ideais liberais, com a concepção de Estado de Direito que, neste caso, melhor se conceitua como sendo um Estado “Liberal” de Direito:

O constitucionalismo moderno desponta, como se sabe, estreitamente ligado a ideia de Direito – a ideia de Direito liberal, liberdade política e de limitação do poder. O Estado só é Estado constitucional, só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. Ou, relendo o art. 16º da Declaração de 1789, “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. (MIRANDA: 2015, p. 170)

Logo, uma vez que o movimento do Constitucionalismo propunha a limitação do poder do monarca absolutista, faz-se mister destacar o papel fundamental do sistema da Separação de poderes, em razão do mesmo objetivo de descentralização do poder, de modo a impedir que este se concentre nas mãos de um só órgão. Caracterizando assim, com base na ideia de separação dos poderes, “garantia dos direitos dos cidadãos, crença na democracia representativa,

demarcação entre a sociedade civil e o Estado, e ausência do Estado no domínio econômico (Estado absenteísta).” (CARVALHO: 2002, p. 128).

Patente que o Estado Liberal de Direito, como leciona Sahid Maluf (2010, p. 143), caracterizado pela consagração dos direitos naturais do homem, bem como seu direito à liberdade em detrimento a uma Constituição escrita, sequer cogitava sobre direitos sociais, muito menos dos deveres individuais em prol da sociedade.

Não obstante as diversas garantias advindas com o Estado Liberal de Direito e a submissão à lei proveniente do princípio da legalidade e intervenção estatal reduzida, vale lembrar que esta concepção de Estado de Direito não resistiu à prática tal qual se mostrou rígida na teoria. Existiam muitos problemas no confronto entre a burguesia e o proletariado, que era explorado por meio da constituição liberal que previa um Estado de não intervenção.

Dá-se espaço assim, ao surgimento do chamado Estado Social de Direito ou *Welfare State*, especialmente após a eclosão da Revolução Industrial de 1770, ocorrida na Inglaterra, ainda que as duas constituições desse modelo, da segunda geração de direitos surgem na Alemanha e no México. Há uma mudança no contexto de limitação jurídica negativa, onde o Estado pouco intervinha nas relações de iniciativa privada. Surgem direitos prestacionais, tendo como corolário desta revolução, a concentração do poder político-econômico na burguesia da época, evidenciando as imperfeições do modelo liberal precedente.

No tocante à nova concepção de Estado de Direito, sob o cerne dos valores sociais, leciona Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes:

Com o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público. Para Manuel Garcia-Pelayo, o Estado Social de Direito significa um Estado sujeito à lei legitimamente estabelecida com respeito ao texto e às práticas constitucionais, indiferentemente de seu caráter formal ou material, abstrato ou concreto, constitutivo ou ativo, à qual, de qualquer maneira, não pode colidir com os preceitos sociais estabelecidos pela Constituição e reconhecidos pela práxis constitucional como normatização de valores por e para os quais se constitui o Estado Social e que, portanto, fundamentam a sua legalidade. Neste quadro, esvai-se a noção de legalidade própria do ideário liberal, pois a lei passa a ser utilizada não mais, apenas, como ordem geral e abstrata, mas, cada vez mais, apresenta-se específica e com destinação concreta – a generalidade de lei era considerada fulcro do Estado de Direito – mas, sim como instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, atendendo critérios circunstâncias. (STRECK: MORAIS: 2008, p. 96-97)

Em síntese, o prisma do Estado Social de Direito dá-se na correção do individualismo provindo dos ideários liberais por meio de garantias coletivas, no qual se agregam conteúdo econômico e social. A Lei Maior passa a ser mecanismo de atuação concreta do Estado buscando uma igualdade entre todos os seres humanos.

Exclusivamente durante o século XX, sob os efeitos do primeiro pós-guerra, houve a consagração dos direitos econômicos e sociais, onde triunfa a democracia social, mediante o início de intervenção estatal na ordem econômica e social, tendo como referência deste modelo as Constituições do México (1917), de Weimar (1919) e a Constituição de 1824 no Brasil (CARVALHO: 2002, p. 128).

Contudo, dada à fragilidade deste modelo de Estado de Direito, não se alcançou a concretização dos valores fundamentais concernentes à democracia e, segundo Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2008, p. 97), “a questão de igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material.”

Portanto, com o constitucionalismo liberal surge a separação dos poderes, com a finalidade da limitação destes. O modelo, além de marcar presença na primeira etapa do constitucionalismo, também é usado nas Constituições posteriores, como na Constituição do México e a Lei Fundamental da República de Weimar.

Por fim, o Estado Democrático de Direito, que não surge com o fito de opor-se às concepções de Estado Liberal e Social de Direito, mas, pelo contrário, como método de concretizar o princípio da igualdade e democracia como meio assecuratório dos direitos individuais do cidadão. Com base no que leciona José Luis Bolzan de Moraes e Lênio Streck (2008, p. 97), a ótica democrática de Estado de Direito visa uma adaptação das condições sociais dos indivíduos, vinculado a um conteúdo transformador da realidade, ultrapassando assim, o aspecto tão somente material da dignidade do homem, resultando numa sociedade com participação efetiva do homem no que toca ao seu processo de reconstrução.

Convém salientar, por fim, que o Estado Democrático de Direito é formado com alicerces de uma Constituição como instrumento crucial para concretizar garantias jurídicas, bem como a separação de poderes como meio de limitação do poder estatal.

2.1 Evolução História Da Separação De Poderes

Uma vez estabelecida a origem e a evolução do movimento constitucional moderno em conjunto com a atual concepção de Estado de Democrático de Direito, é necessário evidenciar uma das primordiais finalidades que se almejava, pilar do atual desse modelo, que consiste na Teoria da Separação de Poderes. Cumpre enaltecer, neste sentido, o desenvolvimento histórico desse sistema, suas origens na Antiguidade Clássica, com Platão e Aristóteles, até sua consagração na idealização de Charles de Secondat Montesquieu que vem a incorporar ao Constitucionalismo.

Como destacado, a origem da teoria da separação de poderes remonta à Antiguidade Clássica, onde não existia qualquer menção sobre a divisão dos poderes. Inicialmente com Platão, por meio de sua obra “Diálogo das Leis”, mormente com Aristóteles, por meio da obra denominada “Política”, que, por sua vez, defendia a imagem da existência de três funções distintas, quais sejam, editar as denominadas normas gerais, aplicá-las ao caso concreto e a última função de julgamento, sendo incumbidas a um só indivíduo, como aduz Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 217). Momento da história em que os cidadãos não detinham direitos em suas mãos, mas apenas deveres provindos do Estado.

De acordo com Jorge Miranda (2015, p. 12), havia oposição entre o pensamento de Platão e Aristóteles, partindo tanto de um pressuposto idealista, quanto de uma visão classificatória, já que para Platão existiam as formas reais, divididas em timocracia, oligarquia, democracia e tirania, bem como ideais, a monarquia e aristocracia; e para Aristóteles, uma versão dividida em formas pura (monarquia, aristocracia e democracia) e degenerada (tirania, oligarquia e demagogia).

Foi Aristóteles que introduz a ideia de uma “constituição mista” presente em toda constituição dita como concreta que nortearia o surgimento da separação de poderes na Inglaterra, denominando-a até mesmo de governo misto, isto é, vários grupos com participação no poder:

A análise das constituições concretas exige que se tenha igualmente em conta o seu substrato constitucional, isto é, a sociedade, que se compõe sempre de diversas partes, grupos ou classes. Esta diversidade é que é a causa real de tantas formas de governo. [...] Neste sentido, constituição mista já será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam

do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar em mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político. (PIÇARRA: 1989, p. 33).

Não é difícil perceber que, para o filósofo, a melhor forma desenhada ao poder político era, certamente, a divisão deste em classes ou grupos, não centralizando as funções em um só órgão ou pessoa. Em outros termos, para Aristóteles, o conceito de constituição mista era o que melhor se encaixava no poder estatal, pois abarcava todas as classes sociais, participando do poder os dois extremos – classe alta e classe social baixa. No entendimento de Nuno Piçarra (1989, p. 36), tal modelo aristotélico estaria associado à doutrina da separação dos poderes, ocasionando equilíbrio ou balanceamento das classes sociais por meio da participação efetiva no exercício do poder.

Ainda nesta vertente filosófica, é importante realçar seu desenvolvimento gradativo e assim, conforme expõe Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 218), no século XIV, surge Marsílio de Pádua com sua obra “Defensor Pacis”, demonstrando uma vertente à divisão de poderes, distinguindo o poder executivo e legislativo, opondo povo e príncipe em dois extremos, na primeira tentativa de assegurar a soberania do primeiro.

Todavia, ainda que seja possível perceber a preocupação destes filósofos clássicos da Idade Antiga com a distribuição das funções do poder, denota-se que a separação das funções como instrumento para efetivar as garantias jurídicas intrínsecas à liberdade individual se deu, exclusivamente, quando emergiu o constitucionalismo como dispositivo de impugnação ao absolutismo. Em relação a este último, é mister expor as razões justificadoras da teoria absolutista pelas quais apoiava Jean Bodin, em sua obra “*Les Six Livres de La Republique*” (Seis Livros da República) de 1577, defendendo a natureza imutável do poder soberano, sendo este uno e indivisível, perdendo sua essência uma vez que fora destrinchado, bem como seu poder não decorrer do direito, mas sim da razão ou da simples vontade (PIÇARRA: 1989, p. 41).

A partir da linha filosófica preestabelecida, a Inglaterra, a partir do século XVII, assume em seu ordenamento a ideia explanada anteriormente de constituição mista como forma de governo e como forma garantidora da organização

estatal, sem sequer passar pelo absolutismo, conforme afirma Nuno Piçarra (1989, p. 42):

Apenas com o extraordinário desenvolvimento das instituições representativas em Inglaterra, que a haveria de conduzir um Estado estamental a um Estado constitucional-representativo, sem praticamente ter feito conhecer o Estado Absolutista a ideia de que a melhor forma de governo consistia num esquema constitucional em que Rei, Lordes e Comuns repartissem entre si o poder político, pôde consolidar-se a ponto de aí se ter tornado, no século XVII, a teoria política dominante.

A separação de poderes como doutrina tem seu berço na Inglaterra, precisamente com o marco histórico da Revolução Gloriosa e do *Bill of Rights* de 1689 – que impõe fim ao absolutismo, conforme será demonstrando adiante –, na imposição de limites ao poder da Coroa, onde um Estado estamental medieval se transforma em Estado constitucional-representativo, sem sequer passar pelas ideias norteadoras do Estado absolutista.

Eis que surge a teoria da separação de poderes no território britânico, que serviria como ponto primordial ao ideário de Estado de Direito, agregado a ideia do *rule of law* – que compreende a base do constitucionalismo moderno, método pelo qual o Estado está vinculado ao Direito, visando a contenção do exercício arbitrário por ele – que, inicialmente, previa apenas a divisão de funções em Executivo e Legislativo. O *rule of law* previa um sistema baseado na proibição da arbitrariedade do poder e na efetivação das garantias intrínsecas a cada indivíduo, corolário do movimento do constitucionalismo, de evidente carácter antiabsolutista e, conseqüentemente, fazendo surgir a teoria da separação de poderes (PIÇARRA: 1989, p. 44).

Em outras palavras, o princípio da separação de poderes britânico surge em decorrência da indispensabilidade do *rule of law*, que adotava a premissa da total submissão à lei, sendo um sistema de notável oposição aos ideários absolutistas. Tal situação foi ponto promissor da Guerra Civil inglesa (1642-1649), antecedendo a adoção do princípio da separação de poderes consagrado pela Constituição inglesa de 1653:

A dilucidação dos vectores fundamentais deste conflito histórico entre absolutismo e *rule of law*, que descambou na guerra civil inglesa (1642-1649), é condição prévia essencial para a compreensão da exigência de uma separação orgânico-pessoal entre função legislativa e função executiva (designação inicial da função jurisdicional. Só com a definitiva rejeição do

absolutismo em 1689, essa exigência pôde ser definitivamente concretizada na constituição inglesa (PIÇARRA: 1989, p. 45).

A Guerra Civil inglesa, durante o século XVII, demonstrou evidente a solidez que se encontrava a Monarquia Mista, adeptos do absolutismo que, na figura do Rei Jaime Stuart I, opôs resistência à submissão e obediência à Lei, tendo como sustentáculo a posição de supremacia do poder monarca até mesmo em relação à norma legal, enquanto que, de outra parte, o *rule of law* mantinha a ideia da total subordinação ao texto de lei, englobando neste rol, o rei monarca à época. Numa monarquia mista adotada pelos ingleses, o *rule of law* contrapunha-se sustentando a separação das funções de criação e execução legais, tendo em vista que a concentração destas funções num só órgão obstava a concretização do princípio democrático.

Ainda no tocante ao *rule of law* contra o absolutismo, a Petição de Direito, votada pelo terceiro Parlamento de Carlos I, na Inglaterra, já oferecia algumas restrições ao regime absolutista do poder, principalmente com o pressuposto de supremacia da lei no âmbito do rei. Ocorre que, todavia, este parlamento fora dissolvido pelo então rei Carlos I em 1629, por período onde se encontrava absoluto no poder o monarca, precisamente até 1640, fato que ficou conhecido como *Eleven years of tyranny* (Onze anos de tirania). Em seguida, com fins tão somente tributários, Carlos I convocara os chamados Curto e Longo Parlamento, de modo que este último se colocara em posição totalmente contrária ao governo estatal (PIÇARRA: 1989, p. 48). Isto é, o Longo Parlamento se opôs ao regime absolutista do monarca, fato este, que redundara nas atuações abusivas por parte deste ao desempenhar sua atividade parlamentar.

A partir daí a doutrina da separação de poderes, pela primeira vez enunciada nos traços autônomos fundamentais, segundo Nuno Piçarra (1989, p. 49-50), como arma ideológica em detrimento ao poder abusivo e arbitrário do Longo Parlamento, sendo imprescindível a limitação deste órgão legislador, refutando qualquer competência de natureza jurisdicional que caberia a outro órgão constitucional exercer. Ou seja, a separação de poderes inglesa tinha como fulcro retirar os poderes de legislador e julgador do Longo Parlamento, excluindo o exercício arbitrário do poder parlamentar, pois nesse período houve um abuso que culminou numa guerra civil.

Deste modo, cumpre reconhecer que a teoria da separação de poderes, a princípio, visava distinguir as funções executivas e legislativas, eximindo a sua centralização num só órgão de modo a deslocá-las a órgãos distintos, como meio de assegurar as liberdades fundamentais dos indivíduos, com finalidade substancial de garantir o *rule of law*. Distinção essa, como já exemplificada anteriormente, fora explanada primordialmente por Marsílio de Pádua, na obra *Defensor Pacis* de 1324, explicando que poder de legislar “compete ao povo que o pode delegar numa assembleia de representantes e o poder executivo, [...] compete ao príncipe o qual não tem qualquer participação no exercício do primeiro.” (PIÇARRA: 1989, p. 57).

Na França, a separação de poderes vem com o único propósito de restringir e refrear o poder concentrado na monarquia absolutista. Possível estabelecer uma correlação acerca deste princípio (da separação de poderes) entre o território francês em questão e o britânico, segundo o qual priorizavam a lei como alicerce das garantias das liberdades individuais, argumento este alvitado por John Locke, em sua obra denominada “Segundo tratado sobre o governo”, que ressaltava a imposição de limites ao poder do Estado como instrumento fundamental à proteção destas liberdades. Diante da influência de John Locke, assevera Dalmo de Abreu Dallari:

No século XVII é que vai surgir, entretanto, uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes, com a obra de John Locke. Baseado, evidentemente, no Estado inglês de seu tempo, Locke aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras” (2010, p. 218).

Portanto, fica claro que existe dentro da doutrina daquele período uma busca pelo controle do absolutismo por meio de instrumentos que estivessem previstos em regras, ou seja, no caso britânico em leis comuns ou de tempos imemoriais, como as que estavam na Magna Carta de 1215.

Em contrapartida ao regime absolutista que desconhecia “qualquer limitação do poder” (MALUF: 2010, p. 136), John Locke pregava o chamado antiabsolutismo, o que acabaria influenciando e culminando na Revolução Gloriosa de 1688, proveniente da entrega do trono à duarquia formada pelos reis holandês

Guilherme de Orange e a inglesa Maria Stuart. Com isso dá-se origem ao *Bill of Rights*, suprimindo a corrente absolutista na Inglaterra (PIÇARRA: 1989, p. 65), dando espaço à legitimidade do Parlamento. Os dois soberanos assinaram um documento reconhecendo limites e o poder do Parlamento, mesmo porque os nobres haviam afastado o rei católico, pai de Maria Stuart, que estaria ausente da sucessão, mas acabou sendo convidada junto com o esposo, por reconhecer os limites.

Essa Carta de Direitos foi fundamental para efetivar as garantias individuais, enfraquecendo o poder do monarca, pois este contava com poder ilimitado e o exercia conforme sua vontade. Dito de outro modo, nasce na Grã-Bretanha um documento que é quase uma constituição, que estabelece limites ao poder do rei, seguindo a tendência que começou em 1215, com a Magna Carta de João Sem-Terra.

John Locke, no que toca ao poder do Estado, sustentava a divisão em quatro funções, quais sejam, legislativa, executiva, federativa e prerrogativa, pregando pela supremacia do Poder Legislativo sobre os demais (FACHIN: 2013, p. 204). A divisão das referidas atribuições significava uma oposição ao regime absolutismo vivido à época, sistematizando a separação de poderes como melhor forma de exercício de governo.

Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 148) versa sobre a essencial obra de Locke, “Segundo tratado sobre o governo”, no sentido de que o filósofo destacava o Poder Legislativo com ênfase, podendo este ser exercido por diversos órgãos, mas sempre sendo necessária sua subordinação ao povo. Assim, a comunidade conservava o poder supremo, se resguardando nas hipóteses de tentativa de ameaças aos direitos individuais. Explanando John Locke (1983, p. 86), nesse sentido, que “toda obediência, que pelos mais solenes vínculos qualquer um pode ser obrigado a prestar, vem a dar finalmente neste supremo poder e reger-se pelas leis que promulga”.

A importância do pensamento de Locke para a divisão como estrutura dos poderes é no teor de revigorar a limitação da atuação arbitrária do poder, bem como abalar os ideais do absolutismo monárquico da Inglaterra à época, legitimando o povo no poder, influenciando na supremacia do Parlamento ou Poder Legislativo. Sobre as atribuições do Legislativo, cumpre destacar a concepção no deslinde de John Locke:

O poder legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros. Como se tem de pôr constantemente em prática as leis, que devem continuar sempre em vigor, mas que se podem elaborar em curto prazo, não há necessidade de manter-se tal poder permanentemente em exercício, pois que nem sempre teria no que se ocupar. E como pode ser tentação demasiado grande para a fraqueza humana, capaz de tomar conta do poder, para que as mesmas pessoas que têm por missão elaborar as leis também tenham nas mãos a faculdade de pô-las em prática, ficando dessa maneira isentas de obediência às leis que fazem, e podendo amoldar a lei, não só quando a elaboram como quando a põem em prática, a favor delas mesmas, e assim passarem a ter interesse distinto do resto da comunidade contrário ao fim da sociedade e governo; em comunidades bem ordenadas, nas quais o bem de todos se leva em conta como é devido, o poder legislativo vem às mãos de diversas pessoas que, convenientemente reunidas, têm em si, ou juntamente com outras, o poder de elaborar leis; depois de assim fazerem, novamente separadas, ficam sujeitas às leis que fizeram, o que representa obrigação nova e mais próxima para que as façam tendo em vista o bem geral. (1983, p.91).

O Poder Legislativo compreenderia uma melhor forma de lidar com a segurança jurídica da sociedade, tendo como instrumento efetivo a lei, emanada pelo corpo de representantes do povo, isto é, surge a inserção do povo no exercício do poder, ofuscando e diminuindo a centralização do poder ao Rei. Acontece que, na concepção de John Locke, a função de legislar era o poder máximo, que se sobrelevava ante os demais, o que acabava por resultar numa espécie de desigualdade entre os poderes, em razão de que, mesmo sob a ótica da separação, havia ainda um poder dito como supremo.

Nesse sentido, o poder legislativo naquele momento na Inglaterra era significado de um poder supremo, partindo da premissa da superioridade daquele que emana leis, prescrevendo regras e concedendo poder executório para quando houver transgressão normativa (LOCKE: 1983, p. 93). Como ratifica Nuno Piçarra (1989, p. 68), “na maioria parlamentar que a comunidade delega o exercício do poder mais ajustado à viabilização dos fins que motivaram a sua constituição: o poder de fazer leis”. O poder na Inglaterra passa a ser do Parlamento, que busca aperfeiçoar um modelo que vai servir para outros Estados.

Locke versava sobre um poder responsável por ditar as regras da sociedade, colocando-o em patamar de extrema relevância dentro da forma de governo vigente à época, acima dos demais poderes, que lhe eram subordinados.

Contudo, “torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor” (LOCKE: 1983, p. 91), assim, a separação dos poderes legislativo e executivo, como meio de

salvaguardar a execução da norma legal. Destarte, no tocante à divisão dos poderes pela concepção de John Locke, é patente que tais funções foram conferidas meramente a dois órgãos (executivo e legislativo). A divisão de poderes de John Locke insistiu na supremacia da função legislativa sobre qualquer outra, mas disponibilizou, para assegurar sua execução, outro poder, com o exclusivo fito de fiscalizar a execução lei, ou seja, o filósofo já detinha em mente a hipótese do controle de um poder sobre outro, ainda que proveniente de poder inferior em detrimento ao poder supremo do legislativo.

Aliás, no que toca a distinção entre ambos os poderes, vez que já se explanara sobre o poder legislativo na figura de um poder supremo advindo do povo, impende aclarar que, em contrapartida, o executivo caberia ao rei no exercício das demais funções: federativa e prerrogativa. Deste modo, entendia-se como função federativa o direito de valer-se poder de paz e de guerra, atos de celebração de tratados e alianças, igualmente conduzir negócios com pessoas e comunidades do estrangeiro (CARVALHO: 2002, p. 86). Já a função prerrogativa, também seria aplicada pelo rei, podendo agir ainda que em dissonância com o texto legal, desde que o faça “a favor do bem público, sem a prescrição da lei e muita vez mesmo contra ela, é o que se chama de prerrogativa.” (LOCKE: 1983, p. 98).

Não obstante a indubitável concepção sobre a separação de poderes oriunda de John Locke que retomava os rumos do *rule of law*, é de fundamental importância alvitrar que, para o filósofo, o Poder Judiciário não era autônomo em sua essência, mas se encontrava vinculado ao Legislativo. A visão do Poder Judiciário como órgão autônomo fora emanada somente no século XVIII por Charles de Secondat Montesquieu, com a prestigiada obra *O Espírito das Leis* (1978), que “emergiu a percepção de uma tripartição (Executivo, Legislativo e Judiciário) de funções como ‘poderes’ independentes entre si.” (STRECK, MORAIS: 2008, p. 180).

A contribuição de John Locke para o pensamento atual sobre Separação de Poderes é de suma importância, pois o filósofo inaugurou uma forma de governo submetido à divisão de funções, em específico, um plano governamental destrinchado em quatro funções distintas, na medida em que designava um Executivo fiscalizador da execução das normas. Estabeleceu também que além da função de levar em praticidade as leis oriundas do Poder Legislativo, haveria outra, a função federativa, onde se concentravam as funções externas ao governo local,

descartando o poder Judiciário como autônomo, mas sendo mero desdobramento do Executivo.

Entretanto, foi na visão de Charles de Secondat Montesquieu que se deu a sistematização da separação de poderes, bem como surgiu um Poder Judiciário como órgão autônomo aos demais, observando a existência de três poderes independentes e harmônicos entre si (Executivo, Legislativo e Judiciário), que vigora atualmente no texto da Constituição Federal de 1988 no Brasil.

A princípio, convém destacar o alvitrado por Sahid Maluf acerca da magnitude e influência deste sistema tripartite:

Coube-lhe a glória de erigir as divagações filosóficas dos seus predecessores em uma doutrina sólida, que foi desde logo acolhida como dogma dos Estados liberais e que permanece até hoje sem alterações substanciais. Antes mesmo dos Estados europeus, a América do Norte acolheu com entusiasmo a fórmula do genial escritor. A primeira Constituição escrita que adotou integralmente a doutrina de Montesquieu foi a de Virgínia, em 1776, seguida pelas Constituições de Massachussets, Maryland, New Hampshire e pela própria Constituição Federal de 1787. (2010, p. 226).

Impõe observar que Montesquieu não fora o inventor da doutrina da separação de poderes, mas sim o primeiro a sugeri-la de maneira inovadora em relação às vertentes anteriores (PIÇARRA: 1989, p. 89). Observa-se assim que, segundo Montesquieu (2000, p. 167-168), existiam três tipos de poder, o legislativo, executivo das coisas dependentes do direito das gentes, bem como o executivo que depende do direito civil, sendo que este último ele denominou de poder de julgar, onde se castiga os crimes ou julgam os conflitos entre particulares.

Ademais, Montesquieu versava sobre a separação tripartite dos poderes como mecanismo crucial para assegurar as garantias inerentes à liberdade dos indivíduos, chamando-a de liberdade política. Todavia, seria necessário estabelecer determinada limitação a essa liberdade, para que não ocasionasse a violação da liberdade no âmbito da população, isto é, tal liberdade não significa fazer o que se quer, é essencial respeitar os limites que a lei impõe e, sendo assim, traduz-se no respeito à norma legal, vez que se um indivíduo pudesse agir em desconformidade com a lei, não haveria liberdade, pois, este “direito” passaria a ser de todos (MONTESQUIEU, 2000, p. 166). Aliás, é crível estabelecer uma correlação com esse instituto de liberdade política com a própria ideia do *rule of law*, ou melhor, com o princípio da legalidade com veemente sujeição à lei.

Por conseguinte, “para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão” (MONTESQUIEU: 2000, p. 168), em outros termos, a liberdade política era tida como prisma da tripartição sob a ótica de Montesquieu, proclamando, basicamente, a aceção de liberdade dada pela lei. O ideal da concentração dos poderes a um só órgão ou a uma só pessoa que era compreendida como base nos primórdios das formações de Estado cai por terra com a visão do filósofo, que esclarece:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

A divisão das funções existentes no âmbito governamental era imprescindível para assegurar a liberdade na aceção de Montesquieu. Ao poder legislativo caberia a criação das leis, corrigindo e revogando as existentes; ao executivo remonta o poder de paz ou de guerra, visando à manutenção da segurança nacional e prevenção contra as eventuais invasões; e o poder judiciário (ou poder executivo das coisas dependentes do direito civil), por sua vez, era responsável pela punição dos crimes e julgamento dos litígios entre particulares (PIÇARRA: 1989, p. 91).

A atribuição do órgão legislador era a de criar as leis norteadoras da vida social, de modo a estabelecer condutas a serem respeitadas, vinculando o poder de julgar estatal. Esta cúpula seria formada por várias pessoas de forma colegiada, condenando qualquer visão unitária do poder de legislar e concretizando o que se conheceria por estado democrático, com observância participação direta do povo para escolha do representante (MONTESQUIEU. 2000, p. 171). Contudo, ao legislativo não caberia a função de tomada de decisões, devendo apenas participar no governo por meio da criação das leis que iriam vincular a sociedade como um todo, não podendo imiscuir-se na atividade decisória do Estado. Esta função caberia ao Executivo que, distintamente do primeiro, seria mais bem exercido

por um do que por vários, conforme denota Charles de Secondat Montesquieu (2000, p. 172).

Impõe observar que se cogitava já a partir da visão do filósofo a ideia sumária do sistema de “freios e contrapesos”, qual seja, a necessidade de fiscalização entre os poderes, a fim de assegurar o melhor desempenho de cada função. É nesse sentido que Montesquieu preconiza a hipótese de atuação do poder executivo no âmbito das atribuições do legislativo, com exclusivo intento de limitá-lo sem, contudo, participar dos debates, de modo a infirmar o poder de criação de leis que poderia cair em despotismo.

Entretanto, frise-se, que na visão de Charles de Secondat de Montesquieu, não se fazia necessário a fiscalização inversa:

Mas não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de limitar o poder executivo. Pois, sendo a execução limitada por natureza, é inútil limitá-la: além do que o poder executivo exerce-se sempre sobre coisas momentâneas. [...]

Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas [...]. (2000, p. 174).

Não poderia ocorrer a intromissão do legislador nos ofícios do poder executivo, vez que já o fazia quando da criação de leis. Isto é, ao criar uma lei, indiretamente estaria limitando o outro órgão de poder, sendo garantida para si apenas a faculdade de fiscalizar os modos de execução da lei. O executivo, por Charles de Secondat de Montesquieu (2000, p. 175), teria chance de “participar” da legislação, por meio da inclinação funcional de impedir as atuações despóticas, mas que, por outro lado, se o legislativo entremeasse na execução, esta última estaria perdida. Assim observando que não caberia ao poder executivo interferir no processo de criação normativa com intuito de decidir, tendo em vista que de tal forma, não existiria a liberdade.

Ratificava-se então, a sistemática da separação de poderes perante as garantias e seguranças dos indivíduos à luz do princípio da legalidade, que, na visão do filósofo, ganhava espaço como sistema da tripartição de poderes, com atribuições distribuídas aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Segundo Nuno Piçarra (1989, p. 101), pode-se dizer que a doutrina proveniente de Montesquieu acerca da separação dos poderes compreende traços que se converteriam no princípio homônimo, alicerce imprescindível da concepção de Estado de Direito.

A partir da concepção de Montesquieu a doutrina da separação de poderes notabiliza-se em escala mundial, influenciando diretamente a base nos âmbitos de formação do constitucionalismo, servindo assim como sistematização desta doutrina. É nesse sentido que prescreve José Afonso da Silva (2009, p. 109), dizendo que a teoria se tornara dogma constitucional com a Revolução Francesa (1789), frisando que a separação de poderes definida por Montesquieu, resultara na objetivação positiva das “Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787” (SILVA: 2009, p. 109). Portanto, o ideário francês serviu de modelo para as treze colônias, embora tenham criado um sistema de freios e contrapesos, ou seja, aprimoraram a teoria.

Destarte, a doutrina da tripartição de poderes em definitivo por Charles de Secondat de Montesquieu preconiza que caberia a três órgãos distintos a divisão das funções do Estado, quais sejam, a de criação de leis, administração estatal e a última consistia em resolver as querelas entre particulares, que serviriam como base ao Constitucionalismo e a formação efetiva do Estado Democrático de Direito, com exclusivo fim de assegurar as garantias no tocante à liberdade do indivíduo, tendo como instrumento a separação de poderes como forma de limitação.

3 RELEVÂNCIA DO SISTEMA DE “FREIOS E CONTRAPESOS”

Após o Estado absolutista, buscou-se na doutrina um modelo que assegurava o funcionamento da tripartição, como forma de controle, isto é, pessoas diferentes ocupando as funções e trabalhando com independência e harmonia. Dessa forma, nasce, posteriormente nos Estados Unidos da América do Norte um novo modelo chamado o sistema de freios e contrapesos, com funções típicas e atípicas visando à fiscalização mútua entre os órgãos de poder.

A solução encontrada para limitar internamente foi a divisão das funções ou a criação de três chamados “poderes”, vez que são funções do Estado. Os teóricos que agiram dentro dessa ideia de tripartição, como meio de limitação deste poder estatal, buscaram um desenvolvimento da doutrina, a fim de que houvesse independência, mas com certa harmonização das funções. Portanto, coligado ao desenvolvimento da acepção de Estado de Direito, com subordinação às normas estatais, buscou-se uma divisão das funções. Nasceu a tripartição de poderes, com divisão das atribuições inerentes a órgãos distintos como meio de combater o exercício arbitrário, refutando a preponderância da vontade de um só órgão, de modo a efetivar segurança jurídica. Portanto, órgãos distintos ocupados por pessoas diferentes, independentes.

Assim emergiu a sistemática da tripartição de poderes no âmbito do Estado de Direito, sendo considerado um princípio constitucional primordial para conter o exercício arbitrário do poder, com o fito de concretizar os direitos inerentes ao indivíduo. Foi uma reação ao absolutismo, que buscou num documento escrito um limite interno, a separação dos poderes e outro, um limite com uma carta de direitos. Esse modelo liberal clássico nasceu nos Estados Unidos da América do Norte e na França, contudo, acabou sendo usado pelo mundo todo.

No território brasileiro surgiu, preliminarmente, com a visão do poder dividido entre os poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador, nos moldes da Constituição do Império de 1824, tendo como sucedânea a tripartição de poderes de Montesquieu, sucessivamente até a Constituição Federal atual de 1988.

Nesse sentido, importante acentuar que o princípio fundamental que consiste a separação dos poderes conceituada por Charles Louis de Secondat Montesquieu está fixado no bojo da Carta Maior de 1988 da República Federativa do

Brasil, especificamente em seu artigo 2º, ao pronunciar que são independentes e harmônicos entre si os Poderes estatais, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, mesmo que a Lei Maior não trouxesse o princípio da separação dos poderes, esse tipo de funcionamento das funções estatais está bem delineado durante todo o texto constitucional oriundo de 5 de outubro de 1988. Acerca da referida divisão, José Afonso da Silva ressalta:

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes. (2009, p. 108).

Destarte, caberá a cada órgão ou poder o exercício da função específica, de modo a assegurar a premissa da divisão de poderes, com o fracionamento das atribuições, aspirando à especificação dos poderes governamentais, do mesmo modo que imponha restrições a este poder estatal.

Estabelecida essa premissa, é indispensável definir o conceito de “poder”, mormente, no que concerne à teoria orgânica do poder. Ou seja, não há exatamente um “poder”, pois este é uno e indivisível e o poder emana do povo, o que existe, na verdade, é a divisão de funções ou atribuições ao respectivo órgão: “três características fundamentais do poder político: unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, de onde parecer impróprio falar-se em divisão e delegação de poderes” (SILVA: 2009, p. 107).

Assim, diante dessa divisão e ao exercício distinto das funções ou atribuições atinentes a cada órgão que constitui a União (Executivo, Legislativo e Judiciário), com previsão no texto constitucional, importa elucidar seu caráter não absoluto, principalmente, no que toca ao desempenho das funções. Dito de outro modo, existem funções próprias de cada “poder” e também as funções consideradas estranhas a determinado órgão em detrimento aos outros dois, isto é, vigoram no escopo do ordenamento e da tripartição as funções típicas e atípicas de cada órgão. Dito isto, estabelece Luiz Alberto David de Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 135) que a “independência e harmonia entre os Poderes do Estado indicam, como princípio, que cada um deles projeta uma esfera própria de atuação, cuja demarcação tem por fonte a própria norma constitucional”, bem como desempenhar atribuição fora de seu domínio.

A função típica consiste naquela natural e intrínseca a cada poder, exemplificando, o Poder Executivo que possui, tipicamente, a responsabilidade respectiva ao governo do Estado e também, como função atípica, a faculdade de adotar as chamadas medidas provisórias. Assim, caberia também ao Poder Executivo uma função com natureza legislativa que, via de regra, incumbe ao Congresso Nacional.

A visão tripartite dos poderes, sob a égide da Carta Magna de 1988 hodierna no Brasil, como um princípio do artigo 2º, determina a divisão das funções de administrar, legislar e julgar aos três órgãos distintos, respectivamente, Executivo, Legislativo e Judiciário. Nessa toada, é necessário para que haja eficácia no funcionamento entre as funções, o exercício destas de maneira harmônica.

O órgão ou poder Executivo é aquele cuja função elementar e fundamental seria ligada pertinente aos atos governamentais, mormente no que toca a administração do governo do Estado. De outra maneira, essa consiste na função dita “típica” do executivo, que incumbe ao Presidente da República, eleito pelo voto nos ditames do atual Estado Democrático de Direito.

Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 1037):

A referência ao Poder Executivo contempla atividades diversas e variadas, que envolvem atos típicos da Chefia do Estado (relações com Estados estrangeiros, celebração de tratados), e atos concernentes à Chefia de governo e da administração em geral, como a fixação das diretrizes políticas da administração e a disciplina das atividades administrativas (direção superior da Administração Federal), a iniciativa de projetos de lei e edição de medidas provisórias, a expedição de regulamentos para execução das leis etc. (CF, art. 84), a iniciativa quanto ao planejamento e controle orçamentários, bem como sobre o controle de despesas (CF, arts. 163-169) e a direção das Forças Armadas.

Percebe-se que a função executiva vislumbra, sobretudo, zelar pelos atos de Chefia e de Administração. Não obstante, existem também as chamadas funções atípicas no cerne das atribuições cabíveis a cada órgão. No tocante ao Poder Executivo, a função atípica mais corriqueira compreende exercer encargo originário do Legislativo, isto é, legislar por meio do decreto de medidas provisórias, nos tenazes do artigo 59 da Constituição Federal.

Conforme José Afonso da Silva (2009, p. 108), originariamente, ao Executivo cabe função de governo no que tange à política e atribuição

administrativa. Entretanto, tal fato não impede o desempenho de função que, a princípio, não lhe pertença.

Nessa toada, passa-se a análise do Poder Legislativo, que, por sua vez, tem como atribuição típica e crucial a de legislar, preceituando o direito positivo, bem como a denominada normatização do direito. Asseverando, por óbvio, que o faz representando a população que elegera como parlamentares a função de elaborar as leis de modo geral, concretizando a democracia no âmbito jurídico e político do país. Importante destacar a relevância das leis constitucionais, de modo que sintetiza Jorge Miranda (2015, p. 299) que “o Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articulares entre si”.

Quanto à função que procede atipicamente, relevante fazer ressaltar “a questão dos julgamentos dos crimes de responsabilidade do Presidente da República” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR: 2011, p. 352), bem como o fato de ser encarregado por prover os cargos administrativos quanto à organização no âmbito geral de seus servidores, ou seja, atividade de natureza executiva, fadado à administração de seus serviços. Além disso, é de responsabilidade deste órgão, agora no âmbito do Poder Judiciário, julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo então Presidente do país, conforme o disposto no artigo 52, inciso I da Constituição, compete ao Senado Federal, *in verbis*: processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

Zulmar Fachin ainda discorre sobre uma função fiscalizadora do Poder Legislativo:

Fiscaliza as atividades do Poder Executivo e os atos administrativos do Poder Judiciário e do próprio Poder Legislativo. Nessa tarefa, conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 70). No exercício da função fiscalizadora, os parlamentares têm independência e são protegidos pela inviolabilidade, por suas opiniões, palavras e votos (art. 53). (2013, p. 422).

Em observância ao princípio da separação de poderes e, conseqüentemente, com o sistema de freios e contrapesos, desde já, evidente a necessidade do controle correspondente entre os Poderes da República, assegurando solidez estatal e efetivação da segurança jurídica.

Destarte, “atipicamente, o Legislativo também administra e julga [...] competência de cada uma das Câmaras para disporem sobre sua organização, política e provimento de cargos de seus serviços” (TEMER: 1992, p. 110), administrando seus próprios órgãos, função que seria, em tese, executiva. Ademais, cumpre destacar, a competência desse Poder Estatal quanto ao julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República em um eventual processo de *impeachment*, com natureza eminentemente judiciária, desempenhando ofício fora de seu âmbito de poder.

Por derradeiro, o Poder Judiciário responsável primordialmente por “aplicar” o direito, com fulcro nos dispositivos legais oriundos do órgão Legislador, de forma que resolva os conflitos de interesses e os litígios de determinadas naturezas – pois, como demonstrado, é da competência do Congresso Nacional, especificamente ao Senado, julgar os crimes arrolados nos incisos do artigo 52 da Constituição Federal de 1988 –, com efetiva aplicação normativa.

Não seria diferente ao discorrer sobre as funções jurisdicionais, podendo acentuar também as chamadas funções atípicas e estranhas a este órgão em específico. Muito se fala sobre as funções atipicamente atribuídas a este órgão, como de natureza executiva ao dispor sobre o regulamento interno dos Tribunais, e, conforme alvitra José Afonso da Silva (2009, p. 110), “passou para a sua competência a nomeação de juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária.”

Além do exposto, é importante ressaltar a competência deste poder de exercer o denominado controle de constitucionalidade sobre as normas, gerando assim, uma desvinculação ao poder Legislativo, assimilando a possibilidade de se declarar pela inconstitucionalidade de determinada lei, uma vez que à atividade de “legislar” incumbiria ao órgão Legislador. É o poder que guarda a Constituição, como lei suprema.

Quanto à função de natureza legislativa provinda do Judiciário, destaca-se a edição das normas regimentais internas, observando as normas e garantias processuais, mormente em relação às regras de competência e funcionamento (MORAES: 2013, p. 515). Em equivalência ao órgão legislador na edição de leis, ainda que, meramente em aspecto interno, assume um posto que, em regra, não seria seu.

Muitas vezes, o Poder Judiciário acaba extrapolando essas previsões, indo além das funções atípicas com previsão no ordenamento e outras vezes não, em especial quando vai efetivar direitos fundamentais. Acaba ganhando força na resolução de conflitos, em razão do livre convencimento, no momento de proferir uma decisão e, assim, acaba decidindo em desconformidade ou inobservância ao texto de lei, bem como em casos de omissões legislativas, conforme será abordado em capítulo próprio adiante.

Em síntese, pode-se dizer que, primariamente, foram designadas aos Três Poderes Estatais “as funções administrativa, legislativa e judicante. Não só essas, porém. É que, embora de forma subsidiária, cada Poder exerce função que originariamente pertenceria aos demais.” (ARAUJO, NUNES JÚNIOR: 2011, p. 351).

Insta salientar diante do discorrido, que junto à concepção do sistema tripartite das funções encontra-se o mecanismo dos “freios e contrapesos”, elemento intrínseco à visão da separação dos poderes. De outro modo, pondera-se aqui a “harmonia entre os poderes”, com previsão no texto constitucional e norteador da estrutura estatal adotada pela Carta Magna da atual República Federativa do Brasil. Tal fato remonta à Montesquieu, ao reduzir a criatividade legislativa e estabelecer certo “controle” do Executivo ao legislador, bem como quando discorreu sobre a Constituição inglesa, conforme recorda Alexander Hamilton, James Madison e John Jay:

O mais ligeiro exame da Constituição inglesa nos deixará convencidos de que os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – não se acham nela inteiramente distintos e separados. A magistratura executiva forma parte constituinte do Poder Legislativo (2003, p. 299).

Assim, pode-se notar o ideal estabelecido, procurando sustentar o caráter não absoluto da separação de poderes, de modo que houvesse devidas fiscalizações entres os poderes, inferindo ou, mesmo que à primeira vista, impedindo o exercício desmedido e arbitrário do poder estatal.

Evitar que os poderes encontrem-se compactados em meio ao absolutismo era a percepção essencial deste sistema, assim, a organização estatal funcionaria também como componente para assegurar a democracia inerente ao poder político (STRECK; MORAIS: 2008, p. 180).

Para Hamilton, Madison e Jay, não obstante a necessidade desse controle recíproco entre os órgãos federais para refutar qualquer tipo de abuso e

excesso ao demandar uma atribuição, era imprescindível estabelecer uma limitação dessa fiscalização:

É coisa averiguada que o magistrado ou corpo, investido de um dos três principais poderes, não deve exercitar diretamente ou em toda a sua plenitude nenhum dos outros; assim como é igualmente evidente que nenhum dos poderes deve exercitar sobre o outro influência preponderante. Como todo o poder tende naturalmente a estender-se, é preciso colocá-lo na impossibilidade de ultrapassar os limites que lhe são prescritos. Assim, depois de ter separado em teorias os diferentes Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ponto mais importante é defendê-los em prática das suas usurpações recíprocas. (2003, p. 305).

Convém denominar este mecanismo como refreamento consecutório da própria natureza jurídica do Estado de Direito nos moldes atuais, como tentativa de estabelecer uma estrutura de poder estatal moderado, em contraste ao regime absolutista, garantindo, por conseguinte, a igualdade funcional entre os respectivos Poderes.

Ao discorrer sobre a tripartição dos poderes, é inquestionável a incidência desse sistema, no qual os chamados Três Poderes Estatais compartilham funções entre si, com o escopo único de fiscalização, impedindo que um Poder ultrapasse seus domínios.

Destarte, não obstante as funções típicas de cada poder ou órgão existente no atual Estado Democrático de Direito, com subordinação maior à Carta Magna presente, existem as denominadas como “funções atípicas” cabíveis no cerne das atribuições de cada um. Estas funções têm justificativa no referido sistema de “freios e contrapesos” (“*checks and balances*”), que estipula o controle recíproco entre os poderes, assegurando a efetividade de cada um sem a ocorrência de abusos ou desmandos no exercício de sua respectiva jurisdição. Refletindo-se, portanto, em uma forma de fiscalização mútua entre os órgãos, refutando qualquer demanda excessiva.

4 ANTECEDENTES: CONTROLE DIFUSO E O CASO “MADISON VS MARBURY”

O conhecido caso “James Madison *versus* William Marbury” é possuidor de características imperiosas no cerne da evolução do sistema tripartite de poderes, haja vista que empenhou uma atuação ativa do Poder Judiciário, na medida em que garantia a possibilidade deste poder rever os dispositivos legais que, em sua natureza, consistiam em um contrassenso à Constituição do país, ofendendo o escopo constitucional. No mesmo sentido, traduz rompimento com a notória tradição inglesa no tocante à soberania que o Parlamento detinha, colocando em proeminência o Judiciário em detrimento aos demais poderes, permitindo ao poder jurisdicional a revisão dos atos oriundos do Executivo e Legislativo.

Com papel promissor no caso “Madison contra Marbury”, John Marshall, “nomeado Primeiro Juiz dos Estados Unidos pelo Presidente Adams, recebeu a comissão aos 31 de janeiro de 1801 e compareceu à seguinte sessão do Supremo Tribunal onde tomou assento” (MARSHALL: 1997, p. 1), fora quem deliberou sobre o prestigiado caso, norteando o papel do Judiciário dentro da separação de poderes, dando origem ao controle de constitucionalidade incidental.

Nesse contexto, John Adams, presidente à época e membro do partido federalista, responsável pela nomeação do então Secretário de Estado John Marshall para o cargo de chefe da Suprema Corte Americana, passaria a nomear juízes federais, em especial William Marbury para o cargo de Juiz de Paz da comarca de Columbia, com a finalidade exclusiva de estabelecer certo “controle” do poder estatal. Essa nomeação poderia prejudicar o governo do seu sucessor, da oposição, Thomas Jefferson na presidência dos Estados Unidos da América do Norte. Conforme lembra Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 891), em 1801, fora aprovado no Congresso Norte-Americano, com maioria federalista, determinada lei que autorizaria a nomeação de 42 juízes de paz em relação aos Distritos de Columbia e Alexandria e o Senado veio a confirmar estes nomes, Adams assinou o “ato de investidura” já tendo indicado John Marshall para Presidência da Suprema Corte. Frise-se, todavia, “quando Jefferson assumiu a Presidência da República, seu Secretário de Estado James Madison não oficializou a nomeação de Marbury” (BISCH: 2010, p. 36).

É preciso tomar conta do ocorrido, a incidência de cargos públicos no contexto de transição de um governo para outro, onde o Adams perde a eleição e antes do término de seu mandato começa a nomear diversos funcionários a fim de, não apenas prejudicar o governo de Jefferson, mas empregar seus correligionários.

Logo ao tomar posse, Thomas Jefferson, pertencente ao partido Republicano opositor ao de John Adams, nomeia James Madison como Secretário de Estado que, por sua vez, não autoriza a nomeação para o referido cargo de magistratura, cumprindo ordens do presidente Jefferson, vez que ainda não havia sido entregue a comissão para William Marbury quando da presidência de John Adams (MARSHALL: 1997, p. 2). Portanto, apesar de nomeado, ainda não havia sido empossado.

William Marbury, ao final de 1801, peticiona contra o ato de James Madison, Secretário de Estado dos Estados Unidos da América do Norte, perante a Corte Suprema, pleiteando a expedição de um *mandamus* em que o Tribunal a entrega da comissão de juiz de paz do Condado de Washington, no Distrito de Columbia (MARSHALL: 1997, p. 2). Assevera-se que William Marbury sustentou seu “*writ of mandamus*” – uma ordem para autoridade praticar uma ação específica, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 892) – no artigo 13 da Lei Orgânica da Magistratura, isto é, o denominado “*Judiciary Act*” de 24 de setembro de 1789 (MACIEL: 2006, p. 39).

Note-se que em sua natureza e essência, o ato proveniente de John Adams desfrutaria, em tese, de plenitude sobre sua segurança jurídica e, teoricamente, haveria respaldo constitucional. Contudo, o Juiz John Marshall opta por decidir que, aparentemente, teria uma natureza de ato jurídico perfeito, mas não o é por violar e ofender os princípios constitucionais. Acerca disso, elucida Isabel da Cunha Bisch (2010, p. 36-37):

[...] John Marshall, o qual presidia a última, não adentrou no mérito da questão, referindo que o meio processual utilizado por Marbury fora criado por uma lei federal (Seção 13 do Judiciary Act de 1789) e teria ultrapassado a competência estabelecida pela Constituição. Conferiu-se a esse dispositivo legal o *status* de inconstitucional, desenvolvendo-se, nesse compasso, o precedente que mudaria a história do Poder Judiciário americano.

O julgamento veio à tona somente em 1803 e, num primeiro momento, John Marshall – juiz da Corte Americana – apreciou o mérito do pedido e entendeu

que William Marbury possuía direito de receber a nomeação ao cargo de juiz de paz do distrito de Columbia, criticando a existência de um instrumento processual capaz de tutelar este direito. Passando à análise da competência da Suprema Corte a fim de apreciar e julgar o *mandamus*, “Marbury viu conflito entre o § 13º do *Judiciary Act* de 1789 e o art. 3º da Constituição.” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO: 2015, p. 892). Sendo assim, dada a incoerência da norma infraconstitucional aprovada pelo Congresso americano em 1801, em detrimento ao próprio texto Constitucional, o empecilho estaria concentrado no condão da própria Corte para declarar norma inconstitucional.

Para o Juiz John Marshall, a parte litigante William Marbury possuía o direito à investidura de Juiz de Paz, ao mesmo tempo em que, negar esta nomeação seria violar um direito que lhe é convicto e consolidado. Outrossim, detinha o amparo do órgão jurisdicional na medida em que houvesse lesão ou ameaça de lesão aos direitos com amparo legal. Estabelecidas essas premissas, fator crucial para o deslinde do caso providenciado por Marbury seria estipular a competência para o julgamento da demanda e assim, John Marshall, não obstante ter declarado direito a receber a nomeação, declara a Suprema Corte Americana incompetente para resolver o conflito.

Pelo sistema do *common law* adotado pelo Judiciário estadunidense, este julgamento remanesceu como precedente crucial na construção do direito, sustentando o sistema de precedentes. Nesta lógica, importante mencionar a lição de Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1968, p. 12), ao expor que “a ideia de se atribuir às Cortes de Justiça a guarda da Constituição encontra, efetivamente, sua primeira manifestação histórica na prática constitucional dos Estados Unidos da América”.

Em função da inconstitucionalidade e incompatibilidade do artigo 13º da Lei Judiciária de 1789, que acabava por ampliar a competência da referida Corte, infringindo diretamente o texto da Constituição. É neste vigor que alvitra Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero (2015, p. 892) ao estabelecer duas alternativas ao raciocínio de John Marshall:

[...] ou a Constituição é a lei suprema, incapaz de ser modificada mediante os meios ordinários e dessa forma a lei que lhe é contrária não é uma lei, ou a Constituição está no mesmo nível das leis ordinárias, e, como estas, pode ser modificada quando desejar o legislador.

A Constituição assim compreende uma lei superior e predominante em detrimento as demais leis existentes no ordenamento ou, por outro lado, encontra-se num patamar de igualdade, mesmo nível conjuntamente com os dispositivos legais, incumbindo-lhe mutabilidade ao se deparar com incompatibilidade (MARSHALL: 1997, p. 25). Desse modo, firmou-se a supremacia da Constituição, ápice do ordenamento jurídico e, a partir daí, que emerge o controle de constitucionalidade, tendo como referência o Texto Maior Constitucional em liame com as demais leis diversas da sistemática jurídica.

A conclusão de John Marshall estava correlacionada ao excelso nível da Carta Maior vigente no país, ou seja, a Constituição como lei suprema e um tribunal como seu guardião. Portanto, estava se consolidando no texto constitucional a superioridade e a supremacia, e, por conseguinte, todo ato legislativo adverso seria, em sua essência, nulo de pleno direito. Sucessivamente, restava esclarecer que caberia ao Judiciário dizer por esta incompatibilidade, fato que levou o caso “Madison vs. Marbury” à magnitude que hodiernamente detém, uma vez que o *Chief Justice* John Marshall decidiu, em caráter incidental, declarando inconstitucional a norma ordinária que contrariava a Constituição.

No viés do conflito entre o artigo 13 do *Judiciary Act* de 1789 e o artigo 3º da Constituição vigente nos Estados Unidos da América “a Suprema Corte, pela primeira vez, afirmou seu poder de controlar a constitucionalidade das leis, consagrando o controle difuso de constitucionalidade” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO: 2015, p. 893).

Eis que decorre a ideia do “*Judicial Review*” – revisão judicial –, quando o Poder Judiciário se pronuncia no sentido de declarar a incompetência da Suprema Corte para julgar o caso, todavia, reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo legal que sustentara a tese proposta por William Marbury. Esta ideia de revisão judicial sequer era cogitada em função do princípio da separação de poderes, que consolidava independência e divisão de funções, de modo que um poder não se imiscuísse noutro, isto é, a natureza deste princípio não incorporava a possibilidade de controle entre os poderes. Para Isabel da Cunha Bisch (2010, p. 42), a tarefa quanto à validade dos dispositivos legais recai sobre os juízes, pois são eles que determinam a aplicação do Direito, examinando, como questão prévia, a constitucionalidade da referida lei, não a aplicando em caso de ferir a Constituição;

qualquer juiz poderia decidir pela incompatibilidade de lei ordinária perante o Texto Maior.

Apesar do texto constitucional americano não prever expressamente o referido instituto, John Marshall inaugura o controle de constitucionalidade realizado na via difusa, de modo incidental, não sendo necessário o ajuizamento de uma ação autônoma visando, exclusivamente, cuidar da constitucionalidade de referida lei, podendo um juiz chamar para si, no decorrer do andamento processual, dizendo que consiste em ato que fere a própria Constituição. Sobre o advento desse controle de constitucionalidade:

Pois bem, a doutrina que está na base do mecanismo do controle judicial “difuso” de constitucionalidade das leis é, com certeza, muito coerente e de extrema simplicidade, ela foi precisada, com grande clareza, já na motivação da famosa sentença de 1803, redigida por John Marshall, no caso *Marbury versus Madison* [...]. (CAPELLETTI: 1984, p. 75).

Compreende dizer um método jurisdicional de limitar o poder legislativo por meio de um viés jurisdicional, evitando que um direito assumia feição contrária à Constituição, está intimamente relacionado com a tripartição de poderes, vez que o Judiciário cassa um ato no controle difuso que era do Poder Executivo.

Cabe ressaltar, por persuasão da harmonia entre os poderes, o Judiciário americano “não se inspirou na doutrina da nítida e radical separação de poderes, de marca francesa, mas sim no equilíbrio entre os poderes, mediante recíproco controle entre eles, a identificar a regra dos *checks and balances*.” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO: 2015, p. 896). Notória a contribuição do desenvolvimento e resolução do afamado caso Madison contra Marbury, vez que inaugurou o controle de constitucionalidade pela via difusa, incidental, proporcionando a qualquer juiz decidir pela congruência de uma determinada lei.

Remete-se à ideia da estrutura de formas de controle recíproco entre os Poderes na idade contemporânea, na medida em que o controle de constitucionalidade consiste em uma forma de fiscalização pelo Judiciário em atenção à atividade legislativa. Dar-se-á assim, efetividade e concretude à sistemática dos freios e contrapesos, estabelecendo contenção às práticas abusivas, mormente em relação ao Poder Legislativo – pois, trata-se do controle de constitucionalidade – arquitetando o Poder Estatal com disposição equilibrada e harmônica.

O Judiciário assim ganha uma atuação de fiscalizador da Constituição nos Estados Unidos, inferindo no controle propriamente dito de um poder sobre o outro, isto é, ingerência de reciprocidade entre os poderes, mormente do Poder Judiciário em detrimento aos demais. Um ato que, a princípio, era do Poder Executivo, onde houve nomeação de William Marbury para Juiz de Paz, veio a ser cassado pelo órgão judicial que não entregou o ato de investidura, ao mesmo tempo em que este declarou inconstitucional norma emanada pelo Legislativo, pela incompatibilidade com a Constituição.

4.1 Antecedentes: O Sistema Tripartite À Ótica Do Modelo Francês

Alusivo ao princípio da separação de poderes, nasce no direito francês em momento subsequente à Revolução Francesa, a previsão do Tribunal de Cassação – pelo Decreto novembro-dezembro do ano de 1790 – que funcionava como uma espécie de Poder Moderador, cassando os atos do Poder Judiciário que sejam contrários ao previsto nos termos da lei. Havia uma grande desconfiança com os magistrados, pois todos eram nomeados pelo rei e cobravam pelo serviço.

Na França, hodiernamente, essa previsão é a Suprema Corte chamada de “Conselho Constitucional”, mas à época, tendo em vista que os juízes representavam o imperialismo do Rei, emerge esta ideia de base pós-revolucionária, a qual sustentava a premissa de julgar conforme a lei, coibindo a incidência de atos existentes em contrariedade ao ordenamento jurídico.

Compreende então, ponderoso antecedente ao atual entendimento do Constitucionalismo, equitativamente no tocante ao princípio da separação dos poderes da República, visto que consubstanciou a vertente de limitação do poder de julgar pela Lei, nascendo da história do Tribunal de Cassação, no qual o papel do juiz seria resolver os conflitos de interesses conforme dita a Lei, julgando estritamente o que está estampado em seu texto. Outrossim, possui relevância aos poderes públicos, especialmente para robustecer e desenvolver a teoria da separação de poderes que é vista nos moldes hodiernos, com independência e harmonia entre os poderes ao menos no Presidencialismo, visto que no Parlamentarismo há interdependência dentre Executivo e Legislativo.

Juízes no antigo regime absolutista eram magistrados que perpetuavam a vontade do rei, nobres que utilizavam de seu cargo para manter o soberano no poder. Neste seguimento, o Tribunal ou Corte de Cassação mostra-se responsável pela tutela da própria teoria da separação de poderes, impedindo a ingerência prejudicial e ofensiva entre eles, ou seja, fiscalizando o trabalho dos magistrados.

A princípio, cumpre ressaltar o alvitre de Mauro Capelletti (1993, p. 53), discorrendo que “o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos ‘privados’”. Neste sentido, o Tribunal de Cassação, com raízes na Revolução Francesa de 1789, conforme se lecionou em linhas atrás, serviu como instrumento de combate às decisões do Poder Judiciário que extrapolavam o texto de lei, conforme elucida Luiz Guilherme Marinoni:

A revolução se preocupou única e exclusivamente em controlar o Judiciário em face do Legislativo. Não apenas porque a história já mostrara que os juízes, em nome de seu poder, aplicavam a lei das mais diversas e, em alguns casos, até mesmo se negavam a aplicá-la, mas especialmente porque a lei constituía o ponto para o qual convergiam os valores revolucionários e, assim, não podia ser distorcida ou empalidecida pelos juízes. (2014, p. 30).

A previsão desta Corte de Cassação que fora adotada também por outros países, a exemplo, o território italiano, nasce a partir da Grande Revolução ocorrida na França, uma vez que os magistrados representavam o imperialismo do Soberano dentro do Judiciário, nobres que acabavam por perpetuar os interesses pessoais do Rei, dada à inexistência de fiscalização ao exercício da função jurisdicional. Essa exorbitante atuação do órgão judicial oriunda da Monarquia Absolutista deu seguimento à origem do Tribunal, que surge com o intuito de supervisionar a atividade dos juízes em prol do próprio povo, que estaria ali representado pelo seu Legislativo, pois a “lei fundamental da democracia é também que somente o povo faça as leis” (MONTESQUIEU: 1997, p. 131).

A norma propriamente dita seria aquela emanada do povo, por meio de seus representantes e assim, a lei representaria a vontade geral do povo, sendo que o juiz estaria vinculado a ela. Distintamente do período monárquico antecedente, o Juiz manipulava a lei como bem queria, não havia aplicação da teoria da separação de poderes e o juiz não passava de um “juiz legislador”. Essa teoria, superveniente,

mostra-se capaz de abolir esse demasiado exercício da magistratura, restringindo o âmbito funcional do juiz, reduzindo-lhe a meramente descrever o texto legal, sem nenhuma ressalva ou interpretação.

Acerca dessa adversidade, faz-se mister a ressalva de que surgiram “gradualmente novos organismos especiais, a exemplo dos ‘Conselhos de Estado’ e mais tarde das ‘Cortes Constitucionais’, com a tarefa de preencher ampla e profunda lacuna na tutela jurisdicional.” (CAPELLETTI: 1993, p. 52).

Foi imposta essa restrição ao órgão julgador de não realizar nenhuma interpretação acerca da lei ao proferir sua decisão, “a proibição de o juiz interpretar a lei se funda na desconfiança nos juízes” (MARINONI: 2014, p. 30), infirmo seu poderio funcional.

Justamente porque eram vistos submissos ao rei soberano, fundado nos termos dos artigos 10 e 11 do Decreto 16-29/1790 que previa essa restrição segundo Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 31), ratificando o pensamento consolidado à época de enxergar no magistrado uma figura típica antagonista, de inimigo, fazendo com que fosse visto sob um viés negativo e que tendia a prejudicar o cidadão em prol do próprio Estado.

Acontece que retirar a prerrogativa de o Poder Judiciário interpretar a lei significava não permitir que este cumprisse integralmente sua função. É cediço que a interpretação do julgador não viola os dispositivos legais e o princípio da separação, não obstante, Charles de Secondat Montesquieu (2000, p. 169) defendia a nulidade desse poder, aludindo-o à aceção de “poder nulo”. Aliás, compreende razão que levou Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 32) a ensinar que:

[...] a proibição de o juiz interpretar a lei está pautada numa confusão entre interpretação da lei e criação do direito ou entre interpretação da lei e aplicação de norma não prevista pelo legislador. Montesquieu, ao delinear a teoria da separação de poderes, reduzindo o poder “poder de julgar” a um “poder nulo”, seguramente se excedeu em seu ódio aos juízes. Isso porque não há qualquer possibilidade de se ter um juiz limitado a declarar o texto exato de lei. [...] Não há violação da lei ao interpretá-la; não há como julgar, definindo um caso concreto, sem interpretar a lei. A função que Montesquieu reservou ao juiz é impossível de ser cumprida, na medida em que todo texto legal, ao ser considerado, conseqüentemente é interpretado. A não ser que se tenha imaginado que todas as leis poderiam ser cristalinas que sua aplicação seria imediata e dispensaria qualquer reflexão.

Logo, ficou evidente o equívoco dessa previsão, pois o Poder Judiciário não poderia exercer plenamente a atribuição que lhe é cabível se houvesse este refreamento. Ora, a função de aplicar o direito aos casos em litígio não iria prosperar

caso existisse limitações ao interpretar o texto de lei em conformidade ao caso concreto, pois, em tese, nem todos os dispositivos legais são límpidos em sua natureza. Ademais, é preciso sublinhar que a magnitude e diversidade das causas em geral acabariam obstruindo a atividade legislativa de prever todas as hipóteses conflitivas, sendo inviável impedir o exercício interpretativo jurisdicional.

Não obstante, a vertente inicial da Corte de Cassação era coibir toda pronúncia judicial em desrespeito ao texto de lei.

Neste teor, apenas era objeto de julgamento desse Tribunal, segundo Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 38), “contravenção expressa ao texto de lei”, sendo que não existia nenhuma previsão sobre uma eventual interpretação errônea, vez que era vedado ao Judiciário utilizar de método interpretativo. O legislador tinha em mãos um poder interpretativo e moderador, pela atuação ativa em detrimento ao Judiciário, pois, como este estava impedido de interpretar, era necessário remeter a questão àquele em caso de incerteza dos dispositivos legais. Tal situação era conhecida como “référé facultativo”, podendo acudir-se do corpo Legislativo para devidas explicações, devendo frisar, contudo, que esta perspectiva veio a ser abolida, em defesa do princípio da separação de poderes visada em nível global.

O Poder Legislativo, dentro dessa sistemática, passaria a conter em suas mãos relevante papel, em função da não vinculação das decisões provenientes do referido Tribunal em relação ao Poder Judiciário. Aliás, o Legislativo era um governo de assembleia que nasceu dos Estados Gerais convocados pelo monarca para tentar alterar as Leis Fundamentais do Reino. Tal atribuição reside naquela de auxiliar o Poder Judiciário e a Corte de Cassação emitindo parecer acerca do caso em concreto que fora remetido ao último por violação ao corpo da lei, fundada na faculdade de o primeiro acolher e direcionar-se nos ditames da Corte Cassacional. Como explanado em linhas anteriores, o Judiciário não estava compelido a prosseguir nos termos do que decidiu o Tribunal de Cassação, sob a ideia de liberdade de julgamento do juiz, sendo profícuo a atuação do Legislativo, funcionando como espécie de assistente.

Neste sentido, expõe Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 39) que “a decisão Cassacional não tinha força obrigatória perante o tribunal de reenvio, ou seja, diante do tribunal que, após a cassação, tinha que aplicar a lei e julgar”, admitindo-se a consulta do próprio Legislador, responsável pela interpretação das leis. A propósito, ressalte-se:

[...] a não obrigatoriedade das decisões cassacionais só pode ser fruto da ideia de que o juiz tem liberdade para julgar, não podendo ser constrangido em seu livre pensar e entender. Tanto é que se teve que obrigar a Cassação a consultar o legislativo ao se deparar com uma terceira decisão, repetindo as anteriores já cassadas. Isso, como é óbvio, não porque o Tribunal de Cassação não tivesse capacidade técnica de analisar adequadamente a lei, mas sim porque não tinha autoridade para emprestar às suas decisões força obrigatória perante o Judiciário. [...]

Como o Judiciário não podia interpretar a lei, e a Cassação, não se impunha ao Judiciário, a tarefa de resolver o impasse foi incumbida ao legislativo. Entendendo-se que apenas o legislador poderia interpretar as suas leis. (MARINONI: 2014, p. 40).

É a chamada “interpretação autêntica” proveniente do Legislador, o que, em tese, não reverenciava o propósito do princípio da separação de poderes, na medida em que, desta forma, o representante do Poder Legislativo acabava por ultrapassar os seus limites de atribuição, como sendo um legislador revestido da função jurisdicional de aplicar o direito.

A devolução do instrumento interpretativo ao Poder Judiciário compreendeu a medida a prosperar, quebrando o paradigma de tratar o juiz como aquele que é inimigo do Estado. Mister romper com essa premissa absolutista, de modo a oferecer ao juiz cargo público digno, à luz do princípio da igualdade e da separação de poderes estritamente, isto é, há necessidade de desfazer deste trauma, proporcionando ao próprio Estado melhor estrutura e prosperidade, em consonância com o Constitucionalismo e o Estado de Direito. Assim, nas palavras de Mauro Capelletti:

O *Tribunal de Cassation* foi, em síntese, uma típica expressão da desconfiança profunda nos legisladores revolucionários nos juízes franceses: a mesma desconfiança que, nos primeiros anos da Revolução, os levou a repetir a absurda tentativa justinianéia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis, reservando tal poder ao *Corps Législatif* que devia prover à própria interpretação, mediante decreto a pedido dos juízes, toda vez que estes estivessem em dúvida sobre o significado do texto legislativo (é o assim chamado de *référé facultatif*, suprimindo, juntamente com a proibição da interpretação judicial, pelo Code Napoléon). (CAPELLETTI: 1992, p. 41).

Com o passar dos anos, o Tribunal de Cassação se aperfeiçoou à medida que se viu como necessária a tomada de mudanças em sua natureza e mecanismo, mormente com relação à autoridade das decisões por vezes prolatadas diante do órgão judicial referente. Esta ideia ganha corpo com a Lei de abril do ano de 1837, conforme orienta Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 49), acomodando as mudanças legislativas, bem como estabelecer em seu artigo 2º a situação concreta

de que, caso a Corte Cassacional pronunciasse pelo mesmo motivo repetidamente em seções conjuntas, o órgão de reenvio conformar-se-á com a decisão proferida pela Corte acerca do direito julgado. Deste modo, o referido Tribunal passava a assumir feição judiciária, aproximando-se da previsão atual.

No Direito Francês, a previsão do Tribunal de Cassação paralelamente ao Conselho de Estado que funciona como espécie de tribunal administrativo, hodiernamente, é o que se conhece por Suprema Corte, cabendo-lhe o ofício de uniformização da lei, encontrando-se em posição hierárquica superior dentro no Judiciário. No entanto, sua abrangência não se restringiu ao território francês, alcançando também o Direito na Itália de forma semelhante, além de Espanha e Bélgica, evidenciando o prestígio de sua reputação, uma vez que estabeleceu uma forma de refreamento, em especial, ao Poder Judiciário que, pela própria estrutura do ordenamento, extrapolava seus poderes de aplicação da lei, veementemente julgando fora dos ditames legais.

Por derradeiro, impende observar que o modelo francês atual é, a rigor, padrão assíduo a ser seguido, a partir de sua estrutura vertical de estabelecer controle sobre o Judiciário, tutelando o princípio da separação de poderes, e assim, comedir a excessiva violação ao texto legislativo. Por assim dizer, enfatizou-se sua atribuição puramente à interpretação dos dispositivos legais, conduzindo-a da maneira coerente, com poder de revisão sobre os julgados remetidos para si.

5 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E AS ESPÉCIES NORMATIVAS

A tônica do sistema da tripartição de poderes encontra-se problematização na atuação ativa do Poder Judiciário no plano funcional de “criação leis”, em detrimento à omissão do Legislativo. Para tanto são necessárias algumas definições, mormente, demonstrando a descrição da Constituição Dirigente ou Constituição Programática hodierna, com fulcro na necessidade de transformação da sociedade e desenvolvimento dos direitos fundamentais do cidadão.

Com base em José Joaquim Gomes Canotilho, pode-se articular sobre o modelo de Constituição Dirigente com planejamento de metas a serem atingidas, isto é, esboça efetivamente um programa a ser executado pelo Poder Público. É dentro deste viés que é importante salientar a aparição das “normas programáticas”, no paradigma de alcançar os objetivos almejados, buscando a efetivação dos princípios do próprio texto constitucional.

A partir destas circunstâncias, introduz José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 14):

Subjacente aos modelos constitucionais está uma imagem de sociedade e uma teoria de ação: a constituição, na senda de uma filosofia iluminista (idealista e materialista), tem a função de propor um programa racional e um plano de realização da sociedade; a lei fundamenta, de acordo com padrões sistêmico-institucionalistas, tem a função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida. A ideia de constituição dirigente ganha relevo prático no primeiro modelo (constituição-programa), mas é considerada como uma introversão do pensamento constitucional do último (constituição-garantia).

O português em sua tese de doutorado na Alemanha escreveu sobre um modelo constitucional no qual a Lei Maior traria vetores e normas as quais não seriam “bastante em si”. Dessa forma, os vetores previstos nas normas constitucionais que não tinham eficácia plena seriam complementados pelas políticas do Estado, tanto do Legislativo, como o Executivo, cabendo ao Judiciário combater sua omissão, que configuraria inconstitucionalidade por ausência para com um dever previsível.

Contemplava-se um modelo de Constituição que assumisse uma função programática, com a denotação de metas e finalidades a serem alcançadas, sendo este o modelo consagrado pela atual Constituição da República Federativa do

Brasil originária de 1988 (artigo 3º), a qual adotou o padrão estabelecido pela Constituição Portuguesa de 1976.

Para Marcelo Novelino (2012, p. 97), uma Constituição dirigente, programática ou diretiva, tinha como característica conter normas definidoras, tanto definições de tarefas, como de programas de ação, para serem concretizadas pelo governo. A Constituição Dirigente, em outros termos, era preenchida também por normas de caráter programático, na expectativa de atuação legislativa para fins de concretizar os almejados objetivos.

Acerca da Constituição programática ou dirigente e à menção de José Joaquim Gomes Canotilho, faz-se mister lembrar o que apresenta Jorge Miranda (2015, p. 202-203), em meio às teorias constitucionais:

[...] A contribuição mais interessante de J. J. Gomes Canotilho, em certa fase do seu pensamento, é o esforço de aprofundamento e de procura de efetividade da Constituição dirigente ao serviço do alargamento das tarefas do Estado e da incorporação de fins económico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica.

A política não é um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado e a vinculação jurídico-constitucional dos atos de direção política não é apenas uma vinculação através de limites mas também uma verdadeira vinculação material que exige um fundamento constitucional para esses mesmos atos. E a Constituição não é só “uma abertura para o futuro” mas também um projeto material vinculativo, cuja concretização se “confia” aos órgãos constitucionalmente mandatados para o efeito.

Dizendo-o de outra forma, o ponto crucial a considerar é tomar posse da Constituição como instrumento para efetivar os valores vertidos no Estado de Direito, de tal forma que há subordinação até mesmo da política, que, por sua vez, não é dotada de total liberdade perante a Carta Maior vigente. A presença das chamadas normas de conteúdo programático remete-se à ideia de modelar dias pósteros, estabelecendo desígnios em favor da sociedade, refutando a liberdade do Poder Público, que estaria subjugado a concretizar estes valores. Não é diferente com a Constituição Federal de 1988 que, no mesmo sentido, funciona como uma Constituição Dirigente, traçando objetivos fundamentais nos tenazes de seu artigo 3º, *in verbis*: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Diante as normas com força programática, é fundamental dispor acerca das espécies normativas existentes no cenário atual do ordenamento jurídico

brasileiro. Assim, as normas, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva (1998, p. 82), podem ser de três tipos: eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada ou reduzida.

A norma de eficácia plena produz, desde já, seus efeitos e tende à aplicabilidade com característica imediata, sendo que sua eficácia é absoluta. Por intermédio da própria expressão, as normas com eficácia plena prescindem de qualquer complemento ou dispositivo regulamentador, seu conteúdo é cristalino o bastante para extrair interpretação isenta de dúvidas ou de acréscimo.

Exemplificando este arquétipo, Marcelo Novelino (2012: p. 108) ressalva que:

Pertencem a esta categoria, de um modo geral, as normas que contenham proibições (CF, art. 145, § 2º), ou vedações (CF, art. 19); as que confirmam isenções (CF, art. 184, § 5º), imunidades (CF, arts. 53 e 150, I a VI) ou prerrogativas (CF, art. 128, § 5º, I); além daquelas que não indiquem processos especiais para a sua execução ou que já se encontrem suficientemente explicitadas na definição dos interesses nelas resguardados.

Aliás, podem-se enquadrar ainda nessa particularidade, as normas que tocam à estrutura de governo, sua organização e divisão de funções. Compreendem amostras de norma dotada de eficácia plena e absoluta, são aqueles dispositivos legais considerados “bastante em si”, ou seja, sua existência pressupõe instantaneidade quanto aos efeitos, sem qualquer intervenção do legislador. Segundo José Afonso da Silva (1998, p. 82), nessa primeira categoria de normas encontram-se as leis que produzem ou podem gerar seus efeitos primordiais de imediato, proclamando pelos objetivos do legislador constituinte. Significa dizer que tais normas têm aplicabilidade direta, fruindo de condão para produzir efeitos integralmente seu conteúdo normativo, normas autônomas em detrimento ao Poder Legislativo.

Ao lado das normas com eficácia plena e sua aplicabilidade imediata, situam-se as consideradas normas de eficácia contida e limitada. Cumpre estabelecer, neste particular, que as normas correspondem à vontade da população partindo do princípio democrático constitucional ao voto, o qual revestem os representantes do povo no órgão parlamentar a tarefa da criação de leis. Logo, explanando a respeito das normas, notadamente, de eficácia contida e limitada, é basilar prescrever que ambas dependem de uma segunda e sucessiva ação por parte do próprio legislador, isto é, após a edição de determinado engenho normativo,

será imprescindível nova manifestação do órgão parlamentar, no intuito de apresentar norma com papel de regulamentar a lei previamente estabelecida nas linhas do ordenamento; a norma constitucional editada em primeiro lugar será complementada por ação do Poder Legislativo criador de leis em patamar infraconstitucional.

É uma tarefa dramática distinguir as espécies normativas de eficácia plena daquelas com eficácia limitada ou contida (SILVA: 1998, p. 91), entretanto, é necessária sua compreensão para alcançar as normas com eficácia limitada e seu princípio programático ou institutivo, onde confluirá a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADINO), bem como o Mandado de Injunção, transformando uma norma fraca em forte, por meio da solidez adquirida a partir do complemento normativo.

No que diz respeito às normas de eficácia contida, de modo semelhante à anterior, possui desde sua entrada no ordenamento jurídico a característica de aplicação imediata, possuindo tal propriedade a partir de seu ingresso com eficácia integral. Todavia, distintamente das normas de eficácia plena, podem contar com uma redução de seus efeitos e influências com assente na atuação do Poder Legislativo e deste modo, esta eficácia subsistirá enquanto o legislador não refutá-la por nova norma, onde o parlamentar poderá atenuar e reduzir os efeitos normativos do referido dispositivo legal mediante edição de nova lei. Transpondo-se quanto à peculiaridade deste tipo normativo constitucional:

I – São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador originário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.

II – Enquanto o legislador ordinário não expedir a normação restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva.

III – São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam.

IV – Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia.

V – Sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo). (SILVA: 1998, p. 104-105).

Seu próprio texto normativo propõe atuação futura do legislador, porém, são normas constitucionais com aplicabilidade imediata desde o primeiro momento em que a Constituição Federal entra em vigor. Ocorre que, enquanto o legislador não criar essa norma regulamentadora, o cidadão não poderá ser prejudicado no exercício de seu direito, inclusive, poderá contar com amparo do Judiciário, caso seja necessário. Com o surgimento da revelada norma, acrescentar-se-ão obrigações e condições de tal forma que o cidadão terá que se enquadrar nos termos legais, sob pena de restrição de direitos, na medida em que não incide, neste caso, a questão do direito adquirido.

Consoante Michel Temer (1992, p. 25), as normas constitucionais com eficácia contida “são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional”, o alcance normativo destas pode ser abreviado por norma infraconstitucional superveniente. A fim de apontar o evento de tal dispositivo, destaque-se o artigo 37, inciso VII, da Carta Maior de 1988 da República Federativa do Brasil, que dispõe sobre o direito de greve a ser exercido nos limites e moldes de leis específica. O texto constitucional estabelece a norma que não encontra óbice para surtir efeitos desde sua entrada em vigor, mas condiciona suas limitações a norma infraconstitucional futura.

No entanto, existe também um terceiro grupo de normas que se assentam no texto da Constituição, as importantes normas de eficácia limitada ou reduzida. São aquelas normas que dependem de um dispositivo infraconstitucional para surtir efeitos, assim, enquanto o legislador não o cria ou institui, o titular não poderá valer-se de seu direito. O parlamentar utiliza as normas limitadas como forma de ganhar votos, pois, de certo modo, ele “cumpre” o que ele prometeu, na medida em que ele edita a referida norma. Todavia, o que acontece é a omissão legislativa futura, não surtindo os efeitos prometidos e então, diante a ausência da norma regulamentadora, o direito se transforma em mera expectativa.

Para produzir os efeitos almejados, é fundamental a formação de nova lei que funcionará como complemento, de modo a regulamentar a norma de eficácia limitada, dotada então, de aplicabilidade inicialmente mediata:

Algumas normas constitucionais só manifestam a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador constituinte após a emissão de atos

normativos previstos ou requeridos por ela, possuindo uma eficácia limitada ou reduzida.

A aplicabilidade dessas normas é indireta, mediata e reduzida [...].

Apesar de não possuírem, desde sua entrada em vigor, uma eficácia positiva, são dotadas de eficácia negativa, ab-rogando a legislação precedente que lhe for incompatível e impedindo que o legislador edite normas em sentido oposto ao assegurado pela Constituição. (NOVELINO: 2012, p. 109-110).

De outra parte, o fato de achar-se na redação da Constituição Federal esse tipo normativo acaba limitando a futura criação de leis pelo órgão legislativo, infirmo o exercício de sua atribuição primordial, de modo a não contrariar o Texto Maior. Encontra-se no bojo da Constituição, também como forma de garantir a atividade supletiva do legislador, pois não a lei não produzirá impacto algum sem o surgimento da norma regulamentadora, perdendo sua relevância no ordenamento.

A Constituição Dirigente, por sua vez, traz essas normas de eficácia limitada de princípio institutivo e princípio programático. Partindo da mesma aferição de José Afonso da Silva, *a priori*, faz mister arquitetar estes dois tipos de normas, com finalidades distintas: as primeiras, constitucionais de princípio institutivo ou organizatório, se expressa por criar potencial e necessidade de regulamentação no tocante à estrutura organizacional do Estado; e as últimas, normas constitucionais de princípio programático, ao contrário das anteriores que norteiam diretamente a atuação parlamentar, optam por delinear metas, propondo o alcance de determinados objetivos cabíveis ao Poder Público, sem, sobretudo, minudenciar os meios.

Pormenorizadamente, a norma de eficácia limitada de princípio institutivo faz referência àquela com finalidade intrínseca de organização estatal, “incumbindo ao legislador ordinário a complementação do que foi iniciado, segundo a forma, os critérios, os requisitos, as condições e as circunstâncias previstos na norma mesma” (SILVA: 1998, p. 124). Sobre esses esquemas prognosticados pelo legislador constituinte, pode-se alvitrar o texto do artigo 33, *caput*, da Carta Magna vigente no Brasil desde 1988, *in verbis*, “a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.”, fazendo menção à futura organização e forma de disposição, dependendo assim, de nova atuação legislativa.

Conquanto que a norma de eficácia limitada, agora de princípio programático, por seu turno, concretiza a previsão de propósitos sociais, tracejando programas estatais, a pensar no artigo 7º, inciso XX, da Constituição Federal de 1988, dispondo sobre tutela dos direitos acerca do mercado de trabalho da mulher,

no cerne dos direitos sociais. Faz parte do ideário fundamental do conceito de Constituição Dirigente na superação das premissas liberalistas pelo Estado Social de Direito no desenvolvimento constitucional mundial, que, por sua vez, é rodeada de normas de conteúdo estritamente programático:

Esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de constituição-dirigente, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática. (SILVA: 1998, p. 136-137).

Este princípio programático na essência da norma constitucional, implicitamente, vincula o exercício do legislador à vontade do parlamentar constituinte, funcionando como uma forma de controle deste, ao mesmo tempo em que estabelece diretrizes e orientação de como deve proceder a função de legislar restritivamente a tal dispositivo, a partir de um ideal previamente esboçado. Dizendo-o de outro modo, reflete na orientação ao Poder Público (órgão Executivo, Legislativo e Judiciário), seguindo um viés propenso ao Estado Social.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 298), um ponto que merece ressaltar sobre as normas constitucionais concentra-se na ideia de não constituírem direito auto executório, exigindo a interposição do Poder Legislativo na transformação do direito, de modo que essa execução constituiria, essencialmente, uma execução legislativa.

Nada obstante, é preciso prescrever a distinção entre a norma constitucionais e os princípios constitucionais que se apresentam esparsos ao longo do texto constitucional. A rigor, a primeira corresponde à descrição de um comportamento a ser reiterado pelo destinatário, ajustando o fato acontecido à norma que lhe descreve, mediante subsunção, posto que a norma segue a lógica do “tudo ou nada”. Já os princípios, em definição, são imediatamente finalísticos, vez que apontam para um estado ideal a ser atingido, sem, contudo, descrever a conduta necessária para se alcança-lo, posto que convivem em conflito (estados ideais antagônicos), é possível que haja a ponderação, em caso de embate entre estes.

Relativamente às disposições ou normas constitucionais e os princípios constitucionais, assinala José Afonso da Silva:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoal ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenação que se irradiam e imantam os sistemas de normas, “são [como observam Canotilho e Vital Moreira] “núcleos de condensações” nos quais confluem valores e bens constitucionais (1998, p. 142).

Nesse curso, outra subdivisão acerca das normas constitucionais programáticas presentes na Carta Magna vigente que merece ênfase, reduz às normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, as relacionadas ao Poder Público Estatal e associada à ordem econômica-social. Trata-se de segmentação relevante para demonstrar a forte presença constitucional de tais normas, colocando em proeminência seus efeitos em relação aos sujeitos que são alvejados.

A norma constitucional de conteúdo programático que se encontra vinculada ao princípio da legalidade, convém dizer, é submetida à uma ação legisladora para fins de criação de lei regulamentando a situação tipificada tão somente, posto que, findada a nova norma, à primeira cessa-lhe seu caráter programático original. Em outros termos, há concretização e efetivação da norma programática, perdendo este padrão quando a lei nova é criada. Em referência à segunda espécie de normas programáticas, saliente-se que, dada sua natureza, direciona sua execução aos Poderes Públicos, não somente os poderes da União – na atuação quanto à desapropriação, por exemplo –, como também dos Estados e Municípios. Afinal, o terceiro grupo de normas, qual seja, as normas constitucionais referidas à ordem econômica e social, exemplificativamente, destaca-se o artigo 193 da Constituição Federal de 1988, que discorre sobre a ordem social, objetivando mormente a justiça social, pregando pela objeção à desigualdade. Em suma, as normas englobadas neste último conjunto buscam pela efetivação das ordens econômica e social, com intervenção estatal nesse meio, a fim de consagrar os fundamentos do próprio Estado.

Posto isto, uma vez classificadas as normas constitucionais dispostas no ordenamento, é notória a necessidade de atuação subsequente do legislador

ordinário para processar os propósitos vertidos no escopo da norma constitucional de eficácia limitada. Ocorre que, na maioria das vezes, o legislador permanece inerte, tornando-a mera expectativa de direito, colidindo com o exercício pleno dos direitos do cidadão, que resta cerceado, não existindo a tutela prevista pelo constituinte. Diante dessa omissão, a redação constitucional faz previsão à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADINO) e ao Mandado de Injunção, na tentativa de reverter dada situação, proclamando-se pela norma “bastante em si”.

5.1 Da Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão

É importante destacar quanto às normas de eficácia limitada delineadas em linhas atrás e perante a inércia do Poder Legislativo, a própria Constituição, na tendência de sanar este obliuio, traz consigo mecanismos e instrumentos que visam suprir a passividade do legislador. Assim, a Constituição Federal de 1988, no tocante aos dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação, traz em seu texto a previsão de certas medidas com aplicação direta a essa ocorrência, quais sejam, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão) no controle concentrado e o remédio constitucional do Mandado de injunção dentro do controle difuso, com finalidade estrita de efetivar os princípios da Carta Maior, por sua supremacia, impondo um dever previsível de complementar as normas de eficácia limitada.

É função veemente do Poder Público estatal a função de legislar, de editar normas norteadoras de convívio e formadores da vida social. As ações constitucionais supracitadas demonstram as imperfeições de um Estado de Direito que provém de impetuosas mudanças em sua formação legal, se é domínio intrínseco ao Estado, é conveniente, e a expectativa é que este o faça. Em contrapartida, reitera a ideia concisa de soberania do texto constitucional, mantendo a primazia extasiada, em respeito às regras de estruturação do Estado Constitucional no dia a dia, inclusive, como ferramenta de fiscalização dos dispositivos situados abaixo da Constituição.

A ADINO ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem previsão na Constituição contemporânea em seu artigo 103, parágrafo 2º, procedente do controle concentrado de constitucionalidade idealizado por Hans

Kelsen ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pertencentes à quota do controle repressivo, em contraponto ao controle preventivo também previsto no patamar constitucional. Trata-se de ação constitucional que cuida repressivamente da situação inoportuna de lacuna normativa, recaindo sobre os dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação, normas de eficácia limitada de princípio programático, com a ressalva no dever previsível de qualquer um dos poderes, visto que se o legislador não se manifestar quanto à norma regulamentadora, o cidadão não poderá valer-se de seu direito.

Insta salientar que o trâmite dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade dar-se-á, originariamente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a decisão proferida pelos Ministros que compõem os quadros deste tribunal é dotado de efeito *erga omnes* – significa dizer que o julgamento atingirá toda a população, e não apenas as partes –, bem como asseverar que a análise de incompatibilidade com a lei constitucional abrange todas as normas e atos normativos ou não normativos, constantes no artigo 59 da Constituição Federal de 1988. Não existe prazo para propor essa ação e os legitimados são aqueles dispostos no rol do artigo 103 da Constituição Federal, assim, podem propor ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical – é pressuposto três federações homogêneas uniformes – ou entidade de classe de âmbito nacional. Abre-se parêntese para ressaltar que a legitimidade do rol disposto no artigo 103 do Texto Magno supracitado, uma vez pertinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, atingirá também a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão por força do artigo 12-A da Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999, com inclusão pela Lei nº 12.063 de 2009¹.

Mister lembrar, conforme entendimento jurisprudencial oriundo do Supremo Tribunal Federal, que as pessoas competentes para propor a referida ação

¹ Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 20 de julho 2016.

ou os chamados de legitimados dividem-se em dois grupos dispare: os neutros ou universais e os interessados ou especiais. Utiliza-se, nesta linha, a necessidade de demonstrar pertinência temática ao ingressar com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, instruindo sua petição inicial com elementos probatórios hábeis a caracterizar o interesse na demanda, funcionando como qualidade e requisito.

Nas proporções do primeiro conjunto de legitimados, qual seja, os considerados neutros/universais, há possibilidade de propor ou operar controle de constitucionalidade concentrado nas dependências do Supremo Tribunal Federal independentemente da conveniência de justificar seu interesse, prescindindo ainda de mostrar se será afetado direta ou indiretamente pelo resultado. Fazem parte desta conjuntura legitimada o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Partido Político, desde que tenha representação no Congresso Nacional.

Os legitimados interessados ou especiais, por sua vez, são as partes que não basta estarem elencados no rol disposto no artigo 103 da Constituição Federal, sendo imprescindível demonstrar na propositura da ação o interesse que detém e que o resultado do julgamento da ação afetará direta ou indiretamente esse interesse, sob pena de ser considerado como parte ilegítima pela própria Corte Suprema, sem resolução do mérito. Presume-se pelo explanado na ocasião dos legitimados neutros que os especiais/interessados são os compreendidos no restante dos incisos do artigo 103 da Constituição Federal, ou seja, a Mesa da Assembleia Legislativa, os Governadores do Estado e do Distrito Federal, bem como as Entidades de Classe ou Confederação no âmbito nacional.

Entretanto, é necessária a compreensão da limitação do objeto característico da ação por omissão, nas palavras de Alexandre de Moraes (2013, p. 790):

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Neste sentido, com base nas normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático e institutivo que, por sua natureza, dependem de complementação, a finalidade precípua dessa forma de ação consiste em transformar a eficácia da norma objeto do ajuizamento, acarretando-a eficácia plena. Cumpre oportunizar, nesse viés, que a omissão legislativa pode ocorrer de modo total ou parcial, sendo que a primeira significa a própria lacuna normativa, onde não há qualquer ação do parlamentar quanto à nova regulamentação; e a segunda, ocorre na edição de dispositivo legal imperfeito, isto é, incompleto.

A finalidade desta Ação constitucional perante a omissão do Poder Legislativo apresenta-se na declaração da inexistência jurídica da norma. Todavia, o Supremo Tribunal Federal não pode compelir o parlamentar a desempenhar sua função de legislar, ainda que declare a norma inconstitucional. Isto porque o texto constitucional dispõe que tão somente será dada ciência a tal Poder para tomada de medidas, acerca da inconstitucionalidade que referida norma intitulou por sua omissão, conforme estabelece o parágrafo 2º do artigo 103, da Carta Maior de 1988, nestes termos:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Resta por evidente que a norma constitucional não assegura previsão de nenhum instrumento suscetível a submeter o legislador, aquele que representa a vontade da população, à edição de norma regulamentadora e defensora de direitos, tampouco, inexistente previsão de qualquer meio sancionatório em consequência da lacuna deixada pelo legislador. Mesmo que assim não fosse, partindo de uma interpretação estritamente literal do artigo supra mencionado, é possível perceber que a Constituição não traz consigo a previsão de medidas mandamentais, nada obstante a Lei n.º 9.868 de 1999, em seu artigo 12-H, incluído pela Lei nº 12.063/2009, corroborar tal situação de o Supremo Tribunal Federal determinar que seja dada ciência para tomada das medidas adequadas. A previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão infere um prognóstico do próprio legislador constituinte quanto às omissões dos poderes públicos, tratando-se desta ação de forma declaratória, sem qualquer disposição sobre os mecanismos de concretização

da Constituição, respaldando-se em uma interpretação fiel ao texto do artigo 103, parágrafo 2º, do Texto Magno supracitado.

Mostra-se patente a advertência feita por Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 546) ao elucidar que é necessária uma interpretação extensiva do referido dispositivo, não se limitando à análise literal do texto normativo em questão, pois, em caso positivo, a conclusão inevitável consistiria em sobrelevar como único efeito a mera ciência da declaração de inconstitucionalidade ao órgão que permaneceu inerte e, conseqüentemente, a carência de garantias constitucionais.

Com o propósito de revigorar essa interpretação irrestrita acerca da coibição ao legislador estático, o então Ministro Gilmar Mendes, no trâmite do julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI) nº 3.682-3 proposta pela parte legitimada da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso perante o Supremo Tribunal Federal, institui como mecanismo de limitação parâmetro temporal para regulamentação da lei complementar referente ao artigo 18, parágrafo 4º, da Constituição Federal². Isto é, o considerável progresso no entendimento pretérito da Suprema Corte reflete a quão tênue é a norma em pauta – artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal –, de modo que se faz mister a menção do íncrito julgamento:

[...] Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (STF - ADI: 3682 MT, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277).

Estritamente, conforme pondera Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero (2015, p. 953), houve reconhecimento do atraso

² Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...] § 4º 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. BRASIL. Constituição, 1988.

do Congresso Nacional, decidindo-se, na ação direta omissiva, que a *inertia deliberandi* pode ser objeto deste tipo de ação constitucional.

Todavia, o entendimento é escasso no tocante à solução da problemática posta previamente, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, precisou o prazo de dezoito meses para que o Congresso Nacional adotasse as medidas oportunas, fundado no critério de razoabilidade do estado de mora. Embora não resolvesse por completo o problema da regulamentação de normas constitucionais limitadas e à subsequente omissão legislativa, tal julgamento correspondeu à uma evolução no ordenamento brasileiro, introduzida pelo Judiciário. Entretanto, o princípio referente à discricionariedade do Poder Legislativo “continua intacto [...] Mas isso não impediria que a sentença reconhecesse a omissão constitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida” (SILVA: 2010, p. 49).

A dificuldade não restava sanada em seu todo, mas notável fora o desenvolvimento de sua acepção em plenitude, ampliando gradativamente o alcance de seu texto, na medida em que se percebia viável para a efetivação da Constituição. Todavia, o julgamento proveniente do Supremo Tribunal Federal, sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682-3 de Mato Grosso, particularmente no reflexo em detrimento ao artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição de 1988, revestido de ativismo judicial, ainda não providenciava adequada concretização às normas constitucionais.

Nesta ótica, insta considerar a respeito desse chamado dever de legislar no cerne da tutela normativa:

Não há dúvida que as normas constitucionais que impõem dever de legislar, [...] conferem ao STF o poder de controle a omissão inconstitucional. Entretanto, há normas constitucionais que dependem da atuação do legislador, porém não o obrigam expressamente a legislar. São inúmeras as normas instituidoras de direitos fundamentais que, por sua natureza, carecem de tutela normativa, mas nada dizem sobre eventual necessidade de o legislador editar leis. É possível, nestes casos, pensar em omissão constitucional? Diante de um caso concreto, o juiz pode suprir a omissão inconstitucional, realizando controle incidental de constitucionalidade? [...] Indaga-se sobre a possibilidade de afirmar a inconstitucionalidade por omissão quando a norma constitucional não impôs, expressamente, dever de legislar. Pergunta-se, ainda, sobre a viabilidade de todo e qualquer juiz realizar, incidentalmente a um caso, a análise da inconstitucionalidade por omissão, e, mais do que isso, supri-la mediante providência criada para a situação concreta.

As omissões que invalidam direitos fundamentais evidentemente não podem ser vistas como simples opções do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força para impedir que o legislador desrespeite os

direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei e as omissões do legislador, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica e demagógica. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO: 2015, p. 958).

A omissão legislativa depende, a princípio, única e exclusivamente de atuação do legislador ordinário em editar leis e, contudo, não há previsão expressa desta obrigação de legislar na promessa de completar uma norma limitada por natureza, mormente quanto aos direitos fundamentais do cidadão, que não podem ser tratados como “mera expectativa de direito”, dada à força normativa da Constituição e à intervenção estatal que ganhou força com o Liberalismo remoto. Nessa perspectiva, no que toca às normas de direito fundamental, exemplificativamente, pode-se mencionar a normatização de dispositivos legais referentes ao meio ambiente, que necessitam de regulamentação, com exigência de desempenho concreto do Poder Público do Estado para efetivar sua tutela.

Patente é a carência de previsão legal de mecanismos suficientemente capacitados a suprir as lacunas normativas deixadas pelo Poder Legislativo, como pondera Michel Temer (1992, p. 47-48), atestando que não existe qualquer previsão constitucional, como reproduzido na Constituição Portuguesa, pressupondo tão somente a remessa da inconstitucionalidade por omissão ao conhecimento do legislador, isso significa que o poder constituinte originário acredita nos mecanismos e estrutura do Legislativo, capaz de assegurar a determinação oriunda do Judiciário dentro deste controle concentrado.

É cediço que a Constituição Federal de 1988, precisamente em seu artigo 103, não traz qualquer hipótese manifesta de ultimar a norma constitucional dependente de lei regulamentadora, limitando-se em atuação meramente declaratória. E, no mesmo sentido, o entendimento provindo do Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 3.682-3, perfazendo a necessidade de indicar prazo razoável para edição regulamentar. Conquanto, a previsão constitucional concomitantemente com a decisão da Suprema Corte na Ação supracitada, resta imperfeito o alcance do referido julgamento, vez que não se encontra amparo legal no que cerne à concreta complementação legislativa.

Sob este enfoque, necessária a tradução da expressão “controle de constitucionalidade”, colocando à tona seu fidedigno significado em benefício à supremacia da Constituição Federal. Assim, “controlar a constitucionalidade significa

impedir subsistência de inconstitucionalidade” (PIOVESAN: 1995, p. 107-108), isto é, cabe originariamente ao Supremo Tribunal Federal enunciar e acarretar a determinado dispositivo legal sua inconstitucionalidade por omissão legislativa, rejeitando-o do ordenamento jurídico, sem, todavia, prever meios corretivos ao órgão legislador competente. Dizendo de outra forma, a partir do momento em que se esboça a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão como instrumento constitucional com função meramente declaratória, torna-se visível na realidade sua ineficácia.

Com base nesta máxima, simultaneamente aliado à carência de previsão normativa acerca da imposição parlamentar à edição de leis ou atos normativos concernentes a perfazer o incitado pelo legislador constituinte, soluciona Flávia Piovesan que, primordialmente, assevera sobre a impotência do instrumento constitucional por omissão:

Concebendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento pelo qual se obtém, tão-somente, a declaração da inconstitucionalidade por omissão e a ciência do legislador para que adote as providências necessárias à realização do preceito constitucional, fácil é concluir que este instrumento se torna insuficiente e insatisfatório para a efetivação das normas constitucionais.

A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omisso suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do artigo 64, parágrafo 2º do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais. (1995, p. 108-109).

Observe-se, nesse jaez, que a solução colocada pela autora contorna uma visão ativista do próprio Poder Judiciário, na medida em que fica a ressalva da autuação deste órgão para fins de suprir a inércia do Poder Legislativo, dispondo assim da matéria inexistente, ainda que temporariamente. E, assim, o primeiro constituirá (de forma proativa) normativamente em substituição do legislador, com natureza provisória, em virtude do princípio da exigência do efetivo cumprimento das normas previstas na Constituição Federal que demanda regulamentação.

Caminha no mesmo sentido Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 547), revigorando a solução supra mencionada:

[...] para além da ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissos, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimento da omissão. Mas não é só. A depender do caso, expirado esse prazo sem que qualquer providência seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeitos gerais (*erga omnes*) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor. Cuida-se, aí, de um verdadeiro *efeito de solução*, concebido para ser o único capaz de solucionar o problema da não efetividade das normas constitucionais em razão das omissões do poder público.

No intuito de robustecer a norma constitucionalidade inicialmente limitada e tênue quanto aos seus efeitos, enaltece-se esta solução de colocar o Judiciário com essa postura chamada de ativa em detrimento à lacuna deixada por aquele que legisla. Dentro desta sistemática, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, fixará um prazo razoável para o efetivo cumprimento pelo órgão inerte, que, por sua vez, terá a missão de sanar o preceito proposto pelo legislador originário. Por outro lado, em caso de omissão normativa, a vertente sustenta-se na possibilidade de o Judiciário, por meio do Supremo, dispor normativamente sobre a matéria tratada na referida norma ineficaz, substancializando os preceitos dispostos no texto constitucional.

Tal prognóstico também é medido por Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero (2015, p. 1267), quando designam que o Poder Estatal tem em mãos, o dever de tutela constitucional e, por conseguinte, o Judiciário, a função de inteirar o vácuo deixado pelo Legislativo, partindo do pressuposto de que o texto normativo do artigo 103, parágrafo 2º, da Carta Magna vigente, é omissa em relação à supressão dessa inatividade. Logo, é incrível admitir que a falta de irrefutabilidade de tal provimento não seja medida a se impor, visto que os julgamentos proferidos por tal órgão são norteados pelo princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, nos tenazes do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Melhor explicando, a mera declaração da ciência somada à inação do legislador, torna evidente a debilidade deste dispositivo, que passa a não possuir aplicação prática, tampouco surte repercussões no mundo jurídico.

O raciocínio observa que cumpre ao Judiciário abastecer supressão legislativa, isto é, a partir da inércia na edição da lei, pode-se inferir que poderá existir uma segunda omissão, agora pelo órgão judicial, atendendo a essência da teoria dos freios e contrapesos, que possui condão de controle entre os órgãos estatais.

Nessas condições, aventa-se que “possa o Supremo Tribunal Federal resolver satisfatoriamente a lide proposta, se assim permitir o caso, mediante expedição de decisão normativa provisória” (PIOVESAN: 1995, p. 110), declarando norma inconstitucional aquela que necessite de seu complemento, que será providenciado pela Corte julgadora até que o órgão legislador o faça definitivamente. E assim, complementam Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero:

Quando a norma não exigir atuação insubstituível do legislador, o não cumprimento do prazo pelo Legislativo abre ao Judiciário, como regra geral, a possibilidade de elaborar a norma faltante para suprir a inércia do legislador, evitando que o seu desprezo à Constituição gere um estado consolidado e permanente de inconstitucionalidade, com o qual o Estado de Direito não pode conviver. (2015, p. 1267).

É certo que esse embate, como se pode inferir, parte do pressuposto principiológico da separação de poderes e sincronicamente ao sistema constitucional de freios e contrapesos. Deparando, em contrapartida, com o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o princípio do efetivo cumprimento das normas constitucionais, este último conforme disposto por Flávia Piovesan.

Nesta dimensão, o princípio da separação de poderes que, *a priori*, se respalda numa estrutura de Estado com funções completamente distintas aos órgãos independentes entre si. No mesmo sentido, o princípio da autonomia do legislador, como consequência do próprio sistema tripartite, apontando para um órgão independente, mormente no que toca sua função primordial, qual seja, a de legislar. Inversamente, o princípio da separação encontra-se entrave na asserção oriunda do sistema de freios e contrapesos, estabelecendo a denominada harmonia entre esses, posto que é fundamental a existência do mútuo controle estatal, para que não exista exorbitância no âmbito de cada um, bem como, tonificando o antagonismo quanto à atuação proativa do Judiciário no cerne da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sublinhe-se o princípio do efetivo cumprimento das normas constitucionais e o princípio da tutela jurisdicional efetiva, amparando-se

na admissibilidade deste específico ativismo judicial, em salvaguarda dos princípios da Constituição e concretização de seus dogmas.

Ante essa colisão de princípios, os quais almejam por comportamentos imediatamente finalísticos, sem a descrição das condutas adequadas a serem tomadas, faz-se necessário sua resolução por ponderação, onde um princípio cede casuisticamente sem, contudo, deixar o ordenamento jurídico, apenas deixa de ser aplicado àquele caso. A resposta ao conflito desses princípios, neste caso, princípio da separação de poderes (e princípio da autonomia do legislador) em relação ao princípio do cumprimento efetivo das normas constitucionais (e princípio da tutela jurisdicional efetiva).

O postulado normativo, especificamente, é instrumento metódico que tem como característica principal organizar e viabilizar a aplicação dos princípios e normas. À vista da situação previamente abordada, o postulado normativo a ser utilizado compreende o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que tal princípio não entra em conflito com nenhum outro, sendo utilizado, com efeito, para resolver a colisão de princípios.

Importa, nesse diapasão, balancear esses princípios constitucionais, concluindo-se pela melhor repercussão perante a Constituição Federal em meio ao Estado Democrático de Direito hodierno, com análise estrita sobre a melhor circunstância concretizadora dos preceitos constitucionais. De um lado, o princípio da separação de poderes, entendendo-se no sentido de interpretar literalmente o artigo 103, parágrafo 2º, do Texto Magno, onde será apenas dada a ciência ao órgão inerte competente quando da norma declarada inconstitucional por omissão. Nesta perspectiva, a aplicação e interpretação do referido dispositivo, tendo como ponto de partida o princípio do sistema tripartite puro, significaria dizer que o texto constitucional prescinde de eficácia, isto é, há previsão de normas pelo legislador constituinte que, em tese, não necessitam de eficácia. Noutra curso, atina-se ao princípio do efetivo cumprimento das normas constitucionais em concomitância com o princípio da tutela jurisdicional efetiva, que apontam para um viés voltado ao sistema dos freios e contrapesos, estabelecendo atuação judicial para efetivar as normas previstas como limitadas no bojo da Constituição, ajustando-se para uma tutela concreta do Poder Judiciário.

Posto isto, aplicando-se o postulado normativo da proporcionalidade, concebendo a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação

Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, reconhecer a norma incompatível com a essência da Constituição e, ao mesmo tempo, fixar parâmetro razoável de prazo para que o Poder Legislativo competente exiba norma regulamentadora, se faz presente o âmago da separação de poderes, respeitando os limites constitucionais previstos pelo referido princípio, no aguardo de atuação legislativa. Contudo, em caso de nova omissão parlamentar, o entendimento do presente trabalho coaduna-se no sentido de admitir conduta da própria Corte Suprema, representando o Poder Judiciário, notabilizando o princípio do cumprimento efetivo das normas previstas na vertente constitucional. Direcionado pela teoria dos freios e contrapesos, permitindo ao órgão judicial atuação de fiscalização com finalidade de suprir a inércia do Legislativo, caminhando para a possibilidade de complemento pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Denota-se, portanto, que o Judiciário atuará no desígnio de priorizar a efetivação da Constituição, posto que a teoria da separação de poderes não é absolutamente autoritária, isto é, comporta exceções na tendência de relativizar esse princípio constitucional. O legislador tem em mãos o ônus de editar a norma regulamentadora, mas não o faz, tornando-se fundamental a intervenção de outro poder para não deixar perfazer esta lacuna normativa. Ora, a omissão subsequente no Judiciário contribuiria à falha dos poderes públicos, sendo extremamente necessária sua atuação, ainda que fora de seu âmbito de atribuição na medida em que irá dispor sobre a matéria faltante, aguardando superveniente norma efetiva do Legislativo.

5.2 Do Mandado De Injunção Diante a Omissão Legislativa

Ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, está situada a figura do remédio constitucional Mandado de Injunção, com a mesma aptidão a suprir as omissões deixadas pelo órgão Legislativo, com propósito de corporificar os preceitos constitucionais. Nesta proporção, trata-se de uma ação ou remédio constitucional que tem como característica básica viabilizar o direito do cidadão quando existir lacuna normativa, na medida em que o Judiciário, representado pela Magistratura, ao se defrontar com ausência de lei, será obrigado a proferir sua decisão, seja por analogia, costumes ou princípios gerais do direito e,

deste modo, quando não houver lei regulamentando a questão no caso em concreto, poderá incidir o Mandado de Injunção.

Faz parte do controle difuso de constitucionalidade, englobando casos de omissão em situações concretas postas ao amparo do Judiciário. Esse tipo de controle – difuso ou incidental, do gênero repressivo – nasce nos Estados Unidos da América, especificamente inaugurado por Juiz Marshall, no famoso caso “Madison contra Marbury”, consistindo no controle estabelecido nos casos concretos, onde qualquer Juiz ou Tribunal poderá declarar a norma como inválida, não a aplicando por ofender a Constituição vigente. Diversamente do ordenamento jurídico estadunidense, no qual se aplica o sistema do *common law*, na República Federativa do Brasil, adota-se o sistema romano germânico do *civil law*, porém, com previsão legal do referido remédio constitucional em seu próprio texto, isto é, artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República de 1988, *in verbis*, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Não obstante o Mandado de Injunção ter aplicação direta nos casos de inércia e, conseqüentemente, omissões por parte do Poder Legislativo no tocante às normas de eficácia limitada, no mesmo sentido da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, compreendem institutos distintos, vez que o legislador constituinte da Constituição de 1988 optou pela previsão desses dois tipos de ação, em razão de eventuais nuances existentes entre ambos.

Em primeiro lugar, como já fora delineado, o Mandado de Injunção é espécie do controle difuso, isto é, aquele realizado de maneira incidental, diversamente da Ação por Omissão, incorporada no seio do controle concentrado de constitucionalidade, originando-se no Supremo Tribunal Federal. Isto não significa que o Mandado de Injunção não provém de análise desta Corte, pelo contrário, há a possibilidade do controle difuso alcança-la, pelo viés recursal. Isto é, o curso deste tipo de remédio constitucional seguirá como qualquer outra demanda perante o Judiciário, com a exclusividade de andamento incidental, com a finalidade de resolver o litígio posto pela parte processual, como se verifica nos termos do artigo 105, inciso I, alínea “h”, da Constituição Federal³. Ademais, seu campo material é

³ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração

muito mais restrito do que a abrangência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, vez que se restringe a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, mas tão somente aquele inerente à nacionalidade, soberania e cidadania, não se trata assim de qualquer tipo de omissão.

Sob o enfoque das particularidades de cada ação previstas no bojo da Constituição hodierna, outra diferença primordial entre ambas está baseada na legitimidade ativa de cada uma, ou seja, diferem-se quanto aos legitimados à propositura junto ao Judiciário. Em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, como disposto no capítulo anterior, o rol taxativo dos legitimados está assentado no artigo 103 da Constituição Federal, assim, significa dizer que segue um caráter estreito e limitado, como em sua maioria, cargos de alto escalão da sociedade moderna. Por sua vez, tratando-se do remédio Mandado de Injunção, pode-se ressaltar que a legitimidade ativa é genérica, assim sendo, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, poderá ingressar com esta ação, desde que sofra violação ou restrição de direitos em razão da lacuna deixada pelo legislador no cerne das normas de eficácia limitada, com a ressalva apenas das hipóteses específicas constantes no inciso LXXI, do artigo 5º, da Carta Maior.

Importa sinalar quanto ao objeto passível de demanda em juízo sobre o Mandado de Injunção, como alvitra Alexandre de Moraes (2013, p. 177):

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de constitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa, que necessitem ser colmatadas por leis ou atos normativos (por exemplo: ausência de resolução do Senado Federal no caso de estabelecimento de alíquota às operações interestaduais. CF, art. 155, § 2º).

Qualquer pessoa pode ingressar com essa tutela constitucional, atentando-se, todavia, com a situação conflituosa em concreto. Logo, a existência de norma regulamentadora em cumprimento com o preceito constitucional visado originariamente com a vigência da Constituição Federal obsta a entrada do Mandado de Injunção, pois perde seu objeto. Outrossim, importante recordar que a decisão proferida no pleito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão valerá para

todos, com efeito *erga omnes*, fato que não acontece com o Mandado de Injunção, que possuirá, em tese, decisão com efeito entre as partes litigantes.

Como dito, em regra, sua decisão surtirá efeitos apenas inter partes no cerne de um controle realizado incidentalmente ao processo, com mera abrangência aos integrantes da lide processual. Assim sendo, é mister anotar que essa questão quanto aos efeitos da decisão proferida no bojo do Mandado de Injunção compreende aspecto dotado de controvérsias.

Para Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 524), há concorrência de três posições sobre a decisão decorrente do Mandado de Injunção e seus efeitos: a primeira corrente, partiria do pressuposto de que cabe ao Poder Judiciário elaborar a norma reguladora faltante; a segunda, porquanto, prega a premissa da simples declaração da inconstitucionalidade oriunda da conduta omissiva, dando conhecimento ao parlamentar da injunção; por fim, a última corrente é adepta à ideia de competir ao órgão jurisdicional atuação no sentido de garantir de forma imediata a proteção do direito fundamental violado pela lacuna normativa.

Detalhadamente, a primeira hipótese sustenta-se numa forma de exercício ativo do próprio Judiciário que decide matéria do Mandado de Injunção, todavia, que não convém com sua própria natureza, pois visa garantir a concretude dos direitos fundamentais inerentes ao cidadão. Dessa forma, é certo que não consiste na vertente mais adequada ao próprio fim desta ação constitucional:

[...] O Mandado de Injunção não visa à defesa objetiva do ordenamento jurídico, não tem por objeto o vício omissivo em si, não constitui forma de controle concentrado de constitucionalidade, nem busca reprimir a omissão do Legislativo, nem muito menos, a omissão de medidas materiais a cargo do Executivo. Seu objetivo é tão-somente a viabilização, pelo órgão judiciário, por meio da sentença, do exercício de um direito obstado pela ausência de uma norma regulamentadora. O que vale dizer que, depois de julgado procedente o Mandado de Injunção, a situação de omissão normativa do Poder Legislativo pode, naturalmente, perdurar inalterada, pois não é o Mandado de Injunção o instrumento processual adequado para solucionar essa questão – esta, sim, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. (HAGE: 1999, p. 118-119).

Isso mostra que a natureza desse *writ* limita-se em viabilizar o exercício do direito daquela parte demandante em específico, o que não significa dizer que a omissão legislativa restará sanada com efeito *erga omnes*. Dito de outra forma, o fundamento deste remédio constitucional não se sustenta na regulamentação da norma inexistente para o público geral, mas seu campo é restrito às normas no âmbito dos conflitos processuais.

Quanto à segunda hipótese, possui correspondência ao princípio constitucional da separação de poderes, de forma a respeitar os limites estritos de atribuição de cada poder público, garantindo independência funcional, cabendo tão somente ao Poder Legislativo o ato de criar leis, sendo incrível oportunizar esse meio à Poder diverso deste. Esta visão também não se adequaria ao que se almeja chegar, a partir dos princípios constitucionais do atual Estado de Direito, posto que a teoria da separação de poderes, hodiernamente, não pode mais ser tratada sob tendência absoluta, sendo relativizada consoante à necessidade estatal.

Parte-se assim, à terceira hipótese e que, a princípio, mais se conforma com os quadros atuais do Estado Democrático de Direito em detrimento as outras duas correntes, comportando um viés sobre o qual caberá ao Poder Judiciário a efetivação das garantias fundamentais inatas ao indivíduo, lesadas pela omissão legislativa. Nesta toada, importa dimensionar a congruente competência ao órgão jurisdicional de estabilizar os direitos fundamentais do cidadão por meio de seu julgamento litigioso.

A terceira vertente traduz-se na corrente concretista estipulada por Alexandre de Moraes (2015, p. 182), enaltecendo uma perspectiva na qual o Poder Judiciário por meio de um julgamento constitutivo, anuncia a referida omissão e implemento o preceito constitucional até o surgimento da regulamentação. Por outro lado, a posição não concretista que, substancialmente, abrigava a hipótese de atribuir como finalidade dessa ação constitucional, tão-somente o reconhecimento formal da inação do Poder Público competente. Então, não caberia ao respectivo órgão jurisdicional suprir, desde logo, a lacuna deixada pelo Poder Legislativo, não viabilizando o direito fundamental violado pela norma faltante.

Diante da omissão do órgão legiferante, a proposta central da corrente anterior contorna o complemento do dispositivo legal faltante tão somente à parte impetrante do *writ* e, conseqüentemente, possibilidade de usufruto do direito fundamental que lhe é inerente.

Abre-se parêntese para discorrer acerca da questão dos efeitos oriundos de uma decisão preferida no cerne do Mandado de Injunção segundo entendimento da jurisprudência. Assim sendo, conforme elucida Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 525-526), inicialmente com o Mandado de Injunção 107-3, estende ao Poder Judiciário a mera declaração acerca da lacuna inconstitucional, sendo comunicada ao órgão inerte competente para a tomada das providências

necessárias, posição que fora ratificada pelos Mandados de Injunção 42-5 e 168-5. Em detrimento às críticas que surgiram após esses julgamentos, sustentando a deficiência do Mandado de Injunção ao restringir sua finalidade declaratória, ulteriormente, o Supremo Tribunal Federal deixa de lado a simples visão da ciência ao legislador inerte, corroborando-se na decisão no pleito do Mandado de Injunção 283-5, com a imposição de prazo razoável para superveniência da norma devida. Outrossim, em caso de insistência da mora, caberia reparação de danos, com o intuito de estabelecer responsabilização à inércia do legislador competente.

Nesse sentido, oportuno mencionar o Mandado de Injunção 232-1, na tentativa de fixar parâmetros quanto aos efeitos deste remédio constitucional, com votos vencidos pelos ministros relatores Carlos Mário Velloso, Célio Borja e Marco Aurélio, estabelece a premissa da garantia imediata no que se refere ao gozo do violado direito constitucional, prescindindo da necessidade de ato de ciência ao órgão legislador competente (CUNHA JÚNIOR: 2004, p. 523-530).

Nada obstante ao entendimento jurisprudencial tenaz proferido no óbice do Mandado de Injunção 283-5, o fato de fixar parâmetro temporal para que o Legislativo edite a norma faltante não resolve por completo a problemática. Parece mais consentâneo em relação ao próprio entendimento supra citado, a premissa de conceder ao Poder Judiciário autoridade para viabilizar o direito e garantia lesados pela omissão inconstitucional na própria sentença proferida pelo Nobre Julgador. Assim, em tese, o órgão judicial consoante Mandado de Injunção impetrado, dispor-se-ia sobre a norma regulamentadora individual questionada, estritamente, na situação em concreto, atingindo somente a parte impetrante.

Ao dispor da possível solução acerca desses efeitos, ponderoso o alvito de Flavia Piovesan (1995, p. 140), no sentido de incluir como atribuição atípica do órgão Judiciário a atividade de enfrentar determinadas lacunas normativas inconstitucionais:

A decisão proferida em mandado de injunção, nesta ótica, permite remover, no caso concreto, a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais. Em outras palavras, no caso de lacuna inconstitucional, caberá ao Poder Judiciário criar norma de decisão para o caso concreto, dentro da teleologia do sistema normativo existente, sendo-lhe vedado editar normas de regulação gerais e abstratas, como já analisado quando do exame da primeira corrente interpretativa. Vale dizer, no mandado de injunção, ao enfrentar as lacunas inconstitucionais, cabe ao Poder Judiciário criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, efetuando o preenchimento de lacunas. Assim, a decisão judicial preenche, mas não elimina a lacuna do sistema

jurídico. A eliminação da lacuna, via de regra, é tarefa do Poder Legislativo, quando da elaboração da norma jurídica geral e abstrata faltante.

É possível delinear, nestes trâmites, que a premissa com melhor encaixe ao imbróglio discutido inerente ao Mandado de Injunção, compreende a terceira vertente proposta por Dirley da Cunha Júnior, coadunando-se com a direção do presente trabalho, na medida em que se trata de medida crível em relação ao respeito veraz quanto à Constituição Federal e seus preceitos fundamentais. Encontra-se em conformidade com a separação de poderes e a teoria dos freios de contrapesos, identificando o princípio do efetivo cumprimento das normas constitucionais e o princípio da tutela jurisdicional, colocando em proeminência o Poder Judiciário em face das deficiências, neste caso, do Poder Legislativo. Em outros termos, a partir da omissão em complementar a norma constitucional de eficácia limitada, tratando-se do instrumento do Mandado de Injunção, no controle difuso, o poder de decisão do magistrado ou ministro institui-se à determinada norma com força somente naquele caso em específico, pois a elaboração de norma geral cabe, originariamente, ao legislador.

Pondera-se, em termos jurisprudenciais, no que tange à atividade supletiva do Poder Judiciário ao se deparar com lacunas normativas referente aos direitos fundamentais, o julgamento proferido em 25 de outubro de 2007, no Mandado de Injunção nº 712, com trâmite no Supremo Tribunal Federal, como destacado pelo Ministro Eros Grau, de maneira breve:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (STF - MI: 712 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de

Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384).

O então Ministro Relator Eros Grau, na essência do julgamento do supra mencionado Mandado de Injunção, no tocante ao direito constitucional de greve, assegurado pelo Constituição Federal como norma de eficácia limitada, precisamente em seu artigo 37, inciso VII⁴, decidiu em atenção à corrente concretista geral, opondo, analogicamente, a todos os funcionários públicos, vencendo a separação de poderes absoluta na defesa dos direitos fundamentais do cidadão em prol da Constituição, aplicando-se a Lei nº 7.783 de 1989, na delonga pelo surgimento de lei regulamentar.

Destarte, correto afirmar que a Suprema Corte não se limita ao entendimento meramente formal de conceder ciência ao órgão legiferante competente, tampouco de declarar a mora deste e, da mesma forma, permanecer inerte. Pelo contrário, o posicionamento dos Tribunais Superiores, veemente com o Supremo Tribunal Federal, parte do pressuposto de efetivação do texto constitucional por meio da regulamentação das normas faltantes, conforme o caso em concreto.

De outra banda, cumpre reforçar a ideia quanto à abrangência dos efeitos logrados pela resolução do referido *mandamus*, conforme direciona Alexandre de Moraes (2015, p. 183), há possibilidade da teoria concretista – aquela que prioriza a atuação do Judiciário diante à carência normativa – atingir patamar geral ou individual. Pertence à corrente concretista geral, aquela a decisão judicial com efeito *erga omnes*, alvo de críticas jurisprudenciais, vez que afronta ao sistema tripartite dos poderes republicanos. Já a corrente concretista individual, condescendente, produz eficácia para as partes somente, consequentemente à regulamentação judicial específica ao caso em concreto. Desse modo, a ação constitucional ocasionará efeitos *inter partes*, melhor dizendo, tão somente atingirá as partes. Isto ocorre em razão desta ação pertencer ao arquétipo de controle de constitucionalidade pela via difusa ou incidental, diversamente do controle concentrado realizado primariamente no Supremo Tribunal Federal, cujo objeto será

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. BRASIL, Constituição, 1988.

a norma inconstitucional por omissão em caráter absoluto, e não tratada como matéria incidente.

Acerca da teoria concretista geral, que conforma à decisão o dito efeito *erga omnes*, destaca-se a posição de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p. 100), abonando a vicissitude da decisão proferida no seio do Judiciário dotado de eficácia oponível a todos, desprezando a tendência de oportunizar o pronunciamento estatal apenas ao impetrante do Mandado de Injunção. Propõe-se, nesse sentido, a possibilidade de se concretizar precedente judicial, pressupondo um histórico decisório acerca de determinada matéria, de modo que, não haveria a necessidade de futura de impetrar novo *writ* tratando-se da mesma questão. Entretanto, a melhor maneira de traduzir tal função, enseja-se em restringir seus efeitos para, como dito a princípio, somente entre as partes, mormente ao impetrante, com possibilidade de deixar lúcida a carga decisória em concreto, assumindo a feição de precedente jurisprudencial.

Em atenção ao princípio da separação de poderes, uma vez que o constituinte originário optou pela previsão de duas ações constitucionais em sede de letargia superveniente do Poder Legislativo, não poderia conceder o dito efeito *erga omnes* ao Mandado de Injunção, uma vez incompatível com sua própria natureza jurídica, sendo, neste caso, crível à essência da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Aliás, acerca da compatibilidade desta consequência decisória no discorrer dessa primeira ação, expõe Carlos Augusto Alcântara Machado:

A tarefa do Poder Judiciário de aplicação do direito, por conseguinte, é também de produção normativa, criando, para o caso levado a sua apreciação, norma individual com validade e eficácia *inter partes*. [...] Não se trata, evidentemente, de função legislativa pura, mas não deixa de ser produção normativa. [...] Entretanto, é de se reconhecer que, em qualquer hipótese, o Poder Judiciário estará recebendo competência para elaboração da norma individual, exclusivamente com eficácia *inter partes*. (1999, p. 133-134).

Em face desta concepção, assinala-se que o Nobre Magistrado competente para julgar matéria incidental referente ao Mandado de Injunção, atipicamente e de forma ativista, irá dispor sobre a norma, todavia, em caráter tão-só individual, com eficácia perante as partes do processo.

Todavia, “a circunstância de a coisa julgada ser *inter partes* certamente não inibe ou impossibilita a eficácia vinculante do precedente” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO: 2015, p. 1242), sendo assim, uma eventual decisão proferida pela

Suprema Corte, em sede de recurso, poderá ser enquadrada como jurisprudência com o condão de precedente jurídico, ainda que oriunda de controle difuso de constitucionalidade. Ou seja, caso for demandada novamente no bojo do Mandado de Injunção, inconstitucionalidade de situação semelhante quanto à lacuna normativa nos mesmos moldes, haverá, por dependência do próprio ministro ou juiz de primeiro grau julgador, seguir o entendimento assentado anteriormente. Neste teor, convém sublinhar que o atual sistema jurídico brasileiro tende a revigorar o instituto dos precedentes judiciais, mormente com a atual disposição do Novo Código de Processo Civil conferido pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, ao colocar em determinado patamar no sentido de reforçar sua força no âmbito decisório das demandas.

Compete ao Mandado de Injunção ou *Writ of Injunction* pelo Direito anglo saxônico, a partir da previsão do artigo 2º da Constituição Dirigente atual acerca da separação harmônica entre os poderes, proporcionar o efetivo exercício dos direitos intrínsecos ao cidadão. Porém, ao proferir sua decisão, o fará somente com eficácia *inter partes*, isto é, alcançar-se-á apenas o impetrante lesionado, em respeito ao referido dispositivo constitucional, vez que cabe ao Poder Legislativo a criação de normas gerais.

A supremacia e princípios norteadores da *Lex Maxima* ainda se encontram efetivamente concretizados, pois o ativismo judicial, neste particular, incide em perfazer a atribuição originária do Poder Legislativo, ainda que em situações específicas. Em que pese a disposição jurisdicional acertar-se ao caso concreto em especial, e não surtir efeitos oponíveis a todos se não as partes do Mandado de Injunção, esse óbice encontra-se solucionado, em condições provisórias, na medida em que se espera a partir da ação do Judiciário póster a regulamentação abstrata do legislador. Por conseguinte, a inapetência do legislador estará satisfeita quando da atuação ativa do Poder Judiciário que não pode deixar provir a tutela conveniente às razões de direito pleiteadas, mormente em razão do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

6 BASES DO ATIVISMO JUDICIAL

Na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito e Constitucionalismo ascendente, com a premissa de supremacia da Constituição idealizada por meios normativos escritos, princípios e valores fundamentais, o sistema tripartite proveniente de Charles de Secondat de Montesquieu refuta à atuação independência e harmônica limitando, a princípio, os poderes da República ao exercício de sua atividade estritamente. Nesse teor, com a integração da teoria e sistemática do sistema “*checks and balance*” ou freios e contrapesos, por meio da previsão no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, precisamente ao utilizar a expressão “independentes e harmônicos entre si”, de pronto, cria-se uma espécie de fiscalização entre os órgãos de poder.

Por vezes, magistrados e Tribunais se encontram em uma posição peculiar e distinta da originalidade de sua área de atuação diante de um caso concreto no qual tem o dever da prestação jurisdicional. Logo, especialmente o Poder Judiciário acaba imiscuindo-se no patamar legislativo, onde extrapola os limites de suas funções dentro do âmbito constitucional no que estabelece a clássica separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos. Este fenômeno é fadado à atuação proativa das instituições jurisdicionais, entendidas estas como juízes e tribunais, que, por sua vez, atuam atipicamente nas funções de outro poder público.

No cerne da atuação harmônica entre os poderes republicanos, é cediço reconhecer que o ativismo dos órgãos judiciais não consiste em matéria sem base no atual Estado de Direito. Como visto em linhas anteriores, nem sempre o Poder Judiciário fora tratado de maneira igualitária em relação aos demais poderes do Estado, com a visão preestabelecida de superioridade dos poderes Executivo e Legislativo ou Parlamentar basicamente. Um exemplo da inferioridade com a qual era tratado o Judiciário em sua feição seria o provindo do momento pós-revolucionário no território francês, com a visão do Estado-juiz como opositor, subordinado à vontade soberana. Essa hegemonia perdurou até os ideais pregados pelo Estado Social de Direito, com a necessidade de intervenção estatal nas relações sociais, com a Carta Magna vigente à época como instrumento efetivador dos direitos.

Com a visão limiar estabelecida, primeiramente com John Locke, mas otimizada por Charles de Secondat Montesquieu, os órgãos estatais situam-se numa simetria funcional e independência – ainda que relativa pelos *checks and balances* – no ápice da organização estatal, como propôs Elival da Silva Ramos (2010, p. 116):

[...] E se o fazem assim é porque não há como deixar de assim proceder, diante da acolhida do princípio da separação no Texto Magno, que exige, como já se salientou, a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes, sob o prisma substancial. Tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função de que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente. De outra parte, as atividades estatais se articulam entre si, o exercício da função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de seu esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de condutas institucionais.

É preciso delinear sobre a premissa separatista que vige no Poder Público estatal hodierno, em respeito ao previsto pela Constituição da República, como meio de assegurar as funções características, permitindo, por outro lado, a pronúncia de um poder sobre outro, incorrendo, implicitamente, no respaldo de distorção funcional típica. Impõe observar ainda que a denominada teoria dos freios e contrapesos providencia a fiscalização entre os poderes públicos, onde resta estabelecido o controle de um órgão sobre o outro, a fim de controlar eventuais atuações que extrapolem os limites da respectiva atribuição.

O Poder Judiciário, nessa toada, acaba ultrapassando os limites da divisão de poderes, por meio de seus órgãos institucionais, não com o dolo de transcender os outros órgãos, mas, especialmente, em função da própria compressão do parlamentar. A finalidade, mormente das Cortes Supremas, com essa participação veemente traduz-se na oportunidade de melhor aplicação da Constituição, com a efetiva tutela dos valores nela prescritos e assim, destaque-se que o ativismo judicial incide, principalmente, sobre a fronteira com as instituições legislativas.

Posto isto, verifica-se, conforme enaltece André Ramos Tavares (2012, p. 28), que a partir da “superveniência do pós-positivismo e a maior margem de manobra concedida (ou reconhecida) ao Judiciário, alguns magistrados adotam em suas decisões critérios outros que não o exclusivamente legal e textual”, caminhando no sentido das instituições jurisdicionais proferirem pronunciamentos

com base em critérios principiológico e valorativo concernentes do texto constitucional. Ademais, o que influencia diretamente como pretexto à postura judicial ativa seria o próprio arquétipo adotado pelo sistema jurídico, com o trabalho da Corte Suprema no rito do controle de constitucionalidade.

Nesta dimensão, a partir da complexidade da questão pendente de resolução e pronunciamento judicial, há circunstâncias em que “nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas” (DWORKIN: 2007, p. 131).

Já começa a ser esboçado o fenômeno ativista, mormente em solo americano:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma imensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora –, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (BARROSO: 2015, 440-442).

Percebe-se que o ativismo judicial derivado do Judiciário americano foi, no início, tratado com precisa repulsa e colocado como comportamento negativo. Nos Estados Unidos da América, a atuação judicial além de seu domínio funcional deu-se, mormente, no tocante às políticas públicas estatais, entretanto, sem qualquer participação dos demais poderes Executivo e Legislativo. O ativismo judicial, nesse particular, apresenta-se perceptivelmente dentro da sistemática jurídica hodierna, incorrendo em participação ativa do Poder Judiciário a fim de concretizar valores constitucionais.

Noutro giro, cumpre ressaltar o advento do controle de constitucionalidade pela via incidental, com alicerce no renomado caso *Marbury contra Madison*, contribuindo para a ideia de atuação (ativa) revisional do Poder Judiciário, neste interim, encenado pela Corte Americana em detrimento aos atos

provenientes dos Poderes Executivo e Legislativo, mormente impulsionado pela noção do *judicial review*⁵. Do mesmo modo, alvitra-se o controle abstrato de constitucionalidade, originário do modelo austríaco de Constituição, no qual convenientemente caberia à Corte, de maneira originária, operar o controle das normas infraconstitucionais em desrespeito à Carta Maior.

As decisões proferidas no cerne do Judiciário, como elucida Elival da Silva Ramos (2010, p. 119), assumem, simultaneamente, uma acepção criativa e à face inovadora, na medida em que não se limitam à reprodução dos textos dispostos no ordenamento, sendo necessária sua adaptação ao caso concreto, disciplinando de maneira consentânea à situação que provocou a atuação jurisdicional. Dizendo-o de outro modo, as instituições jurisdicionais representadas pelos órgãos julgadores específicos, ao aplicar o direito, o fazem também como meio de produzi-lo e, desse modo, a aplicação do direito verteria implicações exclusivas na atuação típica do Judiciário, fazendo com que as normas sejam moldadas ao caso particularizado, não se restringindo à interpretação literal da norma, como aludido em linhas anteriores.

Cumprido salientar assim a perspectiva de atuação judiciária no aplicar do direito ao desenvolver da conjuntura litigiosa paralelamente ao ativismo, ultrapassando os limites concernentes à criação jurisprudencial, diversamente de quando o próprio Poder Judiciário é convocado para se pronunciar acerca de determinada questão pertinente à otimização do Poder Público.

Oportuno abordar, nesse sentido, sobre o instituto do ativismo judicial associadamente com os fenômenos da judicialização e da contenção judicial. Razoar-se, neste teor, que versam sobre ocorrências distintas, nada obstante o mesmo foco sobre o Judiciário, no sentido de propor no quadro jurídico dos poderes públicos uma ação judicial em prol dos demais poderes.

Patenteada essa ressalva, distinguindo-se do ativismo judicial, a expressão “judicialização” faz alusão às questões que tocam, especialmente, os passos políticos do Estado, cabendo ao Poder Judiciário declamar pelo pronunciamento final, e não aos Poderes Executivo e Legislativo como de praxe (BARROSO: 2015, p. 436). Significa dizer, ao tratar-se da judicialização como fenômeno jurídico, que existe a transmissão de funções, conferindo ao órgão jurisdicional esta referida autoridade, assim sendo, a atuação exorbitante não parte do Poder Judiciário como no ativismo judicial, mas sim lhe é verificado esse poder.

⁵ Com a possibilidade basilar de revisão dos dispositivos legais que contrariassem o Texto Magno.

Em eventual adversidade política ou até mesmo social, o magistrado de primeira instância ou Tribunal nos patamares superiores podem decidir no pleito do Judiciário, dispensando ações executivas e legislativas. Como paradigma desta judicialização de direitos, pode-se memorar sobre o controle constitucional executado pelo próprio Poder em questão, de modo que se verterá sobre questões proeminentes no bojo de um processo (no caso do controle difuso) ou ação autônoma (tratando-se do controle concentrado de constitucionalidade perante a Suprema Corte Brasileira).

Veja-se que “o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados” (BARROSO: 2009, p. 5), isto é, não perpetrou intemperança em seu exercício natural.

Em matéria de judicialização, é patente atinar que o Poder Judiciário é provocado à resolução da questão, dada sua natureza de tutela de direitos fundamentais, bem como ser também revestido de caráter hodierno eminentemente político. Assim, cabe o resgate às instituições jurisdicionais, mormente quanto às ocorrências inconstitucionais e quanto à concretização dos programas preestabelecidos pelo Legislador constituinte, em função da construção dirigente que porta a Constituição Federal de 1988. À vista disso, resta visível a primeira distinção desenhada acerca da judicialização em detrimento ao fenômeno do ativismo judicial, como arremata Luís Roberto Barroso:

[...] A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (2009, p. 6).

Tratam-se de ocorrências com prisma na atuação centralizada no Judiciário, mas que, todavia, adotam posições destoantes. O ativismo judicial concentra a atividade judiciária tendente a ultrapassar as fronteiras legais permitidas, porquanto o fenômeno jurídico da judicialização segue uma linha pacífica de comportamento, haja vista que, neste caso, o Poder Judiciário será provocado para se pronunciar sobre determinada questão acima do Executivo e Congresso Nacional. Em que pese subsistir divergências de conceitos práticos e ambos institutos robustecerem a ênfase na atuação judicial, não se tratam de situações

opoentes, posto que ao oposto do ativismo judicial dá-se o nome de “autocontenção judicial”.

Em termos abstratos, autocontenção judicial ou *self restraint* significa a prática do autocontrole exercido pelo próprio Poder Judiciário, segundo o qual irá incidir o policiamento pelas demais instituições jurisdicionais quanto às atividades desenvolvidas. Diversamente do ativismo judicial em concomitância com a teoria dos freios e contrapesos, com a fiscalização entre os Poderes republicanos para delimitar as atuações públicas, a autocontenção emerge com o intuito de impor ao órgão judicial o seu autocontrole.

É este o espectro avesso ao ativismo judicial, que defende um posicionamento negativo do Judiciário para não resultar em ingerência nos demais Poderes. Nesta lógica, acreditando numa possível deslegitimação do Poder Judiciário:

[...] E essa desqualificação não é mera opção teórica; em muitos ordenamentos, especialmente quando a Constituição, como a brasileira, oferece sinais de adoção (e exigência) de uma atuação substantiva (ativista, se se quiser) do juiz constitucional, como implementador da Constituição, a referida exclusão é dogmaticamente inadmissível. Basta recordar, aqui, institutos como o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, além das cláusulas tradicionais que concedem o STF e seus magistrados a guarda (final) da Constituição e o alocam como árbitro que decide acerca dos conflitos entre poderes e destes com os direitos fundamentais. (TAVARES: 2012, p. 47).

O propósito da autocontenção judicial assim, compreende atenuar a intromissão do Poder Judiciário nos planos funcionais dos demais órgãos do Estado Republicano, refutando as atuações extravagantes. Então, assume outro ponto de vista, em discordância com a premissa de possibilitar à instituição judiciária a aplicação direta do Texto Magno em razão da inércia parlamentar, ou seja, o ideal assentado por este fenômeno revela sua inclinação à atuação ordinária do Poder Legislativo, desprezando a prática concretizadora do corpo judicial.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2015, p. 442-443), em contrapartida às atuações proativas oriundas do Poder Judiciário, a autocontenção aflora objetivos para moderação dessas constantes interferências e, conseqüentemente, expande o grau de ação dos poderes políticos do Estado – Executivo e Legislativo, legítimos representantes da população, eleitos democraticamente por meio de instrumento eletivo constitucional –, desenvolvendo a aplicação e efetivação da Carta Magna. Em outros termos, cumpre sublinhar que

autocontenção e ativismo judicial tencionam comportamentos distintos e completamente opostos, deste modo, se há incidência de ativismo judicial, a autocontenção, por sua vez, permanece inativa. Ao revés, a ideia da autocontenção é justamente impedir que o Poder Judiciário desenvolva atribuições que extrapolem o marco divisório com os demais poderes, assim, esta ocorrência tende a conduzir estes dois poderes restantes a um estágio de atuação mais operante, em obediência ao princípio da separação de poderes, principalmente quanto à especialização funcional de cada órgão.

A eventualidade da autocontenção das instituições jurisdicionais, por conseguinte, não pode ofuscar ou, a depender das circunstâncias, impedir a tentativa de efetivação de valores e princípios previstos no texto constitucional, uma vez que cabe ao órgão jurisdicional a aplicação da Constituição Federal e a concretização dos valores, princípios e direitos fundamentais nela retidos. Sobretudo, faz-se necessário oportunizar suas limitações, tendo em vista que, caso contrário, dar-se-ia ensejo para que as instituições judiciais julgassem sem base mínima no texto legal.

Posto isto, o ativismo judicial recai enfaticamente na esfera legislativa constitucional, coadunando-se com a visão esboçada por Elival da Silva Ramos (2010, p. 129):

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento aos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Inobstante o referido autor aduzir ao ativismo uma sinalização negativa, como as atuações ativistas recaem sobre o Poder Legislativo de modo específico, haja vista as vicissitudes causadas pelas omissões deste poder público, o comportamento influente do Poder Judiciário é medida que deve prosperar. Portanto, partindo-se das ocorrências de inércia legislativa, mormente demonstrado pelas ações constitucionais de omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção, resta patente a deficiência do legislador atuante,

de modo que caberia, em tese, ao Legislativo constituinte proferir as normas indispensáveis ao ordenamento jurídico e à tutela do cidadão.

Se o Poder Judiciário estivesse impedido de remediar as lacunas normativas dispostas no sistema jurídico sem a superveniência de regulamentação legiferante, seria análogo à chance de aceitar que haja mitigação da aplicabilidade da Lei Magna. De outra parte, ao admitir que o Judiciário possa imiscuir-se nos domínios dos demais poderes da República – ocasião em que o faria assumindo aspecto conveniente –, encontrar-se-ia alicerce no próprio conceito de efetividade da Constituição Federal, fazendo com que o órgão jurisdicional, ainda que fora de suas atribuições usuais, embarque medidas benevolentes à concretização dos preceitos constitucionais, posto que se houvesse aplauso à autocontenção, as constantes omissões legislativas não seriam sanadas e subsistiriam ao longo do ordenamento.

6.1 Da Necessidade De Limitação Ao Ativismo Judicial

Situada a discussão sobre os níveis de intromissão do Poder Judiciário em relação às linhas divisórias das incumbências dos Poderes Públicos, fundamental constituir a necessidade de duas perspectivas concorrentes: de um lado, a necessidade e premência das atuações judiciais proativas, e de outro, a imposição de limitações à postura ativista. Sob esse influxo, a ingerência dos órgãos jurisdicionais frente à inação dos demais poderes, mormente quanto à função legislativa, não pode se processar de maneira absoluta, de modo que se faz mister mensurar imprescindibilidade de seu comedimento, justamente para que não perdure de forma descontrolada e recaia numa situação de hegemonia judicial.

Como já patenteadado, o Poder Judiciário ao se pronunciar sobre matéria discutida em sede de Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão atua de modo acentuado, na medida em que profere decisão revestida de força normativa, isto é, na investida de remediar as lacunas deixadas pelo parlamentar, dispõe normativamente sobre o dispositivo e matéria faltantes, ainda que somente entre as partes, como é o caso do remédio constitucional. Nesse diapasão, cumpre ressaltar também o evento de o magistrado ou Ministro (para os Tribunais) pronunciar-se no cerne das demandas judiciais sem fundamento legal expresso, ensejando em um suposto cenário de “legislação judicial”. São por essas

razões que é imprescindível estabelecer limites à atuação ativista e atípica do Judiciário, para que não haja ênfase do órgão judicial em detrimento aos outros dois.

Explicando melhor, em casos que eventualmente as instituições jurisdicionais de primeira ou segunda instância, bem como os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal, atuarem emanando pronunciamentos no sentido de produção de conteúdos normativos – pela ausência de norma, por exemplo –, o resultado compreenderia um caráter judicial e legislativo. Ou seja, corresponderia em um exemplo patente de ativismo judicial e, portanto, seria incrível admitir que esse demasiado meio de operação prospere sem qualquer forma de contenção.

Pelas diversas formas de propagação dessa postura ativista adotada pelos órgãos jurisdicionais, neste particular o Supremo Tribunal Federal, como anota Luís Roberto Barroso (2015, p. 442), são manifestadas, principalmente, por meio da aplicação direta da Carta Magna para situações sem previsão legal e perante a inércia do legislador competente, pela declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitam a Constituição Federal, e quando da imposição de condutas positivas ou negativas aos Poderes Públicos, seja pela omissão legislativa ou nos casos de políticas públicas escassas.

Diante essas considerações, é interessante ponderar que o desenvolvimento de uma atividade judiciária em demasia tonifica a formação de direito pelo Judiciário, ofuscando a atividade primária do legislador, procedente do Congresso Nacional, vez que extrapola seus limites de atuação.

À vista disso, cogitar-se sobre a performance exagerada do Poder jurisdicional, prescindindo de qualquer delimitação operacional, significaria permitir o deslinde dos pronunciamentos e manifestações judiciais no sentido de produzir direito sem suporte na legislação. Nessa toada, os juízes passariam de uma posição respeitosa à lei, à categoria de “juiz legislador”, e a discricionariedade do Judiciário comprometeria a divisão de funções estampada no sistema tripartite constitucional. Portanto, o drama desta chamada discricionariedade judicial transformaria os juízes em legisladores (STRECK: 2012, p. 93).

O papel do juiz, dentro do plano constitucional democrático, não obstante o ativismo judicial se apresentar de forma evidente no Estado de Direito atual, acaba sinalizando pela ascensão dos atos discricionários pelos pronunciamentos proferidos, e, dentro de um contexto político cristalizado na democracia, obscurece a estabilidade e integridade dos agentes políticos estatais.

Lênio Luiz Streck propõe que essa atuação desmedida, afinal, acabaria patenteadando um cenário de produção de direito, inexistindo submissão concreta ao texto frio da lei legitimamente estabelecido pelo Congresso Nacional:

Já como preliminar é necessário lembrar – antes mesmo de iniciar estas reflexões no sentido mais crítico – que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é.

[...] Estar compromissado apenas com a sua consciência passa a ser o elemento que sustenta o imaginário de parcela considerável dos magistrados brasileiros [...]. (2012, p. 25-26).

Quanto a esse aspecto, a vinculação “pronunciamento judicial-consciência” proveniente dos órgãos do Poder Judiciário acaba tornando-se frequente, sobretudo, a subordinação com as normas gerais acaba sendo flexibilizada, de modo a emanar decisões unicamente em conformidade com sua consciência, tratando tal dependência como meramente formal. Insta salientar que Mauro Cappelletti (1993, p. 33) trata sobre essa questão decisória dos órgãos judiciais, representados por juízes e tribunais, como uma escolha, segundo a qual a discricionariedade não sugere ideia de arbitrariedade, mas sim, traduz um chamado balanceamento e valoração da norma, destituindo-se de sua interpretação no módulo totalmente abstrato. Logo, é possível sinalar que a mera abstenção aos aspectos norteadores dos dispositivos legais não enseja em uma interpretação dita completa, sendo fundamental uma análise agregada, atendo-se ao conteúdo normativo da norma (e, de fato, não o desrespeitando) e às circunstâncias alheias à interpretação puramente formal, como histórica e sociológica.

Por estas razões, é possível acentuar a supra mencionada submissão com suporte no limiar abstrato da norma, contudo, realizando no mesmo sentido uma compreensão ampla, em consonância sempre com o texto legislativo. Como estabelecido inicialmente, a forma de o ativismo judicial acarretar atuações exorbitantes das dimensões originais propiciado pela separação de poderes, não exprime a ideia de total sujeição à literalidade da lei, sendo compreensível estabelecer sua interpretação nos conformes da situação.

Correto esclarecer que a interpretação dos ditames legais provenientes do Poder Legislativo não pode erradicar a intenção inicial de seu criador, tampouco contrariar seu sentido, para não recair em uma eventual contradição e discricionariedade judicial. É a partir desta eventual discricionariedade na atividade

do Poder Judiciário que o ativismo merece advertência, pois, opera em total desrespeito à separação dos poderes e à teoria de freios e contrapesos do atual Estado Constitucional, o que, de fato, não pode acontecer.

A respeito desta denominada discricionariedade judicial, alvitra-se que:

[...] Em um caso, fala-se, na doutrina alemã, em discricionariedade de juízo e, no outro, em discricionariedade de atuação. Isso porque ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano de compreensão do significado dos dispositivos legais (discricionariedade de juízo). (RAMOS: 2010, p. 125-126).

A partir disso, os atos discricionários do plano judicial limitam-se à interpretação da exegese normativa, portanto, uma atuação incoerente assentada tão-só na consciência e vontade do aplicador do direito resultaria em afronta à essência do texto de lei. Em contrapartida, acentua-se o pensamento de Hans Kelsen (1998, p. 393), ao sintetizar que o representante do Poder Judiciário também é, por natureza, criador de direito, podendo-se afirmar pela sua essência relativamente livre.

É com base nessas compreensões que o ativismo judicial, ao desempenhar as chamadas atuações proativas de poder e colocando-se em patamar de primazia sobre os restantes poderes públicos, é alvo de críticas pela adoção da referida conduta proeminente, na medida em que, por vezes, apresenta-se com certa superioridade em detrimento os demais poderes da República, sendo exercido de maneira desmedida.

Luís Roberto Barroso (2015, p. 443) ao tecer sobre o florescimento do fenômeno ativista, recorda do ensejo de revestir as instituições jurisdicionais como instância hegemônica como aspecto negativo, assim como o fato de a interpretação constitucional acabar usurpando a função legislativa, merecendo assim, reflexões sérias. A crítica incide na hipótese de transformar o Poder Judiciário, que inicialmente instala-se em posição de plena igualdade perante os outros dois poderes em atenção ao sistema tripartite, em um órgão prevalente.

Apostar no ativismo judicial como aspecto positivo, revela a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo – no presente trabalho, como foco sob o último –, em razão de que o fato do Poder Judiciário estar se imiscuindo e ultrapassando seu marco divisório com os órgãos legiferantes patenteia tal situação. Nada

obstante, esse posicionamento proativo dos julgadores ainda é visto com desaprovação.

Uma das principais críticas que norteiam essa repulsão pelo ativismo judicial como instituto que transparece a deficiência dos demais órgãos de poder, seria que, na realidade, os representantes das instituições judiciais não possuem legitimidade eletiva, por não apresentarem-se no escopo do Poder Judiciário como provenientes do voto democrático:

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua intenção não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de dificuldade contramajoritária. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais. (BARROSO: 2015, p. 443-444).

A legitimidade democrática da massa representativa do Judiciário no tocante à condição de “agente público” é irrefutável, pois mantém um “vínculo de dependência e de natureza profissional com o Estado, [...] cargos públicos, criados e remunerados pelos entes estatais” (COUTINHO: 1998, p. 65). Os méritos no pleito dos concursos públicos não retiram sua legitimidade de agente público servidor do Estado, a questão instável, sobretudo, remonta à sua pertinência como agente político. Para deslindar sobre tal questionamento, conforme já explanado, necessário ratificar a situação de o juiz não aplicando tão-só o texto dos dispositivos instalados no ordenamento positivo, mas adequando-se aos casos cuja interpretação não seja totalmente transparente, sempre de modo circunscrito.

Nesse contexto, importante o que preleciona Dalmo de Abreu Dallari na defesa do poder político concentrado aos integrantes do Poder Judiciário:

Mas o juiz não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público, que tem uma parcela de poder discricionário, bem como de responsabilidade e de poder de coação, para a consecução de certos objetivos sociais. Daí vem sua força. Além de tudo, é o povo, de quem ele é delegado, quem remunera o trabalho do juiz, o que acentua sua condição de agente do povo. Esse conjunto de elementos já seria suficiente para o reconhecimento do caráter político da magistratura, mas existem outros fatores que reforçam essa conclusão. (2007, p. 92).

Como assentado, sua responsabilidade e poder coercitivo refletem na índole política que assume, somados à possibilidade dos órgãos julgadores tomarem atipicamente decisões no pleito das demandas invocadas ao se deparem com ausência de normas.

Transpassado esse embaraço, com a discordância ao ativismo judicial sob fundamento na hipótese de introduzir ao Poder Judiciário uma perspectiva de agente político, uma vez que, partindo-se desta visão opoente à atuação proativa, seus componentes acabam localizando-se em uma categoria que prescinde de legitimidade derivada do voto, razão pela qual não possuem condão para atuar acima das fronteiras de poder.

O risco desse ativismo judiciário reflete-se na resolução das questões políticas pelo expediente da via judicial e assim, “o juiz decide ‘juridicamente’ um problema de política” (REVERBEL: 2010, p. 74), em contradição com a separação orgânica das funções, bem como elemento pejorativo em face do atual Estado (Democrático) de Direito. Sem embargo, argumento adverso à reprodução das condutas postuladas nos tenazes do ativismo judicial encontra justificativa na capacidade institucional dos órgãos de poder e a dubiedade da competência jurisdicional como sendo a mais sensata para emitir pronunciamento final acerca de determinada matéria.

A “capacidade institucional” como óbice para confluência do ativismo judicial coleciona determinar qual órgão público estatal é o mais congruente para melhor deliberar sobre matéria específica (BARROSO, 2015, p. 444-445), de modo que não caberia apenas ao Judiciário decidir por derradeiro, pois a depender das circunstâncias descritivas do acontecimento, caberia apropriadamente a outro Poder ultimar.

Sobre esta crítica em particular, preconiza Luís Roberto Barroso (2015, p. 445):

[...] Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. [...] sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

O paradoxo constata-se na oportunidade de operar o ativismo judicial, e o Poder Judiciário passar a intervir sobre qualquer temática que esbarrar, deprimindo e debilitando os demais Poderes Públicos, que, em tese, teriam suas articulações cerceadas pela atuação ativista. Nestes moldes, incontestável a inviabilidade de permitir o pronunciamento judicial sobre todo e qualquer tópico jurídico, todavia, frustrar a ingerência em algumas hipóteses pertinentes significaria quebrantar a aplicação do Texto Magno.

O risco de um ativismo imoderado teria como resultado lógico o quadro estatal com a unidade judicial assumindo cunho de órgão hegemônico, perfazendo uma ascendência judicial, colocando-o sob feição de repulsa, em conformidade com Mauro Cappelletti:

[...] E certamente reconhece-se que até um judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática. (1993, p. 94).

A ação dos órgãos vinculados ao Poder Judiciário, nada obstante apropriarem-se de uma veste contramajoritária em termos de democracia – isto é, decide nos tenazes do que está prescrito em lei, ainda que seja contrária à opinião da maioria –, hipoteticamente, poderia acabar resultando em um instrumento de despotismo, visto que não contém a determinada função de legislar. Essa situação verifica-se quando dos pronunciamentos judiciais sem a observância dos dispositivos constantes na lei, robustecendo o argumento de não proporcionar amplitude ilimitada ao exercício do ativismo judiciário.

Um ponto fulcral a estabelecer, em consonância com Mauro Cappelletti (1993, p. 73-74), seria diferenciar as características arrogadas pelos juízos de primeira e instâncias superiores no escopo de sua função jurisdicional, sua atribuição como criador de direitos e, em contrapartida, sua função de legislar. Conforme o autor supracitado, as instituições judiciárias assumem esta posição de criadores de direitos na medida em que proferem decisões quando são provocados a fazê-lo, ainda que sem base legal cristalina, pois concebem interpretações acerca dos temas enquadrados na demanda, e não seria errôneo afirmar que, ocasionalmente, também “criam direito”. Compreende uma forma de ativismo judicial na qual o juiz não foge da resolução litigiosa (e assim acertada), desde que não

ultrapasse as delimitações impostas pelo complexo tripartite de poderes, conseqüentemente, assumindo posição de legislador.

A atuação ativista judiciária moderada na interpretação e aplicação do texto da Constituição, em respeito aos próprios princípios e valores nela estabelecidos tornam-se patentes e necessários:

[...] ninguém veria qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como partes, nas matérias por eles reguladas, por representarem pessoas e grupos, deles se fazendo defensores, por não concederem audiência aos interesses de pessoas e grupos contrapostos, por darem, enfim, início aos seus procedimentos sem atender ao pedido do sujeito ou grupo interessado. (CAPPELLETTI: 1993, p. 76-77).

A atividade executiva e legislativa, exercida por representantes políticos democraticamente eleitos – mormente os parlamentares incumbidos ao corpo e atividade legiferante no Congresso Nacional –, compreende um dos principais mecanismos de efetivação da Constituição e de tutela dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Entretanto, a inércia e comprometimento dos órgãos supra mencionados conferem causa às omissões e deficiências estatais, ofertando possibilidade ao advento do referido ativismo judiciário veementemente. Neste contexto, a vicissitude do ativismo em detrimento às imperfeições dos demais órgãos de poder republicanos possui condão para propiciar efetividade da Carta Magna vigente, a partir de instrumentos interpretativos de sua composição, contanto que seja concretizado de forma limitada.

7 CONCLUSÃO

A busca por limites ao exercício do poder demarcou a história da humanidade, tendo como ponto crucial o constitucionalismo na ressalva por medidas assecuratórias de direitos. Emerge o ideário de controle estatal por meio de uma Constituição escrita, com fundamentos e direitos assegurados no intuito de proporcionar maiores restrições ao poder absoluto dos entes públicos, com a proposta de suprir as vias arbitrárias de poder. É com evidência nessas premissas que o desenlace do Estado de Direito hodierno prosperou, adotando índole Democrática nos termos da Constituição Federal de 1988, sob o prisma de premissas igualitárias basilares à garantia dos direitos fundamentais de todo cidadão.

O Constitucionalismo corrente assegura a existência de uma carta de direitos escrita, efetivando os direitos e garantias intrínsecos à natureza de qualquer indivíduo.

De outra parte, a Constituição que rege o ordenamento jurídico atual, nada obstante prever normas constitucionais tendentes à modular as relações jurídicas e sociais no cerne de um ambiente democrático, faz menção à um grupo de determinadas normas que possuem características programáticas, com eficácia considerada como limitada. Explicando melhor, além das normas dotadas de eficácia plena que produzem seus efeitos normalmente desde a entrada em vigor do Texto Magno, há também um conjunto de dispositivos legais que almejam por uma futura ação legislativa, no sentido de regulamentação e sustentáculo, nestas dimensões, as normas constitucionais de eficácia limitada.

É conveniente mencionar assim, que a própria Carta Maior procura estabelecer programas e metas a serem atingidos gradualmente pelo sistema público estatal, com ênfase ao desempenho da função típica legislativa inerentes aos órgãos legiferantes. Impende salientar, a Constituição Federal o faz em razão de sua atribuição de salvaguarda dos direitos e garantias imprescindíveis à tutela de interesses, propondo que tão somente haja futura regulamentação do Poder Legislativo para que o titular do direito possa exercê-lo sem ressalvas.

Seria a função primordial configurada ao Congresso Nacional, formada por parlamentares, agentes políticos eleitos democraticamente pelo voto nos termos

da Constituição Federal, e, assim, a tarefa de editar norma regulamentadora de situações colocadas como dependentes de complementação superveniente. Diante o anseio por regulamentação, partindo-se da inércia dos órgãos parlamentares nesta efetivação dos programas traçados preliminarmente pelo legislador constituinte no escopo constitucional, cumpre sublinhar a previsão de ações constitucionais que tendem à remediar referida tutela de direitos.

Neste teor, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADINO) e o remédio Mandado de Injunção, com previsão respectiva no artigo 103, parágrafo 2º, e 5º, inciso LXXI, ambos da Carta Magna de 1988, que, estritamente, possuem o condão de provocar o Poder Judiciário diante da inação e despreocupação do legislador.

Esta situação de insuficiência legislativa e a necessidade de criação de norma a fim de complementar a referida eficácia limitada preestabelecida, oferece ensejo às posturas ativistas propiciadas pelas instituições representantes do Poder Judiciário. Dizendo-o de outro modo, a partir da inatividade do Poder Legislativo a findar as normas constitucionais de eficácia limitada, os órgãos jurisdicionais passam a ser provocados veementemente para que cumpra com os preceitos da Constituição da República e preencha o vazio normativo, efetivando as disposições máximas. No bojo da resolução da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no deslinde do controle difuso de constitucionalidade, bem como do Mandado de Injunção – este com um rol de legitimados mais abrangente do que aquele –, o preposto do Poder Judiciário passa a ter em mãos o poder de complementar provisoriamente o direito em questão, até legislação vindoura competente.

Resta inteligível a adoção do prisma derivado do ativismo judicial nos pronunciamentos judiciais ao amparar as omissões legislativas, na medida em que diante a constância de inatividade do Poder Público, resultaria em carência na tutela dos direitos, e o Poder Judiciário, pelo princípio da inafastabilidade de jurisdição e da tutela jurisdicional efetiva, não poderia ser órgão subsequente na inércia normativa. Em detrimento à função de legislar típica dos parlamentares, os órgãos judiciais dispor-se-iam de determinada matéria tratada no tramite das ações constitucionais supra mencionadas, até que o Poder Legislativo se mova à complementa-la.

Outra questão proeminente, por sua vez, contributiva às raízes do ativismo judicial, a ruptura legislativa e os pronunciamentos judiciais em

desconformidade com os textos legais, dizem respeito às questões onde não há nitidez no tocante à interpretação e adequação aos casos em concreto. Estabelece que, a princípio, é incrível relacionar a figura do julgador à discricionariedade de resolução de demandas, existindo sempre uma submissão às normas dispersas no sistema jurídico.

Nesta perspectiva, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) traz a previsão legal do caráter integrante do Poder Judiciário, que não poderá deixar de julgar e assim, utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, como suporte subsidiário dos dispositivos legais. Os representantes das instituições jurisdicionais, juízes e ministros dos Tribunais respectivos, não poderão permanecer inertes diante a inação pregressa do Poder Legislativo, devendo julgar nos limites do caso em concreto.

Todavia, não se deve confundir esse ideário do princípio da inafastabilidade de jurisdição, com o exercício demasiado da função. O Poder Judiciário deverá se posicionar nos julgamentos finais de modo limitado, em respeito à Constituição Federal, não podendo respaldar-se em resolução que resulte na violação de seu texto. Do mesmo modo, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção, em proveito das lacunas normativas, ao dispor, transitoriamente, sobre determinada matéria de direito, cabendo-lhe respeito aos tenazes da Carta Maior.

O ativismo judicial traduz-se em medida imperiosa nos moldes da realidade jurídica atual, com fundamento na inafastabilidade de jurisdição constitucional, bem como no sistema *checks and balances*, descendente da separação de poderes, segundo o qual propõe um sistema estatal de conjunto dos poderes públicos, com subdivisão das funções típicas a três órgãos especializados, com alicerce na premissa de aplicação da Constituição Federal no déficit dos demais órgãos.

Destarte, as posturas proativas do Poder Judiciário, consideradas como ativistas e atípicas ao seu âmbito de atribuição, possui legitimidade (proveniente da lei e procedimento) desde que prospere nos ditames da Constituição Federal vigente e os diversos dispositivos legais que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, perfazendo a efetivação e aplicação do Texto Magno no tocante à garantia e direitos fundamentais. Restando assim, superado o argumento de dubiedade no que tange sua capacidade como instituição do Poder Público, pois os

órgãos jurisdicionais compreendem competência adequada à interpretação do texto constitucional nas situações supracitadas.

Por conseguinte, perante às diversas inações legislativas, não convém aos órgãos jurisdicionais deixar de aplicar o texto constitucional e de impor a concretização de seus valores, sendo o ativismo judicial medida acertada e congruente tendo em vista à atual conjuntura jurídica, desde que seja exercida de maneira moderada, isto é, ativismo judicial cumprido com primor, de forma limitada, em consonância com a separação tripartite dos órgãos da República, obedientes à harmonização dos poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo Judicial e Estado de Direito**. (Coord.) AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, nº 4. Jan/Fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Consultado em 12 de agosto de 2016.

BISCH, Isabel da Cunha. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682-3/MT**. Relator: MENDES, Gilmar. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3682-mt>>. Consultado em 22 de julho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 712 PA**, Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJ de 31/10/2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>>. Consultado em 02 de agosto de 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Consultado em 03 de setembro de 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Consultado em 20 de julho de 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. **O juiz agente político**. Campinas: Copola, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

_____. **O poder dos juízes**. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. São Paulo: Martin Claret, 2002-2004.

MACHADO, Carlos Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição**. São Paulo: Atlas, 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O acaso, John Marshall e o controle de Constitucionalidade**. Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1>>. Consultado em 28 de junho de 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Traduzido por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Os clássicos da política**. São Paulo: editora Ática, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

WILSON, Woodrow. **Governo constitucional nos Estados Unidos**. São Paulo: IBRASA, 1963.