

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

CURSO DE DIREITO

**ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO PARADIGMA DO
LEGISLADOR NEGATIVO**

Bruno Vincoleto do Vale de Almeida

Presidente Prudente/SP

2020

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

CURSO DE DIREITO

**ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO PARADIGMA DO
LEGISLADOR NEGATIVO**

Bruno Vincoletto do Vale de Almeida

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rafael Aragos.

Presidente Prudente/SP

2020

**ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO PARADIGMA DO
LEGISLADOR NEGATIVO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção de Grau de Bacharel
em Direito.

Rafael Aragos

Ana Carolina Greco Paes

Lucas Pires Maciel

Presidente Prudente, 24 de novembro 2020.

Dedico o presente, para àquelas, minha
mãe e minha irmã, por todo o apoio.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus que em todos os momentos, seja quais foram, me manteve em pé, me permitindo continuar até aqui.

Agradeço a minha família, minha mãe Leila e minha irmã Maria Luiza, que tanto torcem por minha pessoa, por todo apoio e confiança, mesmo nos momentos mais difíceis e de mais dúvidas. De igual modo, agradeço a todos meus amigos e colegas por toda força, que de alguma forma, contribuíram para eu chegasse até aqui.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Professor Rafael Aragos, que gentilmente aceitou me orientar durante toda a elaboração do presente trabalho, transmitindo seus conhecimentos, em que sou grato a toda a contribuição e competência para com minha pessoa.

A todos, muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho, visa abordar e discorrer sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal frente ao paradigma do Legislador Negativo, dada a omissão legislativa, possuindo como objeto principal, a atuação do órgão máximo do Poder Judiciário quando a analisar o mérito das demandas que são levadas a sua apreciação. Diante disso, o trabalho se inicia desenvolvendo a evolução do estado e os respectivos modelos por ele adotado, tratando a princípio sobre o estado liberal, marcado pela notória atuação do Poder Legislativo, que após, com o estado social, o momento é definido pelo exercício do Poder Executivo, e por fim, com o desenvolvimento do estado através do modelo democrático de direitos, surge a atuação fiscalizatória por parte do Poder Judiciário. Tendo em vistas os aludidos poderes estatais presente em cada modelo de estado, é desenvolvida a Teoria da Separação dos Poderes, pela própria limitação do poder estatal, momento o qual, conseqüentemente, foi desenvolvida a Teoria dos Freios e Contrapesos, como forma de restrição do poder pelo poder. O próximo capítulo do trabalho, se debruça mais especificamente sobre os Poderes Legislativo e Judiciário na perspectiva da Constituição Federal de 1988, que de início, discorre a respeito das atribuições do poder legiferante e sua atual problematização envolvendo a omissão legislativa, em razão de sua dificuldade de funcionamento frente a constante modificação da sociedade. Ulteriormente, em relação ao Poder Judiciário, foi desenvolvida a ascensão deste em face da evolução estatal, e sua conseqüente expansão e função ativa, que por sua vez, vem a ocasionar o fenômeno denominado, ativismo judicial. O último capítulo do trabalho, se inicia apresentando o momento em que se instaura no país, um órgão de cúpula do Poder Judiciário, estabelecendo de acordo com as constituições que precederam a atual, suas características pertinentes, que posteriormente, no que tange ao atual Supremo Tribunal Federal, suas particularidades se encontram fixadas pela Constituição Federal de 1988. Realizada as ponderações apresentadas, segue a pesquisa inclinando-se sobre a atuação da Suprema Corte, de modo a evidenciar se tal atividade se enquadra em um perfil voltado para o Legislador Negativo ou Positivo, razão pela qual, com a finalidade de sanar tal incerteza, foi estudado a visão de determinado autores, bem como de Ministros que compõem ou fizeram parte de tal colegiado, seguindo após, para o estudo de sua atuação diante o Controle de Constitucionalidade, e além, sobre a independência jurisdicional, abordando as teorias procedimentalista e substancialista, considerando os limites de atuação do órgão máximo do Poder Judiciário. Por fim, o trabalho foi elaborado utilizando-se dos tipos de pesquisa por meios bibliográficos, históricos, doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Separação dos Poderes. Omissão Legislativa. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The present work aims at approaching and discussing the performance of the Federal Supreme Court in face of the paradigm of the Negative Legislator, given the legislative omission, having as main object, the performance of the highest organ of the Judiciary when analyzing the merit of the demands that are taken to its appreciation. Therefore, the work begins by developing the evolution of the state and the respective models adopted by it, dealing at first with the liberal state, marked by the notorious performance of the Legislative Branch, which after, with the social state, the moment is defined by the exercise of the Executive Branch, and finally, with the development of the state through the democratic model of rights, there emerges the inspection performance by the Judiciary Branch. In view of the aforementioned state powers present in each state model, the Theory of Separation of Powers is developed, due to the very limitation of state power, at which time, consequently, the Theory of Brakes and Counterweights was developed, as a form of restriction of power by power. The next chapter of the paper focuses more specifically on the Legislative and Judicial Powers from the perspective of the 1988 Federal Constitution, which, at first, discusses the attributions of the legalizing power and its current problematization involving legislative omission, due to its difficulty in functioning in the face of the constant modification of society. Later, in relation to the Judiciary, the rise of the latter was developed in face of state evolution, and its consequent expansion and active function, which in turn has caused the phenomenon known as judicial activism. The last chapter of the work begins by presenting the moment when a high-level body of the Judiciary is established in the country, establishing, in accordance with the constitutions that preceded the current one, its pertinent characteristics, which later, as far as the current Federal Supreme Court is concerned, its particularities are fixed by the 1988 Federal Constitution. Having carried out the considerations presented, the research continues bending over the Supreme Court's performance, in order to evidence whether such activity fits in a profile directed towards the Negative or Positive Legislator, which is why, with the purpose of resolving such uncertainty, the vision of certain authors was studied, as well as of Ministers that compose or were part of such collegiate, following after, for the study of its performance before the Constitutionality Control, and beyond, on the jurisdictional independence, approaching the proceduralist and substantialist theories, considering the limits of performance of the highest organ of the Judiciary Power. Finally, the work was elaborated using the types of research by bibliographic, historical, doctrinal and jurisprudential means.

Keywords: Federal Supreme Court. Separation of Powers. Legislative Omission. Judicial Activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES	09
2.1 Evolução do Estado.....	09
2.1.1 Estado liberal.....	09
2.1.2 Estado social	13
2.1.3 Estado democrático de direito	16
2.2 Teoria da Separação dos Poderes.....	19
2.3 Teoria dos Freios e Contrapesos	23
3 OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	27
3.1 O Poder Legislativo	29
3.1.1 Inércia do poder legislativo.....	31
3.2 O Poder Judiciário.....	36
3.2.1 Ascensão do poder judiciário frente a evolução estatal.....	38
3.2.2 Ativismo judicial	40
4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	44
4.1 Legislador Negativo ou Positivo?	47
4.1.1 Controle de constitucionalidade	55
4.2 Independência Jurisdicional versus Limites de Atuação	56
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como objetivo central, a atuação do Supremo Tribunal Federal frente ao paradigma do Legislador Negativo em razão da omissão na atividade do Poder Legislativo, que nestes termos, o presente visa analisar a atuação do órgão máximo do Poder Judiciário, quando ao julgar as demandas que são levadas a sua apreciação.

A pertinência do estudo exposto pelo trabalho, se mostra pela importância na delimitação quanto a atuação dos poderes estatais, que aqui, se debruça especificamente, sobre os poderes Judiciário e Legislativo, em que este, o órgão legitimado para a criação legislativa, não apresenta uma efetiva atuação em conjunto com a evolução social.

Desta forma, tendo em vista a inércia do Poder Legislativo frente a constante evolução da sociedade, esta, vem a se valer do Poder Judiciário, que em seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, precisa apresentar uma resposta aos seus anseios, para que assim possa gozar dos direitos prescritos pela Lei Maior.

A luz do exposto, é de relevante importância o estudo do tema, de modo que um dos poderes não venha usurpar de função alheia, e conseqüentemente, colocar em risco a segurança jurídica nacional.

Neste diapasão, o trabalho se inicia discorrendo a respeito da evolução do Estado e os respectivos modelos adotados em cada um desses momentos trilhados, que a princípio, examina o estado liberal e seu abstencionismo estatal, marcado pela evidente atuação do Poder Legislativo, que após, com o estado social e seu bem estar social, o momento é delineado pelo exercício do Poder Executivo, que ulteriormente, com o desenvolvimento do estado através do modelo democrático de direito e seu aperfeiçoamento diante as demais formas apresentadas, surge a atuação fiscalizatória por parte do Poder Judiciário.

Considerando os poderes estatais e a atuação de cada um conforme exposto, foi tratado sobre a Teoria da Separação dos Poderes e a Teoria dos Freios e Contrapesos, como forma de delimitar a esfera de atividade dos poderes e seus limites na restrição do poder pelo poder.

Por sua vez, o capítulo terceiro, versa sobre os poderes Judiciário e Legislativo na perspectiva da Constituição Federal de 1988, momento em que, se verifica a ausência de atuação do poder legiferante em apresentar uma efetiva

garantia das necessidades da sociedade, que diante disso, busca no Poder Judiciário, um meio de efetivar os direitos prescritos pela Carta Magna, que por ocasiões é considerado um ativismo judicial.

Por fim, no capítulo quarto, analisando o órgão máximo do Poder Judiciário e considerando suas características e competências, foi discorrido sobre o paradigma do Legislador Negativo, de maneira a identificar se a atividade exercida pelo Supremo Tribunal Federal, diante casos em concreto, vem a se amoldar ao dogma apresentado, que por sua vez, é estudado sobre sua inauguração, conceito e o modo como foi utilizado no país.

Ante todo o exposto, o trabalho foi desenvolvido utilizando-se dos tipos de pesquisa por meios bibliográficos, históricos, doutrinários e jurisprudenciais.

2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 A Evolução do Estado

O Estado, idealizado pela sociedade, se compreende como abstração máxima de uma organização social, que nos limites de seu território, visa a regulamentação e conexão de suas vontades primordiais, o qual se apresenta como entidade soberana, devendo assim, manter vínculo perpétuo com a sociedade, no intento de preservar sua ordem institucional, já que sem a qual, não há razão de sua existência (CAMINATA, 2015, s.p.).

Neste sentido, desde sua origem, o Estado apresenta relevante evolução de modelos já superados, e conseqüentemente, no desempenho de suas funções para com a vida daqueles que ali se fazem presentes.

Assim, de acordo com Zagrebelsky (2011, p. 28 apud MORAES, 2014, p. 217):

A Constituição e a ordem jurídica por ela criada em certo momento são inegavelmente parte da história. Por isso, para bem compreender uma Constituição ou um modelo constitucional, é preciso conhecer aqueles que o precederam. A inferência natural de uma assertiva tão óbvia é que, na perspectiva histórica, Constituições são mutáveis, como a própria essência da história.

Desse modo, para que haja uma clara compreensão do sistema estatal e constitucional, se faz necessário o estudo dos erros e êxitos nos sistemas precedentes, que notadamente, se apresentam em três formas/modelos: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

2.1.1 Estado liberal

Em um momento inicial, a juridicidade do Estado, surge como meio de limitar sua atuação, de modo a abster-se das condutas que representassem ingerência na liberdade individual, levando a produção de um modelo de Estado caracterizado pelo abstencionismo (BOLDRINI, 2012, p. 27).

O liberalismo, conjuntamente com o constitucionalismo, surge como novo modelo de Estado, aproximando-se de conceitos como democracia, estado de

direito, governo da maioria e respeito aos direitos fundamentais e, no que concerne ao campo econômico, o estado liberal encontrava-se ligado à livre iniciativa e ao livre mercado (ARAÚJO, 2018, p. 19).

A expressão liberalismo, embora tenha começado a ser utilizada no parlamento da Inglaterra no século XIX, sua formulação originária é atribuída ao inglês John Locke, que em sua obra “Ensaio sobre Entendimento Humano”, apoiava alguns princípios do liberalismo, como liberdade e tolerância, e além, atinente à propriedade, acreditava Locke que esta já existia no estado de natureza, tornando-se um direito natural do indivíduo, independente da vontade do Estado, que por sua vez, lhe cabia somente a função de proteção a essa garantia (BANDEIRA, 2013, p. 20).

À vista disso, findado o Estado Monárquico autoritário, evidencia-se a revolta social da burguesia, momento em ocorre a Revolução Francesa de 1789 ao final do século XVIII, onde o Terceiro Estado francês, mediante força, toma o poder e institui o que se chama de Estado Liberal, com maior abstenção política, econômica e social em detrimento da sociedade, pois se temia, que a nobreza, detentora do poder político à época, continuasse conferindo privilégios apenas a sua casta (CAMINATA, 2015, s.p.).

A partir de então, inicia-se a predominância do ideal liberal e seu competente modelo de estado, que é constituído como o primeiro regime jurídico-político a efetivar as novas relações econômicas e sociais. Com isso, a classe burguesa se eleva de classe dominada e discriminada, para a classe dominante e discriminadora, devassando os alicerces essenciais do absolutismo, até então, antigo regime (LA BRADBURY, 2006, p. 01).

Assim, com o fito de abolir os excessos do absolutismo, o modelo de Estado Liberal, assume o paradigma do princípio da legalidade, de modo a promover seus ideais, posto que a ausência de limitação dos poderes do monarca, era fundada na concepção da origem divina, que obrigava a submissão inquestionável dos súditos as decisões adotadas, resultando ainda, na sujeição de abuso na condução dos negócios do Estado (GOMES, 2005, p. 49).

Não obstante, a princípio, os resultados obtidos pela Revolução Francesa, atingiu tão somente os burgueses, aqueles, comerciantes e proprietários de terras, que viam no estado pré-revolucionário, uma restrição completamente engessante da máxima realização de seus interesses (MORAES, 2014, p. 271).

Além do mais, tal acontecimento se firma na Liberdade, Igualdade e Fraternidade, visando assim, liberdade individual em seus negócios e lucros, igualdade jurídica para com a aristocracia e fraternidade dos camponeses, buscando apoio na luta pela revolução.

Concernente a suas características, o Estado Liberal se define pela omissão frente a questões sociais e econômicas, em que não há uma expressa garantia de tais direitos, já que nada mais constava, além de um texto com regramentos básicos de não intervenção estatal no domínio econômico. Em contrapartida, o citado modelo garante os direitos individuais, regulando condutas individuais e protegendo seus interesses contra o Estado, limitando-se este direito, frente ao direito do outro e os direitos políticos (MAGALHÃES, 2004, s.p.).

Neste diapasão, segundo os ensinamentos de Rocha e Sundfeld (1995, p. 126 apud LA BRADBURY, 2006, p. 01), as características básicas do Estado Liberal são:

Não intervenção do Estado na economia, vigência do princípio da igualdade formal, adoção da Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu, supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais.

Prosseguindo com essas premissas associadas ao Estado Liberal, fica clara sua ânsia em restringir o exercício arbitrário do poder daquele que estava a frente e governando o antigo regime, garantindo um direito público subjetivo aos indivíduos, que por sinal, se encontrava encartadas na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789¹, mantidas ainda, na Constituição Francesa de 1791².

Assim, para a doutrina liberal, o modelo aqui relacionado, não apenas significa a subordinação dos poderes públicos às leis gerais do país, limite esse, puramente formal, mas também, a submissão das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais, considerados constitucionalmente, e portanto, invioláveis (BOBBIO, 1909, s.p.).

Deste modo, em decorrência a própria condição de ser humano, o Estado Liberal inaugura os direitos de primeira geração, exigindo do Estado uma

¹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 15 set. 2020.

² FRANCE. Constitution de 1791. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>. Acesso em: 15 set. 2020.

atuação negativa em face dos oprimidos, não interferindo na esfera de seus direitos à vida, liberdade, propriedade e segurança, em que tais, são denominados, direitos subjetivos materiais ou substantivos.

Nota-se que, o Estado mediante sua Constituição, se restringia a estabelecer competências e processos, e como muito dito, limitar o poder estatal, se apresentando sob a forma do fenômeno Minimalismo Constitucional, em que o Estado se sujeitando às leis gerais e consideravelmente ao Poder Legislativo, não se admitia a atividade criativa pelo Poder Judiciário, que se restringia a apenas, aplicar as normas formuladas, que, devia a pessoa do juiz, de maneira óbvia, interferir o mínimo na atividade criativa, ficando totalmente adstrito aos termos da lei, que se apresentava como único referencial jurídico, independentemente de sua correspondência com a noção de justiça (BARROS, 2013, s.p.).

Neste ponto, tendo em vista que o liberalismo se firma também na democracia, há que se destacar, que embora esta implique na soberania popular, tal meio deve ser exercido de maneira limitada, já que não se deve considerar como último fundamento para todas as decisões, posto que o intento da maioria, pode significar um fim injusto ou opressor, em que, sob sua vigência, estabeleceu-se os governos autoritários fascistas, que tinha como principal fundamento o apoio da população, o que demonstra, o quão perigoso é um sistema jurídico sem uma Constituição forte em direitos fundamentais, que venha a frear propostas que levem ao retrocesso (AMBRÓZIO, 2016, p. 18-19).

Desta forma, é possível visualizar que o Estado Liberal veio a representar o término do Estado absolutista, caracterizado pela busca da liberdade individual burguesa. No entanto, para Baracho Júnior (2000, p. 167 apud BARBOSA e SARACHO, 2018, s.p.):

O paradigma liberal foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter público da própria dimensão privada, pela redução que empreende do privado à esfera do egoísmo, da propriedade privada absoluta, e, conseqüentemente, por fazer do âmbito formal um fim em si mesmo, uma proteção velada do status quo burguês, uma mera defesa da propriedade privada e dos interesses dos grandes capitalistas, por desconsiderar, assim, as formas de vida concretas, e, em suma, por seu apego incondicional ao indivíduo isolado e egoísta.

Diante disso, compreende-se que na prática, seu modelo gerou relevante desigualdade social provocada por uma abstenção sem limites, em que o

liberalismo não garantiu a liberdade e a igualdade para todos os cidadãos, mas apenas a uma determinada classe – burguesia -, dando vez ao surgimento do Estado Social.

2.1.2 Estado social

O modelo de Estado Liberal e seu conseqüente Minimalismo Constitucional, logo chega ao fim tendo em vista que a experiência prática demonstrou que um Estado firmado exclusivamente na legalidade, em que a lei era fonte única e exclusiva do direito, não era suficiente a garantir fiel cumprimento aos preceitos constitucionais, já que as constituições vigentes à época, possuía um reduzido prestígio frente ao sistema jurídico e uma breve carta de direitos e liberdades, de modo que sua atenção era claramente voltada para os limites de atuação estatal.

Desta forma, percebe-se dois fatores que contribuíram para o fim do Estado Liberal, quais sejam: hiperlegalidade, caracterizada pelo excesso na regulamentação da vida social dos indivíduos e a interferência no âmbito jurídico particular, que acarretou insegurança jurídica e; hipolegalidade, que em sentido contrário, era definido como a incapacidade desse sistema em concretizar os direitos previstos em lei (AMBRÓZIO, 2016, p. 20).

Assim, depreende-se que a igualdade formal e o abstencionismo do Estado Liberal frente aos pontos sociais, serviram unicamente para a ampliação do capitalismo, que veio a prejudicar a situação da classe trabalhadora, que a partir de então, passa a viver em condições deploráveis, que, dada a ausência de um anseio voltado ao aspecto social, agravado pela Revolução Industrial, sujeitava os trabalhadores a situações desumanas e degradantes, a ponto de empresas exigirem uma jornada diária de dozes horas ininterruptas, fato que, sobrevinda a Revolução Russa de 1917, levou os trabalhadores a se reunirem e lutarem contra a exploração (LA BRADBURY, 2006, p. 01).

A partir de então, com a verificação de que o abstencionismo poderia permitir injustiça social, o Estado assume um papel mais ativo, e o direito, passa a ser visto como limite e obrigação do Poder Público, na intervenção da vida concreta com o fim de garantir igualdade material (BOLDRINI, 2012, p. 27).

A igualdade material ou substancial, não apenas considera todos de maneira igualitária, perante a lei, mas se atenta a realidade na prática, que necessita

de um tratamento desigual para aqueles verdadeiramente desiguais, possibilitando a eles, uma verdadeira igualdade.

Com isso, o Estado Social significou uma vital mudança do Estado Liberal, para que houvesse a preservação da economia capitalista livre e o não intervencionismo estatal, mantendo a concorrência e a livre iniciativa, e sobretudo, maior preocupação social, resguardando considerável parte de um pensamento liberal (MAGALHÃES, 2004, s.p.).

Neste momento, a burguesia, até então detentora do poder político, apresentando incerteza quanto aos ideais da Revolução Russa, passou a adotar mecanismos que afastasse os trabalhadores da opção revolucionária, passando assim, a defender o intervencionismo estatal no campo econômico e social, buscando acabar com o abstencionismo do Estado, ocasionando o surgimento do Estado Social, que por sua vez, apresenta as seguintes características: intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social (LA BRADBURY, 2006, p. 01).

À luz disso, no século XX, surge o Estado social, o qual pretendia a criação de uma sociedade equânime, de maneira a garantir, igualdade material entre os indivíduos, mediante alteração no papel desempenhado pelo Estado em favor de todos os cidadãos que dele necessitava (BARBOSA e SARACHO, 2018, s.p.), pois, já se mostrava ultrapassada àquela ideia de que a simples normatização de leis, poderia garantir a efetividade dos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e propriedade (BERSOT, 2011, p. 47).

Diante disso, segundo Bonavides (2007, s.p.), o Estado Social é concebido a partir de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade, significando, a criação mais sugestiva do século constitucional, e o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente. Ainda, o compromisso desse Estado com a liberdade, mostrou-se irretratável, fato este, que os liberais nunca compreenderam e nunca haverão de compreender, por lhes ferir interesses econômicos imediatos e inarredáveis. Deste modo, este estado é aquele que melhor consagra os valores de um sistema democrático.

Assim, de acordo com Sundfeld (2006, p. 55):

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural

e a mudança social) e a realização de justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).

O Estado Social, construído através de modelos como a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã Weimar de 1919, é tido como o estado do bem-estar social, ou como também denominado, *Welfare State*, se firmando no respeito aos direitos individuais, da liberdade, e na criação dos direitos sociais, recobrando a todos, independentemente de sua classe social, se contrapondo ao Estado Liberal dominante no século XIX e início do século XX (BANDEIRA, 2013, p. 44).

Conforme o entendimento de Pierson (1988, s.p. apud KERSTENETZKY, 2012, p. 14-15), a política do *Welfare State* possui três fatos relevantes para seu surgimento:

O primeiro marco é a data da introdução da seguridade social no país. Esse fato [...], passa a se comprometer com a garantia contra a perda da capacidade de gerar renda. Essa garantia por sua vez é vista como parte dos direitos e deveres que conectam o Estado e os cidadãos em uma sociedade na qual esse tipo de risco, associado aos ciclos da vida e econômicos, é corriqueiro. O segundo é a data da introdução do sufrágio universal masculino, em particular o momento a partir do qual os recipientes da assistência pública ganham acesso à franquia política. O recebimento do bem-estar público deixa de ser uma barreira à cidadania política (os pobres recipientes de assistência não podiam votar) para ser um direito de cidadania. O terceiro é o momento em que o gasto social público alcança o patamar de 3% do produto, o que sinaliza a contrapartida material do novo compromisso público. (grifo nosso)

O modelo *Welfare State*, trata-se de políticas sociais, que responsabilizam o Estado a prover um conjunto de assistências sociais ou serviços públicos, básicos e essenciais à população, tais como: educação, saúde pública, moradia, manutenção de renda e seguridade social (REIS, 2019, s.p.).

Neste cenário, surge os direitos de segunda geração, com seu conteúdo voltado a questões econômicas e sociais, pretendendo uma atuação positiva do Estado, a garantir melhores condições de vida e trabalho para aqueles que eram explorados. Destarte, nota-se que os direitos públicos subjetivos, criados, minimamente, pelo liberalismo, demandavam uma figura estatal negativa, ao passo que o modelo aqui tratado, promove uma conduta positiva, para que sejam implementadas políticas governamentais a garantir o mínimo de bem-estar a população (LA BRADBURY, 2006, p. 01).

No Brasil, distintamente dos demais países, onde o processo de industrialização é altamente intenso, não houve instituição de um novo modelo em combate à pobreza, já que a época, a maior parte da população, vivia em meio rural (BANDEIRA, 2013, p. 51), no entanto, a primeira Constituição a dedicar-se aos direitos sociais é a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, que em seu preâmbulo, expressa o intuito de assegurar o bem-estar social (BRASIL, 1934, s.p.).

Contudo, o paradigma social, passa então a entrar em crise por não conseguir atender a todas as necessidades sociais, sofrendo assim, com um endividamento público, e conseqüente crise de déficit de cidadania e de democracia.

2.1.3 Estado democrático de direito

Em se tratando do Estado Democrático de Direito, em meio à crise do Estado Social, resultante de anseios passados, o estado ora tratado se apresenta como um aprimoramento dos superados Estado Liberal e o Estado Social, surgindo com o fim de reparar as imperfeições presentes em cada um dos modelos já estudado.

Por esta razão, o Estado Democrático de Direito deve ser estudado a partir da evolução de cada um dos modelos de Estado e os respectivos períodos que os precederam, resultante de diversas transformações, já que ao longo de todo o desenvolvimento, alguns elementos passaram a fazer parte de cada conceitos de Estado, e outros foram deixados de lado, por isso, o modelo em questão, não deve ser visto simplesmente como a soma daqueles que o precedeu (MORAES, 2014, p. 277).

Assim, este modelo se alicerça na questão social, incrementada por um viés de igualdade, de modo que a atuação estatal passa a ser norteadada por uma carta de valores, que estabelece direitos que devem ser observados, tendo como objetivo fundamental, a garantia de direitos individuais e sociais, e a instituição dos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, organizados de forma a não intervir na função alheia (BERSOT, 2011, p. 76).

Como se vê, o Estado Liberal se apoiava em elementos exclusivamente formais e abstratos, na generalidade da lei, o que não mais havia base material para sua efetivação na vida concreta, e além disso, o Estado voltado ao bem-estar social, surge na tentativa de corrigir os erros do modelo anterior, contudo, este não atendia

aos anseios democrático, não sendo capaz de assegurar a justiça social, nem mesmo a participação democrática do povo no processo político (SILVA, 2005, p. 118).

Neste sentido, concernente a relação entre o Estado Democrático de Direito e o Estado Liberal, e suas respectivas diretrizes com forte relação de independência, para Bobbio (1986, s.p.):

[..] o estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.

Seguindo este entendimento, no paradigma do Estado Democrático surge uma pluralidade de esforços, voltados a resgatar a força integradora do direito, até então enfraquecida pelos modelos anteriores, posto que, pode-se observar que as esferas pública e privada, são complementares e fundamentais uma à outra, para conformação e aperfeiçoamento do reme democrático (BARBOSA e SARACHO, 2018, s.p.).

Desta forma, o fenômeno neoconstitucionalismo, exigiu do Estado e da jurisdição, um novo papel e um novo olhar com finalidade de consumir os preceitos constitucionais, como condição de preservação dos valores sociais e da coletividade. Assim, há um deslocamento do polo de tensão entre os Poderes Legislativo/Executivo, para o Poder Judiciário, como guardião dos valores fundamentais e da própria Constituição, justificando desta maneira, certo protagonismo da jurisdição constitucional, compreendida como um complexo de atividades jurídicas, desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinados a fiscalização do cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes (ARAÚJO, 2018, p. 42).

Neste contexto, surge então os direitos de terceira geração, situados em um conteúdo fraternal e um plano de respeito, compreendidos como aqueles direitos essenciais ou naturalmente coletivos, ou seja, os direitos difusos e coletivos, de modo que o Estado passa a proteger, além dos direitos individuais e sociais, os

transindividuais (ou metaindividuais), entendidos como o respeito ao meio ambiente, a paz, autodeterminação dos povos e moralidade administrativa.

Assim, em se tratando de tais direitos, de maneira geral, nas palavras do Ministro Celso de Mello em seu voto proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 22164/SP:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MS 22164, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155). (grifo do autor)

Ainda, além das três gerações de direitos expostas, cabe mencionar que para alguns autores, existem ainda, os direitos de quarta geração, e segundo Bonavides (apud ZOUEN, 2019, s.p.), tais direitos fundamentais, estão relacionados a aqueles resultantes da globalização e são exemplos, o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

No Brasil, o modelo Democrático de Direito, é implementado a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial por seu artigo 1º, caput e parágrafo único, que em seu corpo, visa a participação popular no processo político, estabelecendo uma sociedade livre, justa e solidária, em que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Apresentando tamanha preocupação com os direitos e garantias individuais, tal carta enquadrou em seu Título II, especificamente no artigo 5º, um vasto rol de tais direito dentre os setenta e oito incisos.

Assim, de acordo com Sundfeld (2006, p. 56 apud LA BRADBURY, 2006, p. 01):

[...] "o Estado brasileiro de hoje constrói a noção de Estado Social e Democrático de Direito", na medida em que a figura estatal, além de garantir a efetiva democracia e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, deve

atingir determinados direitos sociais, atribuindo ao cidadão a possibilidade de exigí-los.

Deste modo, evidencia-se que o Estado Liberal, assegurando os direitos individuais, buscava uma atuação omissa por parte do Estado, pela não intervenção na sua livre manifestação, assegurando sua liberdade em detrimento da limitação da atividade política estatal, evidenciando relevante destaque ao Poder Legislativo.

Em contrapartida, o Estado Social, ampliando seu conceito de direito público subjetivo, criou os direitos sociais, exigido neste momento, uma postura ativa por parte do Estado, além de garantir, ainda que minimamente, bem-estar a população, implementando igualdade material, que deveriam ser efetivadas pelo Poder Executivo.

Por sua vez, com Estado Democrático de Direito, percebe-se que não é suficiente dizer o direito como no liberalismo, ou até mesmo, apenas garanti-los como o modelo do bem estar, mas sim a necessária concretização de tais garantias, devendo o Poder Judiciário fiscalizar a observância dos direitos declarados e garantidos.

2.2 Teoria da Separação dos Poderes

A Teoria da Separação dos Poderes, como fundamento do constitucionalismo moderno, se mostra como uma das principais ferramentas concebidas pelos estudiosos do Direito Constitucional, presente no Estado de Direito, se apresentando, como um dos elementos essenciais e de maior prestígio a garantir o equilíbrio dos poderes estatais (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário), visando de tal forma, um fim maior.

Segundo Peter Badura (apud BARBOSA e SARACHO, 2018, s.p.), no processo de desenvolvimento do Estado moderno e na história das ideias políticas, se faz presente em toda parte, o princípio da separação dos poderes, sobretudo, onde o objetivo se sustenta na ordenação e a vinculação do poder estatal, o impedimento ao abuso do poder político e a garantia da liberdade.

Ao tratar sobre o assunto, logo vem em mente o francês Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu, pessoa quem idealizou a sistematização deste princípio e responsável pela consolidação dos moldes como é por muitos, conhecido atualmente (BARBOSA e SARACHO, 2018, s.p.).

Contudo, a origem da ideia da separação dos poderes existentes em um Estado, se apresenta desde a Grécia antiga, em especial, sob os ensinamentos do grego Aristóteles, que em sua obra “A Política”, trata sobre a necessidade de limitar a concentração de todos os poderes/funções do Estado na mão de uma só pessoa, já que não se mostra justo, que um rei disponha de tudo segundo sua vontade, como o senhor absoluto, concluindo ser a lei, o meio conveniente a criar ordens inerentes ao poder (ARISTÓTELES, 2009, p. 113 apud CAMARGO, 2017, p. 16).

Então, a partir da compreensão dos governos existentes e cidades-estados gregas, o filósofo grego verificou a presença de três poderes essenciais: Poder Deliberativo, Executivo e Judiciário (ARISTÓTELES, 330 a 323 a. C, p. 88).

Para Aristóteles, o Poder Deliberativo, através de uma assembleia, era responsável pelos negócios do Estado, sendo de sua competência, a criação e revogação de leis, a decisão sobre paz e guerra, deliberação sobre pena, banimento e confisco, e ainda, a prestação de contas aos magistrados. Além disso, a composição da mencionada assembleia, poderia se dar de forma democrática, com a participação de todos os cidadãos, ou através de alguns escolhidos para decidir por todos (ARISTÓTELES, 330 a 323 a. C, p. 88).

No tocante ao Poder Executivo, Aristóteles entende que este era composto pelas magistraturas governamentais, o qual identificou nas diversas localidades objetos de seus estudos, a existência de várias dessas magistraturas, as quais se apresentam de maneira essencial ao bom ordenamento e sobrevivência do Estado, segundo o qual, seus principais objetivos estão ligados ao serviço militar, a administração das finanças, o abastecimento dos mercados, a polícia das cidades e campos, a administração da justiça, dentre outras específicas de acordo com a cidade-estado estudada (ARISTÓTELES, 330 a 323 a. C, s.p. apud MOREIRA, 2019, p. 19).

Por fim, quanto ao terceiro órgão, aquele denominado Poder Judiciário, o autor definia este como o órgão de jurisdição, em que suas atribuições eram analisar:

- [...] apresentação das contas e exame da conduta dos magistrados.
- [...] malversações financeiras.
- [...] crimes de Estado ou atentados contra a Constituição.
- [...] multas contra as pessoas, quer públicas, quer privadas.
- [...] contratos de alguma importância entre particulares.
- [...] assassinios ou tribunal criminal.

[...] negócios dos estrangeiros, quer entre eles, quer contra cidadãos.
 [...] casos mínimos, tais como os de um até cinco dracmas, ou pouco mais, pois, se é preciso julgar estas queixas, elas não merecem, porém, ser levadas diante dos grandes tribunais (ARISTÓTELES, p. 98).

Nestes termos, pode-se verificar que em Aristóteles, já havia uma divisão clara das funções pertinentes ao funcionamento do Estado na Grécia antiga, funções estas, que hoje são conhecidas como: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Neste sentido, a partir de sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, o inglês John Locke apresentou três funções estatais, sendo elas, os Poderes Legislativo, Executivo e Federativo, que por ele, compreendia-se como Poder Legislativo, aquele que detinha competência de formular as leis que seriam empregadas para preservar a comunidade e seus membros, entretanto, na finalidade de evitar abusos, Locke acrescenta que não era crível que as mesmas pessoas que detinham esse poder, fossem as mesmas que executassem as leis, já que poderiam se isentar da obediência, adequando a lei as suas vontades, tanto no momento de criação, quanto no ato de executá-las. Em contrapartida, o autor acreditava que os poderes Executivo e Federativo, aquele que implicava na administração da segurança e do interesse do público externo, dificilmente deveriam ser separados e colocados ao mesmo tempo em mãos distintas, pois isso equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, em desordem e ruína (LOCKE, 1994, p. 170-172).

Em consonância com o ideal firmado como nos dias atuais, Montesquieu surge com um discurso de relevante importância para o desenvolvimento do tema, consagrando este dogma, um dos pilares fundamentais do constitucionalismo moderno, em que se apresenta três diferentes formas de função do Estado, cada uma com sua distinta titularidade, de maneira que mantenham harmonia e independência, permitindo um controle recíproco com o fim de evitar o abuso em seus respectivos poderes.

Na visão de JELLINEK (2000, p. 534-539):

A pesar de haberse inspirado en las concepciones de algunos autores anteriores, fue Montesquieu el primeiro que hizo dar un paso decisivo para a teoría de que venimos ocupándonos, por cuanto no sólo diferencia, como había acontecido hasta entonces a menudos, las funciones objetivas del Estado conforme a las constituciones existentes sino que quiere atribuir aquéllas a órganos separados entre sí. Hay en todo Estado tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

[...]

Según Aristóteles, las mismas personas pueden sentarse en el senado, en el gobierno, en el tribunal, y según Locke, el monarca participa de todas las actividades del Estado.

[...]

De todo esto se deduce la necesidad de separar las funciones en materiales y formales, esto es, distinguir las grandes direcciones de la actividad del estado y las de determinados grupos de órganos.³

Definitivamente, a partir da lição de Montesquieu, o Estado passou a ser teorizado na divisão dos poderes, sendo exercidos por pessoas distintas, de modo a garantir a inexistência de qualquer concentração de poder que levasse ao arbítrio do Estado frente aos cidadãos (MOREIRA, 2019, p. 26). No entanto, para o filósofo, o Poder Judiciário, teria a função exclusiva de cumprir a lei, em um processo de mera subsunção do fato à norma, sendo o juiz, mero aplicador da lei, inexistindo qualquer espaço para tarefa interpretativa (MARIANO, 2008, p. 17 apud MOREIRA, 2019, p. 27).

No Brasil, a separação dos poderes foi implementada a partir da Constituição do Império de 1824, que estabeleceu os Poderes Legislativo, Moderador, Executivo e Judiciário, cujo modelo se difere do apresentado por Montesquieu, haja vista a existência de um Poder Moderador, que era exercido pessoalmente pelo Imperador, que mantinha a organização política do Estado e a manutenção da harmonia entre os demais poderes (BRAZIL, 1824, s.p.).

No mais, nos dias atuais, nos termos da Constituição Federal de 1988, fixou-se os poderes conforme estabelecido por Montesquieu, independentes e harmônicos entre si, entretanto, pode-se observar que o Poder Judiciário, desempenha uma função de destaque, que apesar disso, é apontado como violador da competência atribuída pela Carta Magna, atuando no âmbito que compete aos Poderes Executivos e Legislativo, gerando assim, o conhecido e ulteriormente tratado, ativismo judicial.

³ Apesar de ter sido inspirado em concepções de alguns autores anteriores, foi Montesquieu o primeiro a dar um passo decisivo em direção à teoria que temos ocupado, pois não apenas diferencia, como havia acontecido até então, as funções objetivas do Estado de acordo com as constituições existentes, mas busca atribuí-las a órgãos separados entre si. Existem três tipos de poderes em cada estado: o legislativo, o executivo e o judiciário.

[...]

Segundo Aristóteles, as mesmas pessoas podem encontrar-se no Senado, no governo e na corte, e de acordo com Locke, o monarca participa de todas as atividades do Estado.

[...]

De todo o exposto, conclui-se a necessidade de separar funções em materiais e formais, ou seja, distinguir as grandes direções da atividade do Estado e as de determinados grupos de órgãos (tradução nossa).

Assim, a Teoria da Separação dos Poderes, se mostra de extrema importância ao desenvolvimento da democracia no século atual, todavia, é certo que não podemos fechar os olhos à sua nova roupagem, dando-lhe o valor necessário sem que fiquemos presos a conceitos erigidos sob uma sociedade que não mais espelha a complexa realidade político-social contemporânea (FERREIRA, 2014, p. 43).

Temos então, que o princípio em tela, se mostra como uma garantia resultante de uma vontade e intenção do constituinte, no controle de poderes, através de funções distintas a defender os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, e além da própria limitação do poder estatal, na garantia da liberdade política dos indivíduos e os direitos da minoria.

2.3 Teoria dos Freios e Contrapesos

A Teoria dos Freios e Contrapesos é consagrada a partir de Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”, baseado nas obras “A Política”, de Aristóteles, e “Segundo Tratado do Governo Civil”, de John Locke (BARBOSA e SARACHO, 2019, p. 1627).

A partir de então, com o advento da concepção de três poderes estatais formulada por Montesquieu, o autor além da ideia estabelecida, antecipava a Teoria dos *Checks and Balances* ao tratar sobre a necessidade de controle de um poder sobre o outro, identificando que a manutenção exercida pela mesma pessoa ou pelo mesmo órgão das atribuições dos Poderes Executivos e Legislativos, resultaria e suprimir a liberdade dos cidadãos, já que, se o mesmo órgão ao criar leis, as executá-las, essas poderiam se enquadrar como tirânicas (MONTESQUIEU, 1973, p. 161 apud CAMARGO, 2017, p. 29).

Segundo DALLARI (2005, p. 220-221), a sistemática da separação dos poderes adotadas nas maiorias das constituições ao redor do mundo, está associada a ideia do Estado Democrático de Direito, que deu origem a construção da conhecida Teoria dos Freios e Contrapesos, em que a partir desta, os atos praticados pelo Estado se enquadram em: atos gerais e atos especiais.

Para o autor, os atos gerais, são apenas desempenhados pelo Poder Legislativo, consistente na emissão de regras gerais e abstratas, não tendo de plano, uma ideia de quem será atingido por elas, dessa forma, este poder não há meios para

cometer abuso visando prejudicar ou beneficiar, alguém determinado ou um grupo de pessoas. Deste modo, só então, a partir da emissão de normas gerais, que se tem a possibilidade de atuação do Poder Executivo por meio dos atos especiais, de igual modo, impossibilitando-o de agir com discricionariedade. Por fim, em caso de exorbitância de qualquer dos dois poderes, surge a ação fiscalizatória do Poder Judiciário, obrigando cada função do Estado, a permanecer nos limites de suas respectivas esferas.

Seguindo essa mesma ideia, com o advento da Constituição norte-americana, estabelecida a Teoria da Separação dos Poderes, a preocupação dos elaboradores do texto constitucional, se voltava a garantir que a separação tivesse aplicação prática, e não apenas como uma determinação constitucional, e segundo eles, era necessário que houvesse uma ingerência constitucional de uns sobre os outros, qual seja, a limitação recíproca.

Neste sentido, segundo os ensinamentos de Leite, Streck e Nery Junior (2017, p. 41 apud FERNANDES, 2019, p. 84):

[...] ao se constituir um governo de homens sobre os homens, é preciso primeiro que esse governo seja dotado de poderes sobre os governados e, depois, que seja obrigado a controlar a si mesmo. Neste sentido, o controle primário existente sobre o governo é aquele exercido pelo povo. Todavia, a experiência demonstra a necessidade de estabelecer mecanismos adicionais de controle, aponta Madison, referindo-se indiretamente ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos entre os diversos órgãos de poder governamental.

Neste diapasão, conforme preceitua Maluf (2017, p. 242 apud FERNANDES, 2019, p. 85), quando na mesma pessoa ou corporação, o poder se confunde com o Executivo, não mais há liberdade, pois os três poderes da União, devem ser independentes entre si, para que procedam à fiscalização mútua, coibindo os próprios excesso e impedindo a usurpação dos direitos naturais inerentes aos governadores, já que o Parlamento formula as leis, o Executivo cumpre-as e o Tribunal julga as respectivas infrações, assim, “em última análise, os três poderes, são os serventuários da norma jurídica emanada da soberania nacional”.

Assim, com o fim de estabelecer meios a viabilizar um controle recíproco, Montesquieu ainda menciona a participação do Poder Executivo na elaboração da legislação por meio de seu direito de veto, como também, a oportunidade do Poder Legislativo examinar como as leis se promulgam e devem ser executadas,

evidenciando um controle sobre o Executivo, e além disso, o desempenho de um controle sobre si mesmo, através da existência de duas partes legislativas separadas (MONTESQUIEU, 1973, p. 161 apud CAMARGO, 2017, p. 30).

No Brasil, de acordo com o entendimento de Leite, Streck e Nery Junior (2017, p. 41 apud FERNANDES, 2019, p. 86):

Justamente a conjugação da doutrina da separação dos poderes com um bem operante sistema de freios e contrapesos permeia a Constituição dos Estados Unidos, que, em seus elementos essenciais inspirou as Constituições brasileiras do período republicano [...]. O modelo norte-americano de República presidencialista, organizada segundo a teoria da separação de poderes e mediante o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos inspirou a elaboração da primeira constituição republicana brasileira, em 1891. As outras constituições, à exceção da carta política de 1937, mantiveram essencialmente o mesmo modelo, ainda que as cartas de 1967 e 1969 só o tenham feito nominalmente, já que de fato o país vivia sob uma ditadura militar. [...].

No mais, com a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, a Carta Magna além de manter-se fiel ao modelo descrito, adotando a sistematização da separação dos poderes, esta vai além ao observar a Teoria dos Freios e contrapeso, que de acordo com a redação dos artigos 49, incisos X e XI, 51, inciso I, 59, incisos IV e V e 101, parágrafo único, evidencia o controle recíproco entre os poderes, assim vejamos:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

[...]

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

[...]

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

[...]

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

[...]

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

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Neste momento, ao se debruçar sobre os Poderes Legislativo e Judiciário, de igual modo, nota-se um equilíbrio em suas atuações, como pode ser citado, a impetração de Mandado de Injunção, com a consequente determinação judicial para elaboração legislativa em determinado prazo e, de maneira oposta, a condução de um processo de impeachment de Ministros do Supremo Tribunal Federal (FERNANDES, 2019, p. 87).

Cabe acrescentar que, o Poder Judiciário pode se utilizar do controle de constitucionalidade sobre os demais poderes, meio este de reconhecer a supremacia da Constituição Federal e sua força em relação as vias de manifestação do poder estatal, mesmo que, segundo Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, tal controle se apresenta como tarefa de todos os poderes (MENDES, 2017, s.p.).

Desta forma, como proposto por Montesquieu, os poderes devem ser exercidos visando a não centralização, manifestando-se cada um dentro de seu campo de atuação, desde que previamente estabelecido por norma constitucional, de maneira harmoniosa e equilibrada, através do sistema de freios e contrapesos, realizando a restrição do poder pelo poder.

3 OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal, enquanto instrumento a institucionalizar um sistema preconcebido e determinar o ordenamento estatal e a natureza da comunidade concebida por este ordenamento, apresenta certa pluralidade de definição, que segundo preceitua Hesse (1995, p. 03 apud MENDES, 2020, s.p.), “A resposta sobre o significado da Constituição, depende, assim, da tarefa que se pretende resolver com o conceito eventualmente desenvolvido”.

Por tal motivo, na concepção de Hesse, a Constituição se exhibe como uma ordem jurídica fundamental da comunidade, a qual fixa os princípios diretores com relação aos quais deve-se produzir a unidade política e assumir as tarefas do Estado, que já na concepção de Höllerbach, conforme cita o autor, trata-se do plano estrutural básico, orientado por determinados princípios, que dão sentido a formação jurídica de uma comunidade (HESSE, 2009, p. 86).

Além do mais, a Constituição sendo um documento complexo e de ordem fundamental e fundante de um Estado, deverá conciliar dois elementos, que ao menos, de maneira mínima, se mostram contraditórios, quais sejam: estabilidade jurídica e abertura constitucional. Estas premissas estabelecidas, vão de encontro e se compatibiliza com a ideia de que a Constituição possibilita certa flexibilidade, de forma que lhe permite acompanhar as transformações geradas com o tempo, de modo a não tornar-lhe engessada ao momento que fora formulada (AMBROZIO, 2016, p. 28-29).

Deste modo, é na Constituição que se encontra o núcleo fundamental e permanente do Estado, de maneira a lhe conferir regras estruturais e relacionadas à sociedade, evidenciando dessa forma, as preferências do constituinte conforme o tipo de sociedade e sua respectiva legislação, a qual se revela a partir de dispositivos atinentes a organização do Estado, direitos e garantias fundamentais, e principalmente, o desempenho dos poderes.

Destarte, se inclinando sobre a conceituação de poder do Estado, cuida-se de poder político ou poder estatal a qual lhe incumbe coordenar e instituir regras e limites em função dos fins globais que o Estado cumpre realizar, se tratando de um poder traçado na soberania do Estado, que provoca uma soberania interna e externa, na qual tais poderes se encontram caracterizados pela: unidade, indivisibilidade e

indelegabilidade, que para o autor, parecer impróprio falar-se em divisão e delegação de poderes (SILVA, 2014, p. 109).

Assim, na concepção de alguns autores, se mostra inadequado o uso da terminologia “separação ou organização dos poderes”, uma vez que este é uno e indivisível, havendo não uma divisão, mas uma repartição das funções estatais básicas, que são atribuídas a órgãos independentes e especializados (GOUVEIA e AMARAL, 2008, p. 01-02).

Neste sentido, Paulo e Alexandrino (2015, p. 447-448) anota que:

[...] a expressão "separação de poderes" tem sido frequentemente criticada, com base na ideia de que o poder do Estado é sempre uno e indivisível, qualquer que seja a forma de sua manifestação, isto é, o poder não se triparte. Poderá, apenas, manifestar-se por meio de diferentes órgãos, que exercem funções estatais. A divisão repousaria, portanto, nas denominadas funções estatais. A realização dessas funções por meio de diferentes órgãos nada mais é do que o modo de o Estado exercer a sua vontade (poder). Nessa linha, o que tradicionalmente se denomina "separação de poderes" representa, na realidade, a distribuição de certas funções a diferentes órgãos do Estado, ou seja, a "divisão de funções estatais".

Seguindo o estudo no tocante a essas funções estatais, tem-se que estas se desenvolvem de tal forma, que a depender de fatores externos à estrutura organizacional dos poderes, como pode ser citado, questões econômicas, políticas e sociais, estes poderes passam a se destacar no desempenho de suas funções principais ou assumem o exercício de encargo, antes reservado a outro poder, fenômeno este chamado por Ricardo Lewandowski de “protagonismo”, se referindo a esse destaque de um poder dentre os demais (PAULA, 2014, p. 26-27).

Além do mais, na visão da autora citada acima, o estudo relacionado a conexão entre os poderes e o fenômeno do protagonismo de cada um deles, implica na compreensão de que, ainda que o modelo de separação apresentado por Montesquieu esteja servindo como alicerce para a organização dos poderes, como se faz presente até o momento atual, ocorre que desde sua introdução nas constituições promulgadas no contexto das Revoluções Liberais, a organização e a distribuição das funções do Estado, não se escapa da necessidade de adequação dos poderes as circunstâncias econômicas, políticas e sociais apresentadas em determinados momentos da história.

Deste modo, a partir da evolução ligada a Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu, depreende-se que sua aplicação de amoldar-se as

características específicas de cada Estado, que na visão de QUEIROZ (2009, p. 159 apud RAK, 2016, p. 18), seguindo esta perspectiva, até mesmo uma Constituição não vive em um estado de quietude, posto que, tal instrumento, se encontra exposto às ideias que nele atua, não havendo em si, um texto petrificado.

Com a Constituição Federal de 1988, verifica-se que separação dos poderes encontra-se disposta em seu artigo 2º, caput, ao prever os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, atribuindo funções determinadas a cada um deles, mas não de forma exclusiva, já que possuem funções típicas e atípicas, que ora são exercidas para a consecução de suas finalidades, ora são para impor limites à atuação dos demais poderes, no âmbito dos freios e contrapesos, de modo a assegurar as garantias constitucionais e estabelecer o equilíbrio entre eles, que neste trabalho, se debruçará em especial aos Poderes Legislativo e Judiciário.

3.1 O Poder Legislativo

Resultado direto da Revolução Francesa de 1789, advindo com a adoção da Teoria da Separação dos Poderes, o Poder Legislativo vem a ocupar uma posição de destaque, ou protagonismo em detrimento das demais funções do Estado, fruto do fundado receio da classe burguesa com relação ao absolutismo real, que até então encontrava-se em vigor (PAULA, 2014, p. 63-64).

Neste contexto, como exposto no capítulo anterior, mostrava-se necessária a defesa pela liberdade individual, que, com as garantias previstas por leis e ainda pela Constituição, tal ato fundava-se no exercício da função legislativa.

Com efeito, a consagração das garantias de liberdade de defesa através de leis, parece sintomático que o Poder Legislativo, responsável por sua elaboração, seria eleito para atuar destacadamente frente aos demais poderes estatais, os quais, lhes eram incumbidos as funções de observar e garantir o livre exercício das leis.

Neste diapasão, Immanuel Kant, filósofo do Estado de Direito e do entendimento liberal do direito, reconhece, por influência direta de Jean-Jacques Rousseau, a identificação do Legislativo como a soberania, sediada no povo, que se expressa sempre na vontade geral (SALDANHA, 1987, p. 99 apud PAULA, 2014, p. 30).

Ainda, o autor acima explica que:

[...] em princípio e, sob a mira histórica, o predomínio institucional do Legislativo correspondeu a uma exigência de controle sobre o poder estatal como um todo, sobre sua extensão e seu exercício. Naturalmente, esse controle deveria advir da vontade geral, que, no sentido dos séculos XVIII e XIX, correspondia efetivamente à consciência social, a qual, por sua vez, deveria ser sempre a consciência de liberdade. Assim, o controle sobre o poder deveria exercer-se através de instituições legislativas, por ser a lei expressão da vontade geral e por ser a forma civilizada das normatividades jurídico-políticas (SALDANHA, 1987, p. 101 apud PAULA, 2014, p. 32).

Embora Montesquieu defenda teoricamente um equilíbrio necessário entre as funções exercidas pelo Estado, na realidade, conferiu relevante importância a figura do legislador, como conexão entre o povo e o governo.

Com isso, a supremacia do Legislativo em face aos demais poderes na construção do Estado moderno, atinge seu ápice com Rousseau, com as ideias de que a lei é sempre instrumento de liberdade, já que o desejo geral, exclui a injustiça e opressão. Assim, conforme Rousseau (1996, s.p.):

[...] O poder legislativo é o coração do Estado; o poder executivo, é o cérebro, que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo continuar a viver. Um indivíduo torna-se imbecil e vive, mas tão logo o coração deixe de funcionar, o animal perece. Não é pelas leis que o Estado subsiste, mas em virtude do poder legislativo. A lei de ontem não obriga o dia de hoje, porém o consentimento tácito é presumido do silêncio, e pressupõe que o soberano confirma incessantemente as leis que não ab-roga, podendo fazê-lo. Tudo quanto declarou querer uma vez, desejar uma vez, ele o quer sempre, a menos que o revogue.

Portanto, a formulação e a interpretação das leis, é ato de competência exclusiva do legislador, ao passo que o Executivo e Judiciário, se mostra como meras funções diversamente do legislativo, verdadeiro poder inalienável e indivisível, logo, Rousseau constituiu, a definição da hegemonia legal, bandeira vitoriosa dos revolucionários franceses e da tese da supremacia do Poder Legislativo diante os demais poderes (BATISTA JUNIOR, 2009, p. 26).

Em se tratando do protagonismo do Poder Legislativo, infere-se que o século XIX foi o século de tal função, o século do Estado mínimo, do Estado não intervencionista, Estado este que presidía uma sociedade predominantemente rural, uma vida onde o tempo fluía de forma muito lenta, então, era perfeitamente possível que a tomada de decisão do Poder Judiciário, se desse num fórum relativamente grande e complexo (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78).

Desta forma, no século XIX, momento o qual, foram alicerçados os êxitos advindos das revoluções do final do século XVIII, restou dominado pela exaltação da legalidade e da centralização da produção das leis pelo Poder Legislativo, tornando-se principal via de desvinculação do absolutismo monárquico.

Destarte, no início do século XX, verificou-se de maneira bastante perceptível, a crise dos Parlamentos, mostrando-se enormes dificuldades para a manutenção dos princípios clássicos da separação dos poderes (PAULA, 2014, p. 34).

Nos dias atuais, o Poder Legislativo em âmbito federal, com a atual Constituição Federal, estruturado e delimitado nos termos de seu artigo 44 e seguintes, é exercido pelo Congresso Nacional, atuante por meio das duas Casas Legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal, vem a promover a criação do bicameralismo federativo, de modo a garantir um equilíbrio federativo dentro do próprio Poder Legislativo, que obedecidas as regras constitucionais, é responsável pela elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Assim, no tocante a Câmara dos Deputados, em suma, composta por Deputados Federais de cada estado-membro, território e Distrito Federal, com mandatos de 04 (quatro) anos, permitidas sucessivas reeleições, consiste na função representativa do povo, proporcionalmente aos habitantes de cada ente federativo, prestigiando de tal modo, o princípio republicano-democrático.

No que concerne ao Senado Federal, este é composto por Senadores, representantes dos Estados enquanto unidades da Federação e Distrito Federal, com mandatos de 08 (oito) anos, visando assegurar a representatividade de tais entes na formação da ordem jurídica nacional.

3.1.1 Inércia do poder legislativo

A sociedade como um todo, vive em uma contínua modificação, de maneira que se exige que o direito a acompanhe durante tais mudanças, contudo, por inúmeras vezes, não há esse acompanhamento por parte do ordenamento, haja vista que as transformações da sociedade no presente século, ocorrem de modo consideravelmente célere (CARNEIRO, 2017, s.p.).

O Poder Legislativo, frente a qualquer outro poder estatal, dada a sua notória importância no tocante a representação do povo, de maneira geral, deveria desempenhar tal encargo de maneira sublime, de modo a conduzir as ações

governamentais, visando a garantia das carências suportadas pela sociedade, além de supervisionar as ações do Poder Executivo, comunicando estes a seus compatriotas.

Embora o exposto acima, percebe-se não ser essa a verdadeira realidade, haja vista que as câmaras e assembleias, se encontram cada vez mais distantes e fechadas a vontade daqueles que os colocaram naquele posto, ato imerso na obscuridade de conchavos que em nada corresponde aos votos que lhes foram confiados, desviando o Poder Legislativo daqueles que deveriam representar, pois, ao serem eleitos, seus membros, reafirmam a função primordial do Estado, em que o poder se manifesta perante o feitiço de norma gerais e obrigatórias para todos os cidadãos em território nacional (SILVA, SILVEIRA e FERREIRA, 2017, p. 257).

O que quer que seja, de maneira geral, umas das mais comuns críticas feitas ao poder legiferante e seu parlamento, diz respeito a sua lentidão de decisões, notadamente por sua inércia. Neste contexto, surge a dúvida de como o direito será capaz de atender as demandas que dele necessita, em que o poder aqui tratado, se mostra moroso, gerando um encadeamento de tal morosidade a todos os órgãos da sociedade, abarrotadas de inúmeras transformações impostas (CARNEIRO, 2017, s.p.).

Deveras, de fato, os processos decisórios no parlamento nacional caminha a lentos passos, contudo, se atentando ao processo decisório, é de todo natural, que assim ocorra, pois todo e qualquer processo que percorra sob o manto de um colegiado e plurais, há certa morosidade, haja vista que em contrapartida, um déspota decidiria todos os seus anseios com certa rapidez, lógica esta que induziu pensadores a sugerirem que leis fossem aprovadas pelo parlamento, um órgão colegiado que decide com os inúmeros membros que dele faz parte (CARDOZO, 2009, p. 82).

Assim é o sistema previsto, e é neste contexto que surge as falhas do parlamento dada a realidade moderna, em que o curso de tempo para aprovação de uma lei, pode ser primordial a garantir os interesses da sociedade.

A partir de tal premissa, infere-se que muitas constituições, vêm se apoderando de mecanismos, para que o exercício do ato de legislar, não reste concentrado exclusivamente nas mãos de um só poder, para que na inércia deste, haja uma solução para tais lacunas.

Neste sentido, Chester Neal Tate, em 1995, em sua obra *The Global Expansion of Judicial Power*, expôs que muitos órgãos legislativos estadunidenses, se apresentavam dispostos em deixar algumas políticas nas mãos do Poder Judiciário, para que assim não sofressem com dolorosas críticas pública sobre suas decisões⁴. Tal ato é dominado pelo autor, como *Willful Delegation*, ou seja, uma delegação intencional, de modo que tribunais são avocados a suprir tais lacunas que não foram preenchidas pelos políticos (TATE e VALLINDER, 1995, p. 32).

No tocante ao Brasil, na visão de Leite (2014, p. 11):

Ocorre que quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de responder satisfatoriamente às demandas sociais, há uma maior propensão para buscar apoio no Poder Judiciário. Verifica-se, desse modo, um déficit na representação política tradicional, que pode se relacionar com vários outros problemas. Na presente abordagem, merece destaque a omissão do Congresso Nacional na aprovação de determinadas leis. Assim, constata-se uma grave inércia dos representantes eleitos na adoção de soluções efetivas para problemas sociais emergentes. Por vezes, a omissão estatal pode decorrer da impossibilidade de se chegar a um consenso a respeito de um certo tema, postergando as deliberações. Porém, essa inércia também pode configurar uma estratégia para evitar uma tomada decisão sobre um assunto bastante sensível. Nesse caso, diante do elevado custo político que a decisão pode envolver, as instâncias majoritárias podem, silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o ambiente judicial.

A Constituição Federal de 1988, foi a Lei Maior pioneira em introduzir meios processuais com o fito de coibir ou remediar a ausência da atuação legislativa, em que a previsão do Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pode vir a ser interpretada como uma desconfiança do constituinte no tocante a futura atuação do Poder Legislativo, o qual seria competente para disciplinar os dispositivos constitucionais, que exigiam sua intermediação, que:

De uma maneira geral, a Constituição dirigente é, sobretudo, uma Constituição transformadora da realidade social, que não se satisfaz com a manutenção do status quo. Por isso, vários direitos fundamentais impõem um dever de agir aos órgãos estatais, responsáveis que são pela criação e execução de políticas públicas. Portanto, além da obrigação de se abster para respeitar as liberdades e direitos individuais, o Poder Público passou também a ter deveres positivos necessários à efetividade de direitos fundamentais. Por essa razão, a fixação prévia dos conteúdos e programas prioritários para a ordem constitucionais acaba diminuindo a amplitude da liberdade de conformação do legislador (LEITE, 2014, p. 17).

⁴ For example, many (certainly not all) American state legislatures have appeared to be more than willing to leave abortion policy in the hands of the courts because of their assessment of the political costs of taking any action on the issue (TATE e VALLINDER, 1995, p. 32).

Entretanto, em tempos anteriores, o Supremo Tribunal Federal teve de encarar a auto aplicabilidade do Mandado de Injunção, pois a época, sendo este um dos meios a combater a mora legislativa, tal remédio constitucional não possuía uma disciplina normativa, ou seja, uma lei regulamentadora, como há hoje com a Lei nº 13.330/2016.

Assim, nos Mandados de Injunção nº 107/DF e 107 QO/DF, o Ministro Relator Moreira Alves entendeu pela auto execução da ação, nos moldes do Mandado de Segurança, além de a maioria dos membros, firmar o entendimento de que a citada ação tinha o alcance unicamente de declarar a omissão com mora do poder, órgão ou autoridade que deveria regulamentar a vácuo constitucional, para viabilizar o exercício de seus direitos. Eis o entendimento do Ministro Relator sobre o momento vivido:

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação de Poderes (arts. 29 e 60, § 4º, III), [...], e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contra-freios de que participam exclusivamente os poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo (MI 107 QO, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001).

Contudo, em decisões prolatadas posteriormente, o órgão de cúpula do Poder Judiciário, passou a se posicionar de maneira diversa. Notadamente no Mandado de Injunção nº 283, com Ministro Relator Sepúlveda Pertence, a partir do artigo 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em que tal regra garantia uma reparação de natureza econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional, em razão das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica, foi concedido ao Congresso Nacional, um prazo de 12 (doze) meses contados da promulgação da Constituição Federal de 1988, para a edição da lei que fixaria os parâmetros de tal indenização, no entanto, descumprida a regra prescrita, através desta ação, se fez necessária a atuação da Corte Suprema, que não mais apenas constatou a omissão legislativa, mas, de uma forma ativa, concedeu ao Presidente da República, um prazo de 45 (quarenta) dias, mais 15 (quinze), para a devida edição da norma, sob pena de, findado o prazo sem a aprovação da lei, o titular da ação, poderia buscar por vias ordinárias, reparação

econômica em face da União (MI 283, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882).

Essa decisão demonstrou que a Corte não permitia o exercício imediato do direito subjetivo garantido pela Constitucional Federal, mas já concedia um prazo para que o órgão competente suprisse a lacuna existente, não apenas o cientificando, como nos Mandados de Injunção nº 107/DF e 107 QO/DF.

Porém, quando a Corte foi demandada mais uma vez com o Mandado de Injunção nº 670, esta ampliou seus poderes decisórios, que segundo consta no v. Acórdão, assim foi o entendimento da Corte:

Não resta dúvida, a meu ver, de que é chegada a hora desta Corte avançar no sentido de conferir maior efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário.

[...]

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização em sua das cláusulas constitucionais frustradas, eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum (MI 670, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011).

Diante a atuação evidenciada, percebe-se que o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, não mais se satisfazia com a ausência do Poder Legislativo, nem mesmo com o excesso de zelo que marcava a relação com o mesmo, de maneira que:

[...] as decisões proferidas pela Corte não apenas produziram efeitos para os autores dos mandados de injunção que foram julgados. Avançou-se no sentido de adotar uma solução normativa para a matéria, de modo que, tal qual a decisão do STF em sede de controle abstrato por omissão, a proferida em mandado de injunção também teria eficácia erga omnes. Nesse ponto, o Tribunal promoveu uma releitura das premissas adotadas no QO MI n. 107. De fato, nesse precedente, o STF equiparou os dois institutos para concluir que não cabe ao Poder Judiciário produzir a norma faltante, pois sua tarefa resume-se a declarar a omissão inconstitucional e cientificar o órgão inadimplente para adotar as providências cabíveis. Agora, a mesma premissa da equiparação é invocada para respaldar a tese que, naquela época, foi expressamente rejeitada: como as duas ações produzem efeitos jurídicos semelhantes e considerando que a decisão na ação direta por omissão tem efeitos erga omnes (mas não o de produzir a normal geral), logo a decisão no

mandado de injunção, que preenche o vazio normativo, igualmente apresenta eficácia erga omnes (LEITE, 2014, p. 26-27).

Assim, o Supremo Tribunal Federal ao adotar tal postura ao tratar das omissões legislativas, veio por realizar um salto argumentativo (BENVINDO, 2012, p. 12).

A partir de todo o exposto, assim como é estudado por Lewandowski (2009, p. 78), nota-se que o Poder Legislativo, por várias razões, deixou de ser protagonista, tendo em vista que este perdeu sua legitimidade, dada sua dificuldade de funcionamento, sobretudo no regime presidencialista.

3.2 O Poder Judiciário

Com a Constituição Federal de 1988, nota-se uma mudança paradigmática promovida quanto ao tema, de modo a implicar em uma modificação nos diversos ramos da área jurídica, mais especificamente, no tocante ao Poder Judiciário, que a partir de então passou promover uma maior atuação, devido a esse caráter compromissário assumido pela Carta Magna vigente, motivo pelo qual, segundo Streck, a justiça constitucional não deve resumir-se a apenas dizer o direito, devendo haver um redimensionamento do Poder Judiciário (STRECK, 2002, p. 281 apud AMBROZIO, 2016, p. 35).

Deste modo, observa-se que no Brasil, o direito é modelado a solucionar conflito individuais, gerando resultados rápidos, mas destituídos de profundidades, o que não se mostra capaz de dirimir todas as demandas ante uma sociedade tão complexa como a atual, de forma que não mais é aceitável uma postura jurídica descompassada com a realidade constitucional (AMBROZIO, 2016, p. 35).

Conforme se pode afirmar, não é mais possível conceber um Estado de Direito sem um Poder Judiciário independente, não apenas responsável por solucionar definitivamente conflitos intersubjetivos, mas também, precipuamente, garantir a integridade do ordenamento jurídico, afirmando a compatibilidade dos atos estatais com os comandos disciplinados pela Constituição Federal (PAULO e ALEXANDRINO, 2015, p. 674).

Neste sentido, os autores supra, expõem que o Poder Judiciário, distintamente, seja qual for o sistema de governo, presidencialista ou parlamentares, a todo momento e obrigatoriamente, deve ser um poder plenamente independente

dentro de um Estado Democrático de Direito, já que desempenhará a função de guardar a Lei Maior e garantir sua efetividade. Especialmente em relação ao Brasil, é adotado o “sistema inglês”, ou chamado “sistema da unidade de jurisdição”, significando que apenas o Poder Judiciário detém a jurisdição, ou seja, a aplicabilidade, em caráter definitivo, do direito ao caso em concreto levada a sua apreciação, assim, a jurisdição e a coisa julgada, são atributos de caráter exclusivos do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário nacional, se encontra instituído na Constituição Federal de 1988 nos artigos 2º, caput, e 92 e seguintes, capítulo atinente ao poder ora tratado.

Tal função estatal possui como função típica, a atividade jurisdicional, como já exposto, consistente no julgamento de demanda que é levada a seu conhecimento, aplicando o direito ao caso em concreto e solucionando conflitos mediante a aplicação da lei. Ainda, como função atípica, este poder exerce atos de natureza legislativa, quando estabelece o regimento interno de seus tribunais, e além, de natureza executiva, ao administrar direitos de seus magistrados e serventuários, atos estes que, praticados dentro de seus limites, não há subordinação quanto a aprovação por qualquer outro poder (GOUVEIA e AMARAL, 2008, p. 19).

Dada a importância do Poder Judiciário, e em especial a sua independência para a garantia de um Estado Democrático de Direito, percebe-se que a Carta Magna trouxe inúmeros dispositivos que evidenciam o mencionado. Inicialmente, cabe citar que em seu artigo 5º, inciso XXXV, consignou que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, além do mais, asseverou que a função de guardar a Constituição Federal, cabe ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102, caput. Ainda, para o essencial exercício da magistratura, com um Judiciário imparcial e independente, nos termos dos artigos 93 e 95, se encontra previsto as garantias para o pleno exercício de tais funções, que:

Esse órgão, que é, a rigor, um órgão de controle, foi inserido na estrutura do Poder Judiciário no intuito de atalhar questionamentos acerca de sua constitucionalidade. Com efeito, é tarefa exclusiva do constituinte originário delinear os sistemas de controles recíprocos entre os Poderes, denominados usualmente “freios e contrapesos” (checks and balances). Isso porque esses controles recíprocos conferem a exata medida da relação de independência e harmonia, ou seja, do equilíbrio entre os Poderes (PAULO e ALEXANDRINO, 2015, p. 675).

Sendo o Poder Judiciário, um dos pilares atinentes as funções estatais, há que ser destacados alguns pontos a seguir expostos.

3.2.1 Ascensão do poder judiciário frente a evolução estatal

Neste ponto, o trabalho visa explicar as causas que possibilitaram a ascensão institucional do Poder Judiciário em relação ao Estado de Direito, o que posteriormente, se inicia o movimento do ativismo judicial e consequente criação judicial de direito, em que tal fenômeno vem a se manifestar pela abrangência da jurisdição constitucional, na judicialização de determinadas questões.

De início, cabe mencionar que em tempos passados, anteriormente a Segunda Guerra Mundial, vigorava o chamado Estado Legislativo de Direito, em que a Constituição daquele ente, era compreendida como mero documento político, na qual as normas ali contidas, não possuíam aplicabilidade direta, vigorando a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento. Contudo, a partir de tal marco histórico, inaugura-se o Estado Constitucional de Direito, em que a Constituição passa a valer como norma jurídica, vindo a vigorar a centralidade da Lei Maior e a supremacia judicial, como também a existência de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais (BARROSO, 2010, p. 07).

Neste diapasão, Barroso expõe que:

[...] a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Essa ideia de supremacia constitucional, remonta ao nascimento da primeira Constituição norte-americana, enquanto na Europa, no século XVIII, como citado, vigorava o dogma da supremacia do Parlamento. Com a Constituição norte-americana, surge-se a ideia de que esta deveria ser considerada um instrumento superior às leis emanadas pelo Parlamento (SOUZA, 2013, p. 82).

Neste sentido, para Hamilton, Jay e Madison (1787, p. 403-404):

No legislative act therefore contrary to the constitution can be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid. [...]. It is not otherwise to be supposed that the constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts.⁵

A Constituição a partir de então, passa a ser considerada suprema, permeada de valores/princípios, exalando por todo o ordenamento jurídico, conformando e legitimando as demais normas, de forma que os princípios fundamentais e de maior importância, encontra-se no centro duro e imutável das Constituições, assegurando uma proteção contra uma ação ilegítima do Parlamento. Desta maneira, o novo modelo de supremacia da Constituição, contrário a supremacia do Parlamento, favorece a proteção aos direitos fundamentais contra eventual ação danosa do processo político majoritário, consolidando-se assim, a rigidez constitucional (SOUZA, 2013, p. 83).

O Poder Judiciário brasileiro, em especial ao órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal, vem gradativamente aumentando sua importância no cenário institucional nacional, passando de um poder acudado e apagado em um período autoritário do regime militar, para uma posição de centralidade na vida institucional brasileira atualmente. Neste ínterim, o Supremo Tribunal Federal, não se limita a intervir na produção normativa apenas no aspecto negativo, fulminando normas jurídicas já vigente por não se encontrarem de acordo com Constituição Federal, mas, assume também, uma postura positiva, isto é, de criador da norma jurídica (LIMA, 2018, p. 12-13).

Segundo Oscar Vilhena Vieira, após criar a expressão “supremocracia”, assinalou que seu significado estava relacionado a função de árbitro dos conflitos

⁵Portanto, nenhum ato legislativo contrário à constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que o seu delegante; que o servo está acima do seu senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens agindo em virtude de poderes podem não só fazer o que os seus poderes não autorizam, mas o que eles proíbem. [...]. Não se deve supor que a constituição possa ter a intenção de permitir que os representantes do povo substituam sua vontade pela de seus constituintes. É muito mais racional supor que os tribunais foram concebidos para ser um órgão intermediário entre o povo e o legislativo, a fim de, entre outras coisas, mantê-lo dentro dos limites atribuídos à sua autoridade. A interpretação das leis é competência própria e peculiar dos tribunais. (Tradução nossa)

institucionais do Estado brasileiro, que momento outro, já esteve nas mãos do Poder Moderador a época de Império, do Exército na República velha e períodos autoritários, e agora, com a atual Carta Magna, se encontra fixado no Poder Judiciário, em especial do órgão de cúpula (VIEIRA, 2008, p. 441-464 apud LIMA, 2018, p. 16).

Entretanto, não é apenas a Suprema Corte que vem assumindo uma posição institucional mais ativa, haja vista que nas demais instâncias judiciais, frequentemente são exaradas decisões que obriga o Poder Público ao cumprimento de variadas políticas públicas, como muito recorrente, a determinação de fornecimento de medicamentos ou leitos hospitalares.

Deste modo, observa-se a expansão do Poder judiciário, transformando seu papel para uma função mais ativa, saindo da periferia ao centro dos debates políticos.

3.2.2 Ativismo judicial

Encerrada a Segunda Guerra Mundial, verificou-se na maioria dos países ocidentais, determinado avanço na justiça constitucional concernente ao espaço da política majoritária, aquela realizada em âmbito legislativo, quanto no executivo.

Ao longo dos tempos, o Poder Judiciário vem passando por transformações no perfil de sua atuação. Neste sentido, a promulgação do texto constitucional de 1988 simbolizou um momento de uma radical modificação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Em resumo, é possível afirmar que, a partir disso, duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização política.

[...]

Com isso, agregada à questão da existência de uma judicialização da política, houve o reconhecimento de uma vinculação entre Direito e Política. Esta circunstância repercutiu sobremaneira na forma de conceber a atuação dos juízes e tribunais, ocasionando, por esta via, a propagação de um ativismo judicial (TASSINARI, 2013, p. 16-19).

Cumprir destacar em relação ao Poder Judiciário, que a Constituição Federal veio a consagrar em seu texto e dispositivos, anseios sociais e políticos, associados aos ideais de igualdade material e redistribuição de renda no jargão dos direitos, em que essa ampliação do rol de direitos e o decorrente fortalecimento das competências do Supremo Tribunal Federal, além do Poder Judiciário como um todo,

ensejou a evasão de temas políticos para dentro do judiciário, em um processo frequentemente denominado como judicialização (VERÍSSIMO, 2008, s.p. apud GARAU, MULATINHO e REIS, 2015, p. 201).

Em atenção a judicialização, significa dizer que algumas questões de relevante repercussão política ou social, se encontram sendo dirimidas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, o que demonstra o envolvendo de uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações consideráveis na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2012, p. 03).

Tal postura ativa do Poder Judiciário brasileiro, evidencia a tese de que a imparcialidade que ditou o comportamento dos juízes até então, se mostraram superadas, haja vista que a teoria instrumentalista, que fundamentou um comportamento mais ativo dos juízes no âmbito do Estado Social, também permitia uma postura ativista do judiciário no Estado Democrático de Direito. Dito isso, ao assumir uma postura ativa na guarda da Constituição, especialmente em uma Constituição como a atual, que consagra um enorme rol de direitos, que na prática frequentemente se contradizem, o Supremo Tribunal Federal adota inevitavelmente uma postura política que vem, continuamente, legitimada e ocultada por critérios técnicos (GARAU, MULATINHO e REIS, 2015, p. 204).

Deste modo, para os autores acima, o ativismo judicial brasileiro teve origem na democracia brasileira contemporânea e, embora seja um grande avanço em relação ao regime anterior, não tem conseguido fazer com que os cidadãos participem diretamente das decisões políticas. Desde então, essas questões controversas que não foram resolvidas nos Poderes Legislativo e Executivo, esses sim, legitimados pelo voto, encaminham tais demandas ao judiciário, o que constitui o fenômeno da judicialização da política. Para legitimar decisões sobre questões políticas, o Supremo Tribunal Federal tem se valido de argumentos técnicos para motivar tais decisões.

Nestes termos, Luís Roberto Barroso consignou que a ideia de ativismo judicial está vinculada a uma participação mais extensa e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência na área de atuação dos demais poderes. Deste modo, a postura ativista se manifesta de diversas formas, incluindo:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 06).

Diversamente da judicialização, o ativismo judicial é gestado no seio da sistemática jurídica, implicando em uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de seu mister, que nas palavras de Tassinari (2013, p. 32), o que caracteriza necessariamente tal fenômeno, é a postura que o órgão assume no exercício dos atos decisórios que, por forma, é investido de juridicidade (MESQUITA, 2013, p. 126).

Neste diapasão, a atuação do Tribunal Constitucional no controle das omissões legislativas inconstitucionais também se configura uma atividade legislativa, já que haverá uma produção legislativa do Tribunal no sentido de provisoriamente e especificamente, suprir os vácuos presentes no ordenamento, sendo assim, possível afirmar que essa atividade legislativa é supletiva, haja vista depender de ausência de regulamentação pelo Poder Legislativo, provisória, pois só vigora enquanto o legislador permanecer inerte, e específica, já que só é possível naquelas situações em que a ausência de legislação ocasionar uma afronta às normas constitucionais (SOUZA, 2013, p. 118).

Com isso, em síntese, o Poder Judiciário é o grande guardião da Constituição Federal, devendo fazê-la valer em respeito aos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive, em face dos demais poderes, que em determinadas situações, o judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, deverão respeitar legítimas feitas pelo legislador, para o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar respeito aos precedentes, contribuindo para integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema (BARROSO, 2012, p. 19).

Ainda, para Leite (2014, p. 15):

[...] o ativismo judicial não está ligado ao conteúdo da decisão. Isso quer dizer que uma decisão ativista não é necessariamente equivocada, nem que uma sentença proferida no exercício da autocontenção seja necessariamente correta. É possível defender, por exemplo, que numa determinada ordem constitucional existam fatores que impulsionam um ativismo judicial nos conflitos federativos a favor dos entes regionais, mas uma específica decisão sobre essa matéria pode se revelar errada. Assim, abstraindo a análise do

mérito da decisão, logra-se manter o foco nos aspectos institucionais do ativismo judicial. [...] o ativismo judicial não é, em todas as hipóteses, sinônimo de abuso, excesso ou arbítrio. Entende-se que a ordem constitucional pode não só estimular, como exigir posturas ativistas do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias.

Não obstante, para Marcos Paulo Verissimo (2008, p. 422), o perfil ativista do judiciário, que apresenta particularidades em relação às demais tradições jurídicas, foi concebido em um ambiente marcado por duas principais transformações, pelas quais passa o Supremo Tribunal Federal: o incremento de seu papel político e a sobrecarga no volume de trabalho (TASSINARI, 2013, p. 20).

Tendo em vista o tema tratado, Barroso (2012, p. 19), Ministro do Supremo Tribunal Federal, exterioriza que o ativismo judicial, até o momento, tem sido parte da solução e não um real problema, sendo um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado, pois em dose excessiva, há risco de se morrer da cura, de forma que a expansão do judiciário, não deve desviar-se a atenção do real problema que aflige a democracia brasileira, qual seja, a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, em que, devendo haver reforma política, essa não pode ser feita por juízes.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Declarada a independência do Brasil em 1822, em consonância com os desejos de Majestade Imperial e relevante influência da Constituição Francesa de 1814, Dom Pedro I, em 1824, outorga-se a “Constituição Política do Imperio do Brazil” (LENZA, 2020, p. 104), que, reconhecido o poder judiciário pela primeira constituição do Brasil, de acordo com Alves Jr. (2004, p. 128 apud PAULA, 2014, p. 94):

É certo que na Constituição imperial de 1824, já havia previsão de um órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal de Justiça. Esse Tribuna, embora tivesse caráter político, não era responsável por velar pela constitucionalidade das leis. Isso porque “(...) permitir a sindicabilidade judicial nos atos normativos seria um atentado ao princípio da separação de Poderes, então claudicante, diga-se, em face do Poder Moderador. E, em face da estrutura constitucional na época, se fosse atribuir a algum poder essa missão, o titular dessa tarefa seria o Moderador, que era a suprema inspeção da Nação sobre os demais poderes.

Ulteriormente, após anos de submissão a Monarquia, sobrevinda sua queda em 1889 com o golpe de Estado político-militar, instaura-se no Brasil o regime republicano presidencialista, momento em que o Governo provisório necessitou criar novas instituições condizentes com o cenário ali presente, sendo nessa ocasião que se tem a adoção da denominação "Supremo Tribunal Federal", conforme publicado nos Decretos nº 510/1890 e 848/1890.⁶

Com a promulgação da primeira Constituição Republicana Brasileira em 1891, instituiu-se o órgão de cúpula do Poder Judiciário, aderindo-se a nomenclatura supra mencionada, além de nos termos de seu artigo 56, dispor sobre a composição e forma de nomeação de seus membros, que por sua vez, totalizavam 15 (quinze) Ministros, submetidos ao procedimento de nomeação pelo Presidente da República, com posterior aprovação do Senado (BRASIL, 1891, s.p.). Ainda, no tocante a sua composição, através do Decreto nº 19.656/1931, a quantidade de membros foi reduzida para 11 (onze) Ministros (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1976, p. 07).

Nestes termos, de acordo com a redação do artigo 59 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, dentre as competências

⁶ Supremo Tribunal Federal. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 20 abr. 2020.

atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, além da mais relevante tarefa em guardar a Constituição, compreendia-se em, *in verbis*:

- Ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originaria e privativamente:

a) o Presidente da Republica, nos crimes communs, e os Ministros de Estado, nos casos de art. 52;

b) os Ministros diplomaticos, nos crimes communs e nos de responsabilidade;

c) as causas e conflictos entre a União e os Estados, ou entre estes, uns com os outros;

d) os litigios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;

e) os conflictos dos juizes ou tribunaes federaes entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos juizes e tribunaes de um Estado com os juizes e os tribunaes de outro Estrado.

II - julgar em gráo de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes;

III - rever os processos findos, em materia crime. (BRASIL, 1891, s/p)

Além do mais, cabe aqui mencionar, que ao longo dos anos, com o decorrer da história constitucional, verifica-se a existência de demais outras constituições no desenvolvimento do país, como a Constituição de 1934, que, no emprego de maior fidelidade ao modelo norte-americano, em seu artigo 73, veio a denominar o órgão máximo do Poder Judiciário como "Corte Suprema", bem como, ampliando seu grau de competência, que de modo relevante, acrescentou o conhecimento de Mandado de Segurança contra atos de Presidente da República ou de Ministros do Estado (BRASIL, 1934, s.p.).

Passado um período aproximado de 03 (três) anos e 03 (três) meses, promulga-se a Constituição de 1937, retornando a utilizar o termo "Supremo Tribunal Federal", definitivamente consagrada até os dias atuais, conforme redação de seu artigo 90 (BRASIL, 1937, s.p.).

Após, no tocante a Constituição de 1946, editado o Ato Institucional nº 2 de 1965, a composição do órgão supremo passa a ter o número de 16 (dezesesseis) Ministros, ao passo que manteve em sua maioria a competência já atribuída anteriormente (BRASIL, 1965, s.p.), inovando apenas com a chegada da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, quando institui a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República, nos termos do artigo 101, inciso I, alínea "k" (BRASIL, 1965, s.p.).

Agora, em se tratando da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, aquela que precede a Lei Maior vigente, como bem pontuado por Carolina Paula (2014, p. 96), após modificada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, a Carta Magna manteve as competências anteriormente atribuídas, incluindo a inovação da Emenda Constitucional nº 16 de 1956, criando na ocasião, o instituto da avocatória, consistente na possibilidade da Suprema Corte, mediante pedido do Procurador-Geral da República, avocar a si as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais em caso de perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspenda os efeitos da decisão proferida e que o conhecimento geral da causa fosse devolvido a Corte.

A autora ainda complementa, dizendo que até a edição do Ato Normativo nº 5 de 1969, que agravou a ditadura militar brasileira, o mais alto órgão de justiça do país decidia inúmeros casos, exercendo sua jurisdição constitucional, contudo, após, 1969, o Governo aposentou compulsoriamente três Ministros da Corte e dois outros se aposentaram - formalmente, sem a intervenção do Executivo -, esvaziando a força jurisdicional do Supremo, que não gozava de independência para julgamento.

Findado o período de regime militar em 1985, restaurando-se o Estado de Direito no Brasil e, conseqüentemente, a democracia nacional, que, a partir da Emenda Constitucional nº 26, convocam-se eleições para Assembleia Nacional Constituinte (BRASIL, 1985, s/p), da qual, em 05 de outubro de 1988, promulga-se a Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu artigo 92, inciso I, constitui o Supremo Tribunal Federal como órgão a compor o Poder Judiciário, lhe conferindo a especial atribuição de zelar pelo Estado Democrático de Direito e guardar pelos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da coletividade, além de desempenhar o papel de Corte Constitucional.

Com o advento da Carta Magna vigente, o órgão de cúpula do Poder Judiciário é composto por 11 (onze) Ministros, todos brasileiros natos, em respeito ao preceito do artigo 12, § 3º, inciso IV, da Constituição Federal, escolhidos dentre os cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 75 (setenta e cinco) anos de idade, com notável saber jurídico e reputação ilibada, em que serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pelo maioria absoluta do Senado Federal, por força do artigo 101 e parágrafo único, da Lei Maior.

Ao tratar do artigo referido acima, pode-se notar que a Constituição Federal estabelece que cabe ao Presidente da República a nomeação, após

aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, contudo, ao analisar sua redação, pode-se notar que o ato do Presidente é o último e não o primeiro como de maneira equivocada, pode ser compreendido, razão pela qual percebe-se os três atos existente: indicação, escolha do Senado Federal e nomeação do Presidente da República. Logo, há uma lacuna no texto constitucional, pois não define quem irá indicar para a escolha do Senado Federal, haja vista que, não se nomeia para escolher, e sim, o contrário (MELO, 2011, s.p.).

Ainda, segundo Moraes (2013, p. 202 apud HAIDAMUS, 2017, p. 34), as competências do Supremo Tribunal Federal estão delimitadas nos artigos 102 e 103 da Constituição Federal, podendo o tribunal, atuar em duas espécies de competência, sendo uma originária e outra recursal. Na atuação originária, a Suprema Corte assume função de Corte de Constitucionalidade para realizar, exclusivamente, o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos, pois, somente a ele compete processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade.

Posteriormente, vinda a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Antonio Dias Toffoli, entende que:

A Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, atribuiu à Corte novas prerrogativas e competências, por exemplo, a repercussão geral nos recursos extraordinários - no qual o STF não só julga o caso concreto, mas também, define a linha interpretativa para a questão constitucional controvertida, a qual deve ser aplicada pelos tribunais do País nos processos que versem sobre o mesmo tema – e a súmula vinculante, mediante as quais decisões reiteradas do Supremo Tribunal passam a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federais, estadual, municipal e distrital (TOFFOLI, 2018, p. 242).

Como guardião maior do Estado Democrático de Direito, a Suprema Corte tem exercido papel relevante e essencial para com a construção de nossa democracia, moderando conflitos, corrigindo eventuais desvios democráticos e impedindo que contrariedades políticas conjunturais levem à ruptura do regime constitucional do Brasil.

4.1 Legislador Negativo ou Positivo?

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, é possível verificar substanciais alterações no modelo de jurisdição constitucional, resultando em

um claro fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, alçado à condição de seu guardião principal, forma esta, que fez com que tal instituição fosse demandada a se pronunciar sobre as mais variadas e complexas questões, assunto de carga política, moral, econômica, religiosa e social, ocasião que vem assumindo um protagonismo, onde importantes controvérsias de nível nacional tem sido decididas, representando o abandono de uma posição coadjuvante para assumir a função de um *tertius* (LEITE, 2014, p. 12).

Por sua vez, Aimée Feijão (2014, p. 163) aduz que controvérsias carecidas de maturidade deliberativa, são encaminhadas para aquele grupo de onze ministros, incumbidos de pronunciar a última palavra sobre o tema, mostrando-se como superego da sociedade, pois debates que deveriam ser firmados na esfera pública, sujeitos a amplo debate popular, são constantemente delegados à esfera máxima do judiciário. Ainda, para o autor:

Observa-se a gradativa superposição do STF sobre os demais Poderes. A Corte tem seu âmbito de atuação ampliado e a tal fato não se segue uma medida de contrapeso.

[...]

Ele tem cada vez mais assumido uma função política e preponderante na sociedade brasileira, desacompanhada de qualquer freio por parte dos demais Poderes (FEIJÃO, 2014, p. 163-164).

A luz do exposto, em se tratando do mais alto escalão do Poder Judiciário, muito se discute e estuda a respeito de sua atuação frente a atividade reservada ao Poder Legislativo, de modo que, como muito estudado, surge-se a seguinte dúvida: Seria os juízes meros intérpretes/aplicadores do direito existente, ou de algum modo, participam, *lato sensu*, da atividade legislativa, da produção do direito?

A partir disso, Hans Kelsen (2003, s.p.) durante debate com Carl Schmitt em 1928, inaugura o conceito de legislador negativo (*der negative Gesetzgeber*), tratando-o como negação da criatividade na interpretação judicial do direito, aduzindo que sua principal função é a aplicação e somente em pequena medida, a criação do direito. Além do mais, o jurista austríaco defende a instituição de um Tribunal Constitucional que irá zelar pela fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Segundo Rodrigo Brandão, Hans Kelsen ao defender a criação de um Tribunal Constitucional, concebe este de modo a atuar como legislador negativo,

restringindo-se sua atuação no controle de constitucionalidade a uma análise exclusivamente da questão relacionada a incompatibilidade em tese entre normas precisas, qual sejam, regras infraconstitucionais e constitucionais, razão pela qual, considerando este cenário, a Corte Constitucional deveria abster-se da atuação como legislador positivo, deixando espaço para o livre exercício da discricionariedade do legislador (BRANDÃO, 2014, p. 193).

Neste sentido, a respeito da atuação dos tribunais, Kelsen expõe que:

Caso se deseje restringir o poder dos tribunais, e, assim, o caráter político da sua função - tendência que sobressai particularmente na monarquia constitucional, podendo, porém, ser observada também na república democrática deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder. Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras - como as disposições sobre direitos fundamentais e similares não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos [...]. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder - não previsto pela Constituição e altamente inoportuno - do Parlamento para uma instância externa a ele, "a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento" (Kelsen, 2003, p. 262-263).

Ao tratar sobre o tema, Garfield Barwick (1979, p. 242, apud CAPPELLETTI, 1993, p. 21), aduz que na atividade de interpretar o direito legislativo está implantada certa nuance de criatividade, de modo que, mesmo com o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelos juízes e sempre permitem ambiguidade e incerteza que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.

Contudo, neste sentido, Mauro Cappelletti (1993, p. 21) destaca a existência de um problema relacionado ao assunto em tela, aduzindo, que, este se dá pelo "grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários", que na mesma obra, o autor declara que:

Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel a seu "texto", ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre - porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa (CAPPELLETTI, 1993, p. 22).

No Brasil, é a partir da decisão prolatada na Representação nº 1.417 de 1987, anteriormente à vigência da Constituição Federal atual, tendo como Relator o

Ministro Moreira Alves, que se inaugura na Suprema Corte o termo “legislador negativo”, sendo sustentado que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal - em sua função de corte constitucional - atuar como legislador negativo [...]. O mesmo ocorre quando corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme a Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial [...], o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina - e atua, portanto, como legislador negativo - as interpretações por ela admitida, mas em conciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque, não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova (Rp 1417, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1987, DJ 15-04-1988 PP-08397 EMENT VOL-01497-01 PP-00072).

Ante a sustentação exposta, infere-se que dela, o Supremo Tribunal Federal, a época, decidiu por bem respeitar a criação da obra legislativa, já que, não se pode alterar o sentido da redação normativa para qualquer finalidade, nem mesmo para compatibilizá-la com a Constituição Federal.

Com o advento da Constituição da República Federativa atual, considerando a tensão entre os Poderes Judiciário e Legislativo no que diz respeito a criação do direito, a Lei Maior através do disposto em alguns de seus artigos, deixa evidente a existência e competência dos três poderes a compor o Estado Federal, e com isso, a respectiva separação entre eles, que deverá ser mantido e respeitado, já que tal circunstância trata-se de cláusula pétreia, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso III, da Carta Magna.

De acordo com o já explanado no trabalho, cabe destacar que a partir da instituição da Suprema Corte nacional, consoante o artigo 102 da Constituição Federal, compete ao Tribunal Constitucional guardar a Lei Maior, protegendo-a contra qualquer ataque que eventualmente possa surgir. Pelo motivo exposto, o Supremo Tribunal Federal sempre foi uma corte de legisladores negativos, desempenhando o papel de interromper o curso de leis inconstitucionais.

Tendo em vista a atual conjuntura amplamente discutida, nota-se que é vedado ao Poder Judiciário a prerrogativa de inovar o ordenamento jurídico, não sendo permitida a criação de normas jurídicas, apenas sua aplicação ao caso concreto.

No entanto, para Ives Martins (2016, s.p.), com a crescente exposição da Suprema Corte, tornou-se esta uma protagonista além de suas fronteiras, de modo que sua atuação não mais figura-se como legislador negativo, mas sim, positivo. Com isso, dado tamanho protagonismo da instância máxima, isso acaba por resultar em insegurança jurídica e, ao invés de tratar-se de uma corte, que no passado, garantia a estabilidade das instituições, termina por trazer um nível significativo de instabilidade, haja vista que, com leis inconstitucionais, recorre-se ao Poder Judiciário, mas contra invasão de competência por parte da cúpula do Poder Judiciário, não há a quem recorrer.

Com o decorrer dos tempos, a ideia firmada acerca do legislador negativo foi se sedimentando na Suprema Corte, de modo que cada vez mais decisões foram se fundamentando levando em conta o tema em tela, podendo ser citado a título de exemplo, a decisão proferida no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 737185, tendo como Relator o Ministro Dias Toffoli, apontando a “impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, resguardada a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade”⁷. Cita-se de igual modo, o voto do Ministro Celso de Mello junto a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063/MC, declarando que:

O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador (ADI 1063 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1994, DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-01 PP-00083 RTJ VOL-0178-1 PP-00022).

No que tange ao positivismo firmado pela Escola da Exegese, há uma notória distinção entre as funções destinadas aos Poderes Judiciário e Legislativo, de modo que a aplicação judicial do direito ocorre unicamente de maneira interpretativa, cabendo ao aplicador observar a vontade estabelecido pelo legislador. Além do mais,

⁷ Agravo de Instrumento nº 737185 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 18-12-2012 PUBLIC 19-12-2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur222187/false>. Acesso em: 22 mai. 2020.

para esta teoria, o Estado é a única fonte do direito, de modo a não existir lacuna em suas leis, que por sua vez, são tratadas com idolatria (DIREITO DIÁRIO, 2016, s.p.).

No tocante a natureza da atividade judicial, dada a incompatibilidade entre as teorias apresentadas, destaca-se que estas são usadas de maneira conjunta para a fundamentação do conceito de legislador negativo, embora para o positivismo a aplicação do direito se resume a uma atividade executiva, ao passo que o normativismo de Hans Kelsen reconhece a sua dimensão criativa. Assim, a premissa de que o Supremo Tribunal Federal atuaria como legislador negativo, limitando-se a aplicar a Constituição Federal sem qualquer medida de criatividade, não encontra respaldo por Kelsen.

Não obstante, com o decorrer dos tempos, a concepção sobre o argumento em torno do legislador negativo foi se modificando, de modo a não haver uma única interpretação, a partir de então, identifica-se três perspectivas a respeito, a amplíssima, a ampla e a estrita. Neste sentido:

A concepção ampla, [...] prescreve que é vedado ao STF qualquer atividade que implique inovar o sistema jurídico criando norma diversa daquela emanada pelo legislador ordinário.

[...]

[...] a concepção amplíssima. Nesta concepção, o argumento do legislador negativo infere que é vedado ao STF conferir validade a norma jurídica não prevista pelo legislador ordinário, ainda que esta norma esteja identificada na Constituição.

[...]

Em sua concepção estrita, o argumento do legislador negativo aponta para um conceito diferente da palavra legislar; este conceito tem seu âmbito semântico reduzido somente para casos em que o Tribunal estatui patamar normativo diferente do previsto pelo legislador ordinário e também não previsto pela Constituição; ou seja, aplicar a Constituição não é legislar. [...] Nesta concepção estrita, coloca-se o problema da interpretação da Constituição que pode levar aos mais diversos resultados; entretanto, desloca-se o foco da análise para a própria Constituição e seu conteúdo; torna-se necessário um debate claro e profundo sobre como interpretá-la e como aplicar suas normas aos casos submetidos ao Tribunal (PINHEIRO, 2006, p. 64-65).

Destarte, consoante as decisões aqui ponderadas, em nenhum argumento fundamentado é mencionado algum dispositivo da Constituição Federal, demonstrando de tal modo a incerteza deste argumento, já que não se sabe de qual dispositivo é derivado.

Para Rodrigo Brandão, o uso habitual do conceito do tema neste tópico tratado, acaba que por propagar a ideia de que, por mais criativa que a instância máxima do Poder Judiciário tenha sido na interpretação de princípio constitucional,

ela se limita ao seu papel de guardião da Constituição Federal, caso não adicione novas regras aos princípios impugnados, de forma que, caso se restrinja a invalidar atos normativos, atuará como mero legislador negativo, fazendo valer a vontade do legislador originário. Ainda, se faz necessária a desconstrução do dogma do “legislador negativo”, pois assim, poderá ser desfeito equívocos com graves implicações práticas, como a negativa do caráter criativo, ou seja, como legislador positivo, da invalidação de lei por incompatibilidade com princípio constitucional, já que, o Poder Judiciário nada adicionaria a lei ali impugnada, mas apenas supriria sua validade e eficácia (BRANDÃO, 2014, p. 217).

Tendo em vista os apontamentos aqui tratados, avançando com os estudos aos casos em concretos concernentes ao tema, necessário se faz, mencionar a Arguição de Descumprimentos de Preceito Fundamental nº 54, ao tratar sobre a não configuração de crime, nos casos de aborto de feto anencefálico.

Ao julgar a ação, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos (8 votos a favor e 2 votos contra), entendeu pela procedência, inaugurando uma nova espécie de antijuridicidade, a qual, exclui o aborto, contudo, para o Ministro Ricardo Lewandowski, prolator de um dos votos contra:

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno. [...]. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional. Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País [...], envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem (ADPF 54, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011).

Em contrapartida, o Ministro Luís Roberto Barroso encarou a questão dizendo que a vida, em democracia, é realizada pelo processo político majoritário, ficando sob a responsabilidade do Congresso Nacional, cuja a proteção e promoção aos direitos fundamentais, fica a cargo da Constituição Federal e do Supremo Tribunal Federal, haja vista que, quando o citado processo majoritário funciona de maneira adequada, a jurisdição constitucional recua, entretanto, quando tal processo não

possui êxito ou enfrenta dificuldades, para votar determinadas matérias, a Suprema Corte tem sua postura, ampliada (CARVALHO e BEZERRA, 2016, p. 41).

Seguindo a análise sobre os casos em concreto, ocasiões em que supostamente a Corte teria se valido atividade reservado ao Poder Legislativo, ao apreciar as demandas a seguir.

Cita-se de início o reconhecimento da repercussão geral da matéria no tocante a multiparentalidade, consistente na possibilidade do reconhecimento legal de mais de um pai ou mãe, que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator Luiz Fux, fixou a tese que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios (RE 898060, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017).

Ainda, no tocante ao dispositivo 1.723 do Código Civil, sobre o reconhecimento de união estável, a Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, garantindo a interpretação do citado artigo conforme a Constituição Federal, em reconhecer a união homoafetiva como família (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212).

Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, o Tribunal reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT.

Desta forma, decidiu-se que até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos dispositivos citados, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica,

aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”) (ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020.

4.1.1 Controle de constitucionalidade

Por tempos, o Supremo Tribunal Federal ao desempenhar o Controle de Constitucionalidade, considerava que ao exercê-lo, deveria o fazer exclusivamente nos limites do legislador negativo, mas, jamais, as margens do legislador positivo, sob pena de apropriar-se da função destinada ao Poder Legislativo.

Neste sentido, tendo em vista o posicionamento kelseniano, Rodrigo Brandão acentua que:

Um aspecto fundamental à adequada compreensão do conceito de “legislador negativo” é a acusação de Carl Schmitt de que a tese de Kelsen, no sentido de o Tribunal Constitucional controlar a constitucionalidade das leis, redundaria em “politização da justiça”, e, ao fim e ao cabo, em uma “aristocracia de toga”. Kelsen concorda com Schmitt no sentido de que tal expansão do Judiciário seria um mal à democracia; assim, para evitá-la configura o seu modelo de controle de constitucionalidade de forma extremamente reverente ao legislador (BRANDÃO, 2014, p. 192).

À luz disso, ao tratar sobre o assunto em tela, Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi (2010, p. 161, apud BRANDÃO, 2014, p. 193), expõe que:

Daí se vê que é da essência do conceito kelseniano de “legislador negativo” o emprego apenas de normas constitucionais precisas como parâmetros de controle de constitucionalidade, servindo como relevante instrumento de autorrestrrição judicial.

Com o pensamento firmado, a Suprema Corte limitava-se a assumir uma função literalmente supressiva, cabendo-lhe a invalidar manifestações criadas pelo legislador ordinário que eventualmente venha a contrariar a vontade expressa do legislador constituinte, de acordo com o presente nas normas constitucionais, retirando-se de tal forma, a eficácia jurídica do dispositivo impugnado, que conseqüentemente, é classificado como inconstitucional.

Em contrapartida, qualquer ato por parte do órgão máximo do Poder Judiciário, que venha a inovar ou adicionar conteúdo as normas em exame, irá de encontro com o impedimento do judiciário em atuar como legislador positivo.

Contudo, a teoria defendida por Hans Kelsen recebe importantes críticas, a citar, o voto prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240/BA, revelando que:

Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade. Essa tendência, no sentido da adoção cada vez maior de técnicas diferenciadas de decisão no controle de constitucionalidade, é também resultado da conhecida relativização do vetusto dogma kelseniano do “legislador negativo” (ADI 2240, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279).

Considerando os termos da Constituição Federal vigente, a atuação do Poder Judiciário, de acordo com o estabelecido no artigo 103, § 2º, da Constituição Federal, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao poder competente, providencie a adoção das medidas cabíveis, já que não compete ao órgão máximo do judiciário legislar, mas sim, solicitar que o Poder Legislativo assim o faça, deixando clara a restrição em atuar de forma positiva, como melhor tratado anteriormente no trabalho.

4.2 Independência Jurisdicional versus Limites de Atuação

Promulgada a Constituição Federal de 1988, se faz presente a promoção de consideráveis transformações no direito nacional, incluindo-se o restabelecimento do Estado Democrático de Direito, momento em que, o Poder Judiciário contrai notória relevância para a concretização dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna, de modo a afastar eventuais atos que manifeste viés a retroceder os direitos garantidos, razão pela qual, diante o cenário, o togado que antes apenas controlava os atos do Poder Legislativo através de fatores constitucionais, agora, passa a cumprir o teor da Lei Maior.

Deste modo, o Poder Judiciário surge com o intuito de apresentar respostas para com a sociedade frente a omissão legislativa, buscando-se de tal modo, a efetivação das normas constitucionais, momento em que há um desvio no

eixo entre os Poderes Legislativo e Judiciário, tendo em vista significativa ineficácia legislativa, que por sinal, gera controvérsias na doutrina e jurisprudência ante a citada atuação.

Como bem elencado por Saul Benjamim (2014, s.p.):

Se por um lado o Poder Legislativo não tem atendido as demandas sociais com efetividade, por outro, o Poder Judiciário não pode se omitir diante de questões levadas ao seu crivo, especialmente em se tratando da aplicação casuística de deveres normativos decorrentes de princípios de ordem constitucional, alçando-o, cada vez mais, como órgão originário de políticas públicas e fonte de normas jurídicas.

Neste sentido, em cumprimento aos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, dada a necessidade de uma resposta do Estado para com a sociedade, muito se discute, se o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, é o órgão adequado para este desempenho, já que, ao decidir sobre questões não presentes na legislação, estaria extrapolando seus limites de competência, e usurpando a atividade destinada a outro poder, que em um contexto constitucional, deveria zelar pelos valores fixado pela Lei Maior.

Assim, ponderando as teses que cerca a atuação frente a jurisdição constitucional, extrai-se duas teorias concernente ao modo como a Constituição deve implementar os direitos previstos no texto constitucional, primeiramente a teoria procedimentalista, e secundamente a teoria substancialista.

No tocante a primeira teoria defendida, esta expõe que os direitos previstos na Constituição Federal devem ser regulados por processo deliberativo da sociedade, por meio de vias democráticas de formação de vontade, já que a própria sociedade deve escolher acerca da implementação dos direitos previsto, ocorrendo via Poder Legislativo. Em contrapartida, relativamente a teoria substancialista, acredita-se em um modelo constitucional em que o Poder Judiciário exerça amplo papel na consolidação dos direitos fundamentais, de modo a concretizar os projetos estabelecidos pela Constituição Federal.⁸

Além do mais, conforme Lucas Ambrózio (2016, p. 74):

⁸ EMAGIS. **PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO: EMBATES CONSTITUCIONAIS INCONCLUSIVOS.** Disponível em: <https://www.emagis.com.br/area-gratuita/artigos/procedimentalismoe-substancialismo-embates-constitucionais-inconclusivos/>. Acesso em: 05 jun. 2020.

A teoria procedimentalista Habermas, que entende que cabe a jurisdição constitucional apenas proteger o processo de criação democrática, criado em um ambiente democrático para que os cidadãos possam deliberar, refutando qualquer hipótese de intervencionismo.

[...]

A teoria substancialista de Ronald Dworkin se mostra muito mais adequada a essa nova realidade constitucional, que admite uma postura muito mais atuante do judiciário.

[...]

Assim constatado o caráter compromissário dirigente da carta de 1988 que se alinha com teoria, substancialista de Dworkin, se estabeleceu uma teoria hermenêutica que guia a atividade jurídica dos juizes e que confere legitimidade à atividade judicial.

Portanto, nota-se que a atuação da Suprema Corte não mais se limita em apenas dizer o direito, como anteriormente estabelecido de acordo com paradigma positivista, mas sim, dentro dos limites de respeito para com os demais poderes e em caso de inércia dos mesmos, proceder as normas constitucionais estabelecidas no texto constitucional.

Em complemento, nos termos da atuação, somado a redação do artigo segundo da Constituição Federal, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, pode ser constatado que o Poder Judiciário é independente, e desfruta de autonomia administrativa e financeira, além de exercer a jurisdição, conforme o texto constitucional dos artigos 96 e 99 da Lei Maior.

Neste contexto, a independência do Poder Judiciário e da Magistratura Nacional, é de tal maneira um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que por sua vez, se divide em independência política e independência administrativa. De forma breve, segundo José Albuquerque Rocha (1996, p. 111 apud OLIVEIRA, 2000, p. 279):

A independência política do Judiciário está ligada ao exercício da função que a Constituição lhe atribui: julgar e executar o julgado, para dizê-lo sumariamente. Portanto, a independência política do Judiciário destina-se a garantir o exercício da função jurisdicional exclusivamente por esse Poder. Está prevista de modo expresso pela Constituição no artigo 5º, XXXV e XXXVII.

[...]

A independência administrativa, também chamada de autogoverno da magistratura, consiste na aptidão do Judiciário de gerenciar com autonomia os elementos pessoais e os meios materiais e financeiros imprescindíveis ao exercício da função jurisdicional.

Ao tratar sobre a independência jurisdicional, há que se ter em mente, a distinção entre a independência do Poder Judiciário frente a do magistrado, já que, àquela, como estabelecido acima, se refere a instituição, relação entre os poderes da República, enquanto esta diz respeito à atividade jurisdicional.

Deste modo, tem-se que o juiz, por natureza de sua função, deve ser independente, e ausente de preocupações quanto a repercussão de seus atos, de modo a estar vinculado apenas com o direito e a justa observância da norma jurídica, não devendo ser inibido no exercício de sua função.

5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, o Estado, enquanto entidade soberana, quando ao se apresentar através dos modelos percorridos, evidencia de início, uma notória atuação e posição de destaque do Poder Legislativo, que posteriormente, pelos motivos explanados, tal condição passa a ser ocupada pelo Poder Executivo, e por fim, como se pode visualizar, tal função de destaque, agora, no Estado Democrático de Direito, é vinculada ao Poder Judiciário, que passa a atuar como poder fiscalizador para com a observância dos direitos declarados e garantidos, que se apresenta como o poder protagonista.

Desta forma, considerando os poderes e as funções exercidas pelo estado, surge então, as Teorias da Separação de Poderes e dos Freios e Contrapesos, se exibindo como forma de garantir os poderes estatais e delimitar o campo de sua atuação, de modo a evitar usurpação das funções estabelecidas para cada poder e assegurar um harmônico equilíbrio entre si, para o fim de um perfeito desempenho de cada função.

Contudo, ao se estudar sobre o atual desempenho do Poder Legislativo nacional, aquele, representante do povo e dos entes federativos, e ainda responsável pela formulação e interpretação de leis, nota-se ser este, um poder com determinada dificuldade em acompanhar a evolução social, que por sua vez, vive em constante modificação, de forma que uma das maiores dúvidas que paira sobre sua atuação, é: como o direito será capaz de atender as demandas que dele necessita, por meio de um poder que se mostra moroso?

Neste sentido, em virtude da necessidade de uma resposta por parte do poder público sobre determinadas condições e situações, a sociedade considerando a morosidade do Poder Legislativo, busca no Poder Judiciário uma efetiva atuação a suprir a inércia legislativa, havendo um deslocamento de tensão do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.

Assim, diante a atuação do Poder Judiciário a suprir as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, por ocasiões, tal atividade vem a ser vista nos moldes do fenômeno Ativismo Judicial, em que o Tribunal Constitucional no controle da omissão do poder legiferante, exerce uma produção legislativa, de modo a suprir os vácuos presentes no ordenamento, já que, por se tratar do Supremo Tribunal Federal o grande guardião da Constituição Federal, deverá fazê-lo valer em respeito aos direitos

fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, o que essa postura ativa da Corte, por implicar em um papel criativo por parte do direito, gera dúvidas quanto sua atuação e separação de poderes.

Destaca-se, que o país passa por uma crise de representatividade, em que, aqueles, legitimados para a atuação como legisladores, permanecem inertes, de modo que os interesses fundamentais são deixados de lado e não concretizados de acordo com a Constituição Federal.

Notadamente com o advento da Constituição Federal de 1988, percebe-se uma alteração substancial no modelo de jurisdição constitucional, em que há um claro fortalecimento da Suprema Corte, que é demandada sobre diversas questões de carga política, social, moral, religiosa e econômica, condição que vem assumindo um maior protagonismo, onde importantes controvérsias de nível nacional são decididas.

Desta maneira, tendo em vista o estudado, pode-se concluir que temos uma Corte Constitucional, guardiã maior da Constituição Federal, que por ocasiões, vem a legislar com o fim de garantir os direitos fundamentais da sociedade, tendo em vista a mora do Poder Legislativo, o poder representante daqueles que tão necessita de tais direitos.

Ao estudar sobre a considerável dúvida que paira sobre a atuação da Corte Suprema, chega-se ao conceito do “legislador negativo”, inaugurado por Hans Kelsen, tratando-o como a negação da criatividade na interpretação do direito, que tem sua principal função voltada a mera aplicação das normas jurídicas, para que assim, não haja uma transferência de poder não prevista pela Carta Magna.

No entanto, ainda que a atividade dos togados sejam voltadas apenas a função interpretativa, a linguagem legislativa sempre apresenta lacunas que devem ser sanadas pelos magistrados, já que, ao Poder Judiciário, não é permitido omitir-se diante as demandas que são levadas ao seu crivo, principalmente, se estas se referem a princípios constitucionais.

Diante a questão apresentada acima, acolhida pela teoria substancialista, defendida por Ronald Dworkin, pode-se visualizar um modelo constitucional, em que Poder Judiciário exerce importante papel em consolidar os direitos fundamentais, operando que foi estabelecido pela Constituição Federal, de maneira mais atuante.

Destarte, observa-se que o Supremo Tribunal Federal frente a todas as questões desenvolvidas e ao novo paradigma constitucional, assume uma especial função em dar efetividade as normas constitucionais, em que não mais se encontra nos limites de um paradigma positivista, contentando-se em apenas dizer o direito, mas sim, diante a inércia dos demais poderes da União, em uma atividade mais participativa, procedendo as normas estabelecidas na redação constitucional, e de tal maneira, desempenhando importante papel para com os direitos e garantias fundamentais, e sobretudo, ao Estado Democrático de Direito, o que lhe torna ao mesmo tempo, a salvação e o vilão da sociedade.

Entretanto, a atuação aqui exposta deve ser vista com a devida cautela, de forma a ser analisada de maneira consciente e crítica, para que, diante a expansão do Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, futuramente, não haja um grande caos perante seu exercício em detrimento aos demais poderes, e conseqüentemente, como citado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, venha a ocasionar a “morte” pelo excesso de cura.

REFERÊNCIAS

AMBRÓZIO, Lucas Bianchi. **LIMITES NA ATUAÇÃO DO STF**. 79 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/5904>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ARAÚJO, Roberto Alcântara de Oliveira. **DECLARAÇÃO DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: a interpretação conforme a Constituição e a técnica de decisões manipulativas aditivas pelo Supremo Tribunal Federal**. 2018. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Sergipe, Sergipe. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/10735/2/ROBERTO_ALCANTARA_%20OLIVEIRA_ARAUJO.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

ARISTÓTELES. **A POLÍTICA**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

BANDEIRA, Marcos Antônio Dutra. **MODELO DE ESTADO BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ESTADO LIBERAL OU ESTADO SOCIAL?**. 2013. 95 f. Dissertação (Mestrado em Economia). Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14270/1/2013_MarcosAntonioDutraBandeira.pdf. Acesso em: 27 ago. 2020.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevedo. SARACHO, Antonio Benites. **CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS (CHECKS AND BALANCES SYSTEM)**. 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1627_1634.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

_____, Oriana Piske de Azevedo. _____, Antonio Benites. **ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - SUPERAÇÃO DO ESTADO LIBERAL E DO ESTADO SOCIAL**. 2018. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-oriana-piske#_ftn1. Acesso em: 29 ago. 2020.

BARROS, Bruna Athayde. **A ATUALIDADE DO DEBATE Kelsen E SCHMITT À LUZ DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2013. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/36533/a-atualidade-do-debate-kelsen-e-schmitt-a-luz-da-jurisdicao-constitucional>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, DF, 2010. Disponível em:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230/219>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____, Luís Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. (SYN)THESIS, Rio de Janeiro, RJ, 2012. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

BATISTA JUNIOR, Edil. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MONOPÓLIO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO BRASIL (UM ESTUDO RETÓRICO-ANALÍTICO ACERCA DA ADOÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE)**. 2009. 195 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4173/1/arquivo6340_1.pdf. Acesso em: 15 set. 2020.

BENJAMIM, Saul da Silva. **A PRODUÇÃO JURISDICIONAL: O ATIVISMO E SEUS EFEITOS**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28999/a-producao-jurisdicional-o-ativismo-eseus-efeitos>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **MANDADO DE INJUNÇÃO EM PERIGO: OS RISCOS DA ABSTRAÇÃO DE SEUS EFEITOS NO CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO. OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=823120105064102068011097097065028109052085065093048051024027071074116101066098004028020016099038123036046075012080071083066083025090034086038099121087094007094022104077001085097107121025070087118107008117070127096098100087078074008112069112100092073125&EXT=pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

BERSOT, Karin Loize Holler Mussi. **PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO TRAÇO DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Foz do Iguaçu, 2011. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5255/KARIN%20LOIZE%20HOLLER%20MUSSI%20BERSOT_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 ago. 2020.

BOBBIO, Norberto. **LIBERALISMO E DEMOCRACIA**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. São Paulo: brasiliense. 2000. Disponível em: <http://lelivros.love/book/baixar-livro-liberalismo-e-democracia-norberto-bobbio-em-pdf-epub-mobi-ou-ler-online/>. Acesso em: 29 ago. 2020.

_____, Norberto. **O FUTURO DA DEMOCRACIA; UMA DEFESA DAS REGRAS DO JOGO**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/60422984/bobbio-norberto-o-futuro-da-democracia-uma-defesa-das-regras-do-jogo-1>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **GARANTIA DE DIREITOS E SEPARAÇÃO DOS PODERES. NO BRASIL ATUAL, O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES OPÕE LIMITES À GARANTIA DE DIREITOS SOCIAIS PELO JUDICIÁRIO CONTRA OMISSÕES DO EXECUTIVO?**. 2012. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito de São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27082013-141654/publico/Dissertacao_Versao_completa_Rodrigo_Pires_da_Cunha_Boldrini.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/11607013/Do_estado_liberal_ao_estado_social_Paulo_Bonavides. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. **O STF E O DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO**. Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/385>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. [Constituição (1934)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. [Constituição (1937)]. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. [Constituição (1946)]. **ATO INSTITUCIONAL Nº 2, DE 27 DE OUTUBRO DE 1965**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm#art6. Acesso em: 22 abr. 2020.

_____. [Constituição (1946)]. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

_____. [Constituição (1965)]. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 16, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1965**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%2016%2C%20DE,Art.. Acesso em: 23 abr. 2020.

_____. [Constituição (1985)]. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 23 abr. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. **LEI ORDINÁRIA Nº 13.330/2016, DE 23 DE JUNHO DE 2016**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES**. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Procuradora-Geral da República e Presidente da República/Congresso Nacional/Conectas Direitos Humanos/Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT/Associação De Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo/Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/Associação Eduardo Banks/Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 05 de mai. de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.713/93 (ART. 8º, § 1º, E ART. 9º) - PROCESSO ELEITORAL DE 1994 - SUSPENSÃO SELETIVA DE EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA LEGAL - CONSEQÜENTE ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA LEI - IMPOSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO - DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, § 1º) - INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA - A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS - SIGNIFICADO - FILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DOMICÍLIO ELEITORAL (ART. 9º) - PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE - MATÉRIA A SER VEICULADA MEDIANTE LEI ORDINÁRIA - DISTINÇÃO ENTRE PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO SUBSTANTIVE**

DUE PROCESS OF LAW - CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063 MC/DF. Partido Social Cristão - PSC e Presidente da República/Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 18 de mai. de 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104079/false>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.** Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240/BA. Partido dos Trabalhadores - PT e Governador do Estado da Bahia/Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Ministro Eros Graus. DJ, 09 mai. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90024/false>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO.** Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Partido Popular Socialista e Congresso Nacional/Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ESTADO – LAICIDADE. O BRASIL É UMA REPÚBLICA LAICA, SURGINDO ABSOLUTAMENTE NEUTRO QUANTO ÀS RELIGIÕES. CONSIDERAÇÕES. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. MOSTRA-SE INCONSTITUCIONAL INTERPRETAÇÃO DE A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO SER CONDUTA TIPIFICADA NOS ARTIGOS 124, 126 E 128, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL.** Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 12 de abr. de 2012.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PRAZO DE PARCELAMENTO DIFERENCIADO. PODER JUDICIÁRIO E ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR NEGATIVO. MULTA. CARACTERIZAÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO. FATOS E PROVAS DOS AUTOS. SÚMULA Nº 279 DESTA CORTE. TAXA SELIC. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. QUANTO AO PEDIDO DO PARCELAMENTO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS, O ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO DESTOA DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, FINCADA NA IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO, RESGUARDADA A SUA ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR NEGATIVO NAS HIPÓTESES DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. O CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA SOMENTE SERIA AFERÍVEL MEDIANTE EXAME DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO, O QUE É VEDADO NA VIA ESTREITA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 279 DESTA CORTE. 3. O PLENÁRIO DESTA CORTE, ENFRENTANDO O ASSUNTO À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, CONSOLIDOU ENTENDIMENTO NO SENTIDO DA LEGITIMIDADE DA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC NA ATUALIZAÇÃO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO, DESDE QUE EXISTA LEI LEGITIMANDO O USO DESSE ÍNDICE. 4. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** Acórdão em Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 737185. União e Organização Paulista Parceria & Serviços H Ltda. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ, 27 de nov. de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur222187/false>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MANDADO DE INJUNÇÃO. ESTABILIDADE DE SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. ARTIGO 42, PARAGRAFO 9., DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FALTA DE LEGITIMAÇÃO PARA AGIR. - ESTA CORTE, RECENTEMENTE, AO JULGAR O MANDADO DE INJUNÇÃO 188, DECIDIU POR UNANIMIDADE QUE SÓ TEM "LEGITIMATIO AD CAUSAM" ,EM SE TRATANDO DE MANDADO DE INJUNÇÃO, QUEM PERTENÇA A CATEGORIA A QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL HAJA OUTORGADO ABSTRATAMENTE UM DIREITO, CUJO EXERCÍCIO ESTEJA OBSTADO POR OMISSÃO COM MORA NA REGULAMENTAÇÃO DAQUELE. - EM SE TRATANDO, COMO SE TRATA, DE SERVIDORES PUBLICOS MILITARES, NÃO LHES CONCEDEU A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DIREITO A ESTABILIDADE, CUJO EXERCÍCIO DEPENDA DE REGULAMENTAÇÃO DESSE DIREITO, MAS, AO CONTRARIO, DETERMINOU QUE A LEI DISPONHA SOBRE A ESTABILIDADE DOS SERVIDORES PUBLICOS MILITARES, ESTABELECENDO QUAIS OS REQUISITOS QUE ESTES DEVEM PREENCHER PARA QUE ADQUIRAM TAL DIREITO. - PRECEDENTE DO STF: MI 235. MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO.** Acórdão em Mandado de Injunção nº 107/DF. José Emídio Teixeira Lima e Presidente da República. Relator: Moreira Alves. DJ, 21 de nov. de 1990. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102460/false>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.** Acórdão em Mandado de Injunção nº 670/ES. Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL e Congresso Nacional. Relator: Maurício Corrêa. DJ, 25 out. de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87282/false>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIARIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSAO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDENCIAS NECESSARIAS, A SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL Oponível CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSAO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTAVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.** Acórdão em Mandado de Injunção nº 107 QO/DF. José Emídio Teixeira Lima e Presidente da República. Relator: Moreira Alves. DJ, 23 de nov. de 1989. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur74944/false>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MANDADO DE INJUNÇÃO: MORA LEGISLATIVA NA EDIÇÃO DA LEI NECESSARIA AO GOZO DO DIREITO A REPARAÇÃO ECONÔMICA CONTRA A UNIÃO, OUTORGADO PELO ART. 8., PAR. 3., ADCT: DEFERIMENTO PARCIAL, COM ESTABELECIMENTO DE PRAZO PARA A PURGAÇÃO DA MORA E, CASO SUBSISTA A LACUNA, FACULTANDO O TITULAR DO DIREITO OBSTADO A OBTER, EM JUÍZO, CONTRA A UNIÃO, SENTENÇA LIQUIDA DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. 1. O STF ADMITE - NÃO OBSTANTE A NATUREZA MANDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO (MI 107 - QO) - QUE, NO PEDIDO CONSTITUTIVO OU CONDENATÓRIO, FORMULADO PELO IMPETRANTE, MAS, DE ATENDIMENTO IMPOSSIVEL, SE CONTEM O PEDIDO, DE ATENDIMENTO POSSIVEL, DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO NORMATIVA, COM CIÊNCIA AO ÓRGÃO COMPETENTE PARA QUE A SUPRA (CF. MANDADOS DE INJUNÇÃO 168, 107 E 232). 2. A NORMA CONSTITUCIONAL INVOCADA (ADCT, ART. 8., PAR. 3. - "AOS CIDADADOS QUE FORAM IMPEDIDOS DE EXERCER, NA VIDA CIVIL, ATIVIDADE PROFISSIONAL ESPECIFICA, EM DECORRÊNCIA DAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA N. S-50-GM5, DE 19 DE JUNHO DE 1964, E N. S-285-GM5 SERÁ CONCEDIDA REPARAÇÃO ECONÔMICA, NA FORMA QUE DISPUSER LEI DE INICIATIVA DO CONGRESSO NACIONAL E A ENTRAR EM VIGOR NO PRAZO DE DOZE MESES A CONTAR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO" - VENCIDO O PRAZO NELA PREVISTO, LEGITIMA O BENEFICIARIO DA REPARAÇÃO MANDADA CONCEDER A IMPETRAR MANDADO DE INJUNÇÃO, DADA A EXISTÊNCIA, NO CASO, DE UM DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL DE EXERCÍCIO OBSTADO PELA OMISSÃO LEGISLATIVA DENUNCIADA. 3. SE O SUJEITO PASSIVO DO DIREITO CONSTITUCIONAL OBSTADO E A ENTIDADE ESTATAL A QUAL IGUALMENTE SE DEVA IMPUTAR A MORA LEGISLATIVA QUE OBSTA AO SEU EXERCÍCIO, E DADO AO JUDICIARIO, AO DEFERIR A INJUNÇÃO, SOMAR, AOS SEUS EFEITOS MANDAMENTAIS TIPICOS, O PROVIMENTO NECESSARIO A ACAUTELAR O INTERESSADO CONTRA A EVENTUALIDADE DE NÃO SE ULTIMAR O PROCESSO LEGISLATIVO, NO PRAZO RAZOÁVEL QUE FIXAR, DE MODO A FACULTAR-LHE, QUANTO POSSIVEL, A SATISFAÇÃO PROVISORIA DO SEU DIREITO. 4. PREMISSAS, DE QUE RESULTAM, NA ESPÉCIE, O DEFERIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO PARA: A) DECLARAR EM MORA O LEGISLADOR COM RELAÇÃO A ORDEM DE LEGISLAR CONTIDA NO ART. 8., PAR. 3., ADCT, COMUNICANDO-O AO CONGRESSO NACIONAL E A PRESIDENCIA DA REPUBLICA; B) ASSINAR O PRAZO DE 45 DIAS, MAIS 15 DIAS PARA A SANÇÃO PRESIDENCIAL, A FIM DE QUE SE ULTIME O PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI RECLAMADA; C) SE ULTRAPASSADO O PRAZO ACIMA, SEM QUE ESTEJA PROMULGADA A LEI, RECONHECER AO IMPETRANTE A FACULDADE DE OBTER, CONTRA A UNIÃO, PELA VIA PROCESSUAL ADEQUADA, SENTENÇA LIQUIDA DE CONDENAÇÃO A REPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DEVIDA, PELAS PERDAS E DANOS QUE SE ARBITREM; D) DECLARAR QUE, PROLATADA A CONDENAÇÃO, A SUPERVENIENCIA DE LEI NÃO PREJUDICARA A COISA JULGADA, QUE, ENTRETANTO, NÃO IMPEDIRA O IMPETRANTE DE OBTER OS BENEFÍCIOS DA LEI POSTERIOR, NOS PONTOS EM QUE LHE FOR MAIS FAVORAVEL.**

Acórdão em Mandado de Injunção nº 283/DF. Alfredo Ribeiro Daudt e União Federal e Congresso Nacional. Relator: Sepúlveda Pertence. DJ, 20 de mar. de 1991.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152039/false>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.** Acórdão em Recurso Extraordinário nº 898060/SC. A N e F G. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 21 set. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **REFORMA AGRÁRIA - IMÓVEL RURAL SITUADO NO PANTANAL MATO-GROSSENSE - DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO (CF, ART. 184) - POSSIBILIDADE - FALTA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL E PRÉVIA DO PROPRIETÁRIO RURAL QUANTO A REALIDADE DA VISTORIA (LEI Nº 8.629/93, ART. 2º, § 2º) - OFENSA AO POSTULADO DO DUE PROCESS OF LAW (CF, ART. 5º LIV) - NULIDADE RADICAL DA DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO.** Acórdão em Mandado de Segurança nº 22.164-0. Antonio de Andrade Ribeiro Junqueira e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 17 nov. 1995. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ARTIGO 65 DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL, INTRODUZIDO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 54/86.** Acórdão em Representação nº 1.417-7. Procurador-Geral da República e Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 09 dez. 1987. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34375/false>. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRAZIL. [Constituição (1824)]. **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL.** Rio de Janeiro, RJ. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**. 2017. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20755/2/Beatriz%20Meneghel%20Chagas%20Camargo.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

CAMINATA, Maurício Peluso. **ESTADO LIBERAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45505/estado-liberal-e-democratico-de-direito>. Acesso em: 27 ago. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **JUÍZES LEGISLADORES?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editoração Eletrônica Ltda, 1993.

CARDOZO, José Eduardo. **A CRISE DO LEGISLATIVO**. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v23n67/a08v2367.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

CARNEIRO, Raul. **ATIVISMO JUDICIAL NA INÉRCIA LEGISLATIVA**. 2017. Disponível em: <https://raulbem.jusbrasil.com.br/artigos/535677156/ativismo-judicial-na-inercia-legislativa?ref=serp>. Acesso em: 17 set. 2020.

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. BEZERRA, Bárbara Barbarella Queiroz. **O STF COMO LEGISLADOR POSITIVO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANALISANDO OS ARGUMENTOS DOS MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI E LUÍS ROBERTO BARROSO NA ADPF 54**. Cadernos de Graduação. Revista das ciências humanas e sociais. Recife. 2016. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/facipehumanas/article/view/3251/2065>. Acesso em: 19 det. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **ELEMENTOS DE TEORIA GERAL DO ESTADO**. Editora Saraiva. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2108910/mod_resource/content/1/D%20DALLARI%20-%20Elementos%20TGE.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 27 ago. 2020.

DIREITO DIÁRIO. **AS CONTRIBUIÇÕES DA ESCOLA DA EXEGESE**. 2016. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/contribuicoes-escola-da-exegese/>. Acesso em: 23 mai. 2020.

EMAGIS. **PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO: EMBATES CONSTITUCIONAIS INCONCLUSIVOS**. Disponível em: <https://www.emagis.com.br/area-gratuita/artigos/procedimentalismoe-substancialismo-embates-constitucionais-inconclusivos/>. Acesso em: 05 jun. 2020

FEIJÃO, Amimée Guimarães. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DELINEANDO O ELEFANTE**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba. 2014. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista11/supremoAimee.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

FERNANDES, Patricia Stefoni. **A SEPARAÇÃO DE PODERES E A EFETIVIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. 2019. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22541/2/Patricia%20Stefoni%20Fernandes.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

FERREIRA, Eber Meira. **PODER JUDICIÁRIO, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA**. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

FRANÇA. **CONSTITUTION DE 1791**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>. Acesso em: 27 ago. 2020

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo. MULATINHO, Juliana Pessoa. REIS, Ana Beatriz Oliveira. **ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3108/pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

GOMES, Paulo Andrade. **DEMOCRACIA E ESTADO LIBERAL: me LEITO DE KANT**. 2005. 113 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal da Bahia, Bahia. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10986/1/Dissertacao%20Paulo%20Gomesse%20g.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro. AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E SUAS FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Intertemas. Revista Eletrônicas da Toledo Prudente. Presidente Prudente, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1685/1604>. Acesso em: 14 set. 2020.

HADAMUS, Murilo Simm. **A NOMEAÇÃO DOS MINISTROS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DO SUPREMO. UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL, DA IMPARCIALIDADE E DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**. 70 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2017. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/download/6768/6452>. Acesso em: 24 abr. 2020.

HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **THE FEDERALIST**. Edited with an introduction, reader's guide, constitutional cross reference & glossary by George W. Carey, James McClellan. 1787. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

HESSE, Konrad. **TEMAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONSTITUCIONAL**. Tradução de Carlos do Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139480/>. Acesso em: 13 set. 2020.

JELLINEK, Georg. **TEORÍA GENERAL DEL ESTADO**. Trad. y prólogo de Fernando de los Ríos. Mexico: FCE, 2000. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/19836203/teoria-general-del-estado-georg-jellinek>. Acesso em: 01 set. 2020.

KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL NA IDADE DA RAZÃO: A REINVENÇÃO DO ESTADO SOCIAL NO MUNDO CONTEMPORÂNEO**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324805251_KERSTENETZKY_Celia_-_O_Estado_do_Bem-Estar_Social_na_Idade_da_Razao_2012. Acesso em: 30 ago. 2020.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. **ESTADO LIBERAL, SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9241/estados-liberal-social-e-democratico-de-direito>. Acesso em: 28 ago. 2020.

LEITE, Glauco Salomão. **INÉRCIA LEGISLATIVA E ATIVISMO JUDICIAL: A DINÂMICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**. Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/45artigo1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/ncv1ne0>. Acesso em: 17 de set. 2020.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA ERA DOS DIREITOS**. Repositório FGV de Periódicos e Revistas. Revista de Direito Administrativo, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529/6043>. Acesso em: 15 set. 2020.

LIMA, Gabriel Meira Nóbrega de. **CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITO: ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E**

PARÂMETROS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO COM BASE EM NORMAS

ABERTAS. 2018. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018. Disponível em:

https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/12298?locale=pt_BR. Acesso em: 14 set. 2020.

LOCKE, John. SEGUNDO TRATADO SOBRE O GOVERNO CIVIL: ENSAIO SOBRE A ORIGEM, OS LIMITES E OS FINS VERDADEIROS DO GOVERNO CIVIL.

Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4255140/mod_resource/content/0/Complementar%20-%20John_Locke_Segundo_Tratado_Sobre_o_Governo_Civil.pdf. Acesso em: 01 set. 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. TIPOS DE ESTADO (GLOBALIZAÇÃO E EXCLUSÃO).

2004. Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/estado/estado_excglobal.html. Acesso em: 28 ago. 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. STF NÃO É LEGISLADOR CONSTITUINTE, MAS GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.

2016. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/ives-gandra-supremo-nao-legislador-constituente>. Acesso em: 21 de mai. 2020.

MELO, André Luis. MERA TRADIÇÃO: PRESIDENTE APENAS NOMEIA MINISTROS DO SUPREMO.

Revista Consultor Jurídico, 2011. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2011-fev-07/presidente-republica- apenas-nomeia-ministros-supremo>. Acesso em: 24 abr. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL - SÉRIE IDP.

15ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em:

<https://books.google.com.br/books?id=7pDODwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=Curso+de+Direito+Constitucional+-+S%C3%A9rie+IDP+-+15%C2%AA+Ed.+2020&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiB5cOgxYjsAhVYGrkGHWEqCMsQ6AEwAHoECAIQAg#v=onepage&q=Curso%20de%20Direito%20Constitucional%20-%20S%C3%A9rie%20IDP%20-%2015%C2%AA%20Ed.%202020&f=false>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____, Gilmar Ferreira. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em:

<https://www.docsity.com/pt/mendes-gilmar-ferreira-curso-de-direito-constitucional-12-ed-2017/4916913/>. Acesso em: 29 ago. 2020.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva. LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO: POVO, SOBERANIA E ANÁLISE DEMOCRÁTICA DE TENSÕES ENTRE OS PODERES NO BRASIL.

2013. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Ceará, 2013. Disponível em:

<https://uol.unifor.br/oul/ObraBtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=91627#>. Acesso em: 14 set. 2020.

MORAES, Ricardo Quartim de. **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE**. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/51/204/ri/v51_n204_p269.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

MOREIRA, João Victor Duarte. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E EQUILÍBRIO ENTRE PODERES: UMA ANÁLISE DA CRISE INSTITUCIONAL BRASILEIRA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. 2019. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/42111/1/2019_dis_jvdmoreira.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **GARANTIAS DA MAGISTRATURA E INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO**. 2000. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/321/301>. Acesso em: 10 jun. 2020.

PAULA, Carolina Gattolin de. **A ATUAÇÃO DO STF NO PÓS-88: IMPACTO SOBRE O EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES**. 2014. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25022015-084230/pt-br.php>. Acesso em: 14 set. 2020.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **DIREITO CONSTITUCIONAL DESCOMPLICADO**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Disponível em: <https://morumbidireito.files.wordpress.com/2016/04/direito-constitucional-descomplicado-14c2aa-edic3a7c3a3o-2015.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

PINHEIRO, Victor Marcel. **O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO**. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/publication/o-stf-como-legislador-negativo/>. Acesso em: 24 mai. 2020.

RAK, Aline Cristina. **A MUTAÇÃO (IN) CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 126.292 SOB UM ENFOQUE DEMOCRÁTICO**. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) – Fundação Universidade Federal de Rondônia, UNIR - Campus Professor Francisco Gonçalves Quiles, Cacoal, 2016. Disponível em: <https://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1811/1/MONOGRRAFIA%20ALINE%20CRISTINA.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

REIS, Tiago. **WELFARE STATE: ENTENDA COMO FUNCIONA ESSA MEDIDA ECONÔMICA**. 2019. Disponível em: <https://www.sunoresearch.com.br/artigos/welfare/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O CONTRATO SOCIAL**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/o-contrato-social.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

SILVA, Bianca Cristina de Almeida e. SILVEIRA, Cleidiane Marcília. FERREIRA, Maria de Lara Ribeiro. **ANÁLISE CRÍTICA DA REPRESENTATIVIDADE DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO**. VirtuaJus. Revista de Direito, 2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/16732>. Acesso em: 17 set. 2020.

SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITOS CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3239/jos-afonso-da-silva-curso-de-direito-constitucional.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____, José Afonso da. **CURSO DE DIREITOS CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/37058652/Curso_de_Direito_Constitucional_Positivo_Jos_e_Afonso_da_Silva. Acesso em: 13 set. 2020.

SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge de. **OS LIMITES DA ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**. 2013. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6269/1/Lea%20Emile%20Maciel%20Jorge%20de%20Souza.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **FUNDAMENTOS DE DIREITO PÚBLICO**. 4ª ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009. Disponível em: <https://inalgebra1.files.wordpress.com/2013/08/sundfeld-carlos-ari-fundamentos-de-direito-pc3bablico.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Brasília, DF, 1976. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Plaqueta__O_Supremo_Tribunal_Federal__1976.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

TASSINARI, Clarissa. **JURISDIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16194498/jurisdicao-e-ativismo-judicial-limites-da-atuacao-do-judiciario-clarissa-tassina>. Acesso em: 24 set. 2020.

TATE, Chester Neal. VALLINDER, Torbjörn. **THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER**. New York: New York University Press, 1995. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=5PagBwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 18 set. 2020.

TOFFOLI, José Antonio Dias. **30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA-DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E INSTITUIÇÕES**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982393/>. Acesso em: 24 abr. 2020.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A CONSTITUIÇÃO DE 1988, VINTE ANOS DEPOIS: SUPREMA CORTE E ATIVISMO JUDICIAL “À BRASILEIRA”**. Revista Direito GV, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. **EM QUE CONSISTEM E QUAIS SÃO AS “GERAÇÕES” DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?**. 2019 Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 30 ago. 2020.