



ATIVISMO JUDICIAL.  
PODER JUDICIÁRIO, LEGISLADOR POSITIVO

PAULO ISIDÓRO GONÇALVES

Brasília-DF

2010

PAULO ISIDÓRO GONÇALVES

ATIVISMO JUDICIAL.  
PODER JUDICIÁRIO, LEGISLADOR POSÍTIVO.

Trabalho de conclusão de curso, submetido ao Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso (NTCC) do curso de direito do Centro Universitário Euro-americano, como requisito obrigatório para a obtenção do grau de bacharelado.

Orientadora: Tatyana Maria Oliveira Prates Mota.

Brasília-DF

2010

## **RESUMO**

O presente trabalho de conclusão de curso tem por escopo tratar da implícita capacidade que tem o poder judiciário de zelar pela tutela jurisdicional, quando requerido, em especial dos direitos e garantias fundamentais, mesmo que, não haja naquele momento, expressa previsão legal que ampare o caso concreto. Fato que, indubitavelmente nos remete a questão da inércia legiferante, esta, em contrapartida, permite ao poder judiciário, pela sua competência de detentor do monopólio jurisdicional coadunado com o Estado Democrático de Direito, se traduza em um decisório que expresse segurança jurídica e supra a omissão legislativa.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> -----	6
<b>CAPÍTULO 1- ASPÉCTOS HISTÓRICOS DA TEORÍA DA SEPARAÇÃO DE PODERES</b> -----	8
1.1 - Princípios da Separação dos Poderes na Evolução Político Constitucional do Brasil -----	10
1.2 - Teorias da Tripartição de Funções na Constituição de 1988-----	11
1.3 - Legislativo, Executivo e Judiciário-----	15
1.4 - Poder Judiciário e a Omissão do Poder Legislativo-----	22
<b>CAPÍTULO 2- PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO</b> -----	25
2.1- A Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Fortalecimento do Poder Judiciário-----	31
2.2 - A Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais e a Atuação Judicial-----	33
2.3- Interpretação Conforme a Constituição e a Discricionariedade Judicial-----	34
2.4- Judicialização Política e Social na Atualidade-----	36
<b>CAPÍTULO 3- PRETÓRIO EXCELSO NORMATIZADOR: (Fidelidade Partidária, Limite da CPI, Cláusula de Barreira, Raposa Serra do Sol)</b> -----	41
3.1- Súmulas e Seus Efeitos Jurídicos. -----	46
3.2- Súmula Impeditiva de Recurso-----	47
3.3- Súmula Vinculante -----	48

3.4- Poder Judiciário e Sua Eficácia na Representação Indireta do Poder Constituinte Originário. -----	49
<b>CONCLUSÃO</b> -----	51
<b>BIBLIOGRAFIA</b> -----	52
<b>REFERÊNCIAS PRIMÁRIAS</b> -----	53

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fito relatar a questão da Separação dos Poderes na atualidade, fato que, como inicialmente proposto por Montesquieu, podendo então neste aspecto, ser vislumbrando como de caráter mais rígido. Contudo, a realidade social tem demonstrado que tamanha rigidez não comporta a característica evolutiva do direito como fator social, pois que, o não atuar de um poder tornou-se incapaz de permitir que uma solução jurídica fosse assegurada ao tutelado.

Nestes termos, o caráter evolutivo do direito demonstrou que desde o início de nossas Constituições houve fortes tendências a adoção da Teoria da Separação dos Poderes, assim, de modo gradativo veio sendo aperfeiçoada de acordo com a realidade social de cada momento, fato é que, a sociedade, o povo, detentores do poder constituinte originário dizem o direito, mesmo que ainda de forma latente, ou seja, quando já aparentemente esgotado seu poder nos representantes, expressa sua competência ilimitada no anseio de requer ao Legislativo providencias que se furtem a justiça privada, tutela esta que quando não atendida por vezes se tornava inexistente, assim o povo somente poderia ficar esperançoso.

Destarte, hodiernamente a realidade jurídica demonstra ainda ausência legiferante e até mesmo descrédito político, entretanto, de lado oposto fez nascer, da necessidade de amparo legalista, o fortalecimento do poder judiciário, que atualmente de forma aceitável e com vistas a preservar os Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão, inclusive em face de um Estado não atuante, um valor ativista, qual se perfaz na inexistência de amparo legislativo, onde desta forma as lides propostas ao Poder Judiciário se refletem em decisórios que alcançam as tutelas pretendidas pelas partes, observadas as questões de justiça ao caso concreto, cria-se então, no vaco legiferante, uma resposta até então inexistente.

Cuida-se aqui de uma aceitação, uma valoração do Poder Judiciário, qual merecedor de credibilidade social, como ocorre na atualidade, posto que, o povo ao requerer sua tutela já o faz vislumbrando a efetiva possibilidade de resposta, certo que, se lhe questionado a respeito da ofensa que separa os poderes, esta poderá ser dada como inaceitável, ao passo que um poder atuante, positivo, que permite constitucionalmente zelo efetivo pelos direitos

fundamentais, dentre estes, o de participar de um real Estado Democrático de Direito corroborador, nas mesmas condições, de um Estado de Direito.

Assim, o conteúdo do trabalho proposto nos remete a uma nova realidade social coadunado com o ordenamento jurídico, que, se por ventura ausente, não deixa de prestar a efetiva tutela requerida, indiferente seja prestada, implicitamente, por intermédio de súmulas, de entendimentos, mas que, se traduza no caráter jurídico social qual se amolda o direito em consonância com a evolução social.

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS HISTÓRICOS DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No século XVIII, o político, filósofo e escritor francês, Charles-Louis de Secondat ou como é conhecido em seus escritos, Charles de Montesquieu, em especial por sua grande obra “Do Espírito das Leis”, esta de imensa valia para estudiosos e operadores do direito, pois que, se consagrou neste escrito, o marco da Teoria da Separação de Funções Estatais.

A rigor esta Separação de Funções Estatais não se encontra inicialmente em Montesquieu. Contudo, as forças que lhe atribuíram esta inicialização fizeram seu livro mundialmente conhecido, mesmo que Aristóteles ( Política) tenha sido o marco inicial dessa teoria, mas que, em razão da instauração de longo período absolutista seu trabalho não foi admitido com ampla aceitação.

Teoria detalhada posteriormente por Jhon Locke ( Segundo Tratado do Governo Civil) que tendo também reconhecido funções distintas aos Poderes Estatais corrobora muito com sua importante obra. Deste modo, a teoria terminou efetivamente consagrada em Montesquieu, qual defendia em sua doutrina que as Funções Estatais deveriam ser atribuídas a poderes independentes e ainda com autonomia próprios, sendo que, uma vinculação intrínseca entre os poderes poderia alcançar a “perdição”. Desta forma, implicou que, normas genéricas deveriam ser criadas pelo Legislativo, ao Executivo seria-lhe cabível a concretude dos atos, enquanto que, ao terceiro poder seria cabível o poder de julgar. Nestes termos, consoante suas palavras: Montesquieu; verbis:

“ há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependam do direito civil.[...]Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinando ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último ‘ poder de julgar’, [...]”<sup>1</sup>

Porquanto, Montesquieu concebeu a técnica que se prestou a contenção do poder pelo próprio poder (checks and balances). Posto isso, como meio de limitar a atuação do

---

<sup>1</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret. (Reimpressão), 2010, p.165.



Estado. Porquanto, nenhum dos poderes poderia, ou teria condições de demandar ao arbítrio ou caprichos próprios, já que os poderes estariam limitados a sua essencial função estatal que, se distante desta, desvirtuaria sua razão de ser.

Tamanha importância do tema, Divisão de Funções Estatais, que em 17 de julho de 1789, com a Revolução Francesa, que perpetuando o seu lema revolucionário: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Trouxe em seu texto, o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, expressamente, que não teria Constituição a sociedade que não assegurasse a Separação de Poderes, pois, constitui-se em técnica de extrema relevância para que sejam garantidos os Direitos do Homem e do Cidadão.

Canotilho e Vidal Moreira cuidam do princípio da Lealdade Constitucional, segundo qual:

“compreende duas vertentes, uma positiva e outra negativa. A primeira consiste em que diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atrito possível. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional. De abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num sentido da responsabilidade do Estado (statesmanship)”.<sup>2</sup>

De maneira que, ainda hoje, mas, com previsões muito antigas, datadas de séculos anteriores e discursadas nos movimentos emancipacionistas do processo da história política, dentre estes, presentes nos ideais das Revoluções Francesas e Inglesas, o ideal de Divisão de Poderes Estatais, que permanece como Cláusula Pétreia em nosso ordenamento jurídico com previsão de vedação a qualquer emenda que tenha singela tendência a abolí-la. Portanto, qualquer proposta a minimizar tal condição será eivada de vício. Hodiernamente tem valor irreduzível e para tanto garantidor dos Direitos Fundamentais, que por sua vez são limitadores da atuação arbitrária estatal.

Assim, nos ditames do doutrinador Alexandre de Moraes:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos esses temas são de tal modo ligados que a

---

<sup>2</sup> MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 374.

derrocada de um , fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.<sup>3</sup>

## **1.1-Princípios da Separação dos Poderes na Evolução Político Constitucional do Brasil**

A Evolução Político Constitucional do Brasil buscou a aplicação do princípio teórico sugerido por Montesquieu, de forma que tentou zelar pela Separação dos Poderes; Mas que, inicialmente, ocorreu através de Capitânicas Hereditárias, onde foram feitas doações de porções de terras àquele escolhido para residir no Brasil, com fito de implantar seu modelo governamental e povoador. Contudo, em virtude das distâncias, dificuldades comerciais e a qualidades das terras recebidas nem todas as capitânicas prosperaram.

Deste modo, prevalecia ainda um governo monárquico, mas indubitavelmente seria desmerecedor ao direito, o não reconhecimento de que, desde então, já houvera uma previsibilidade necessária e uma, ainda que mínima, mas tendenciosa, idéia com vistas a almejar a Divisão de Funções Estatais, mesmo ainda que naquele momento a arbitrariedade e ausência de impessoalidade fossem fatores determinantes para o não alcance nos termos idealizados por Montesquieu.

Posto isso, o Princípio da Divisão dos Poderes foi adotado na modalidade quadripartite, compondo então os poderes do Estado. O Legislativo (composto pelo senado e câmara, esta eletiva indireta, censitária e temporária, aquele vitalício); O Judiciário (este já o era independente, mas compostos por juizes e jurados); O Executivo (de competência dos ministros de Estado, mas que também era de controle do imperador); O Moderador, (este usado para velar pelos demais poderes, assim era de exercício privativo do imperador este de extrema decorrência da anomalia absolutista).

Posteriormente, já na fase monárquica e com a conseqüente “vinda” da Família Real para o Brasil, Rio de Janeiro, houve também a necessidade de organizar a vida particular da nobreza e de mesmo teor a vida administrativa estatal, buscando não somente centralizar a atuação governamental, mas ainda, criar plexos que pudessem auxiliar no desenvolvimento do poder administrativo e fazer presente a atuação do Estado. Que veio a ser efetivado com os

---

<sup>3</sup> MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p.378.

republicanos onde, historicamente a primeira afirmação Constitucional da República Brasileira foi efetivada através do decreto n. 1 de 15.11.1889. Que agora, o Brasil organizado em Federação, surge os Estados Unidos do Brasil. No entanto, somente mais tarde, veio a romper com aquela divisão quadripartite vigorada no Império e inspirada por Benjamin Constant. Desta forma estabeleceu como órgãos da soberania nacional, o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário harmônicos e independentes entre si.

O Princípio da Separação dos Poderes permaneceu na Constituição de 1934, onde somente prescreveu que os poderes deveriam ser coordenados entre si. Já na Constituição de 1946, artigo 36 zelou-se pelo texto atualmente expresso, prescrevendo que; “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si” e de mesmo teor prevaleceu na constituição de 1967 e até hoje como princípio informador pétreo que estabelece vedação a qualquer forma de deliberação que tenda a abolí-lo e de mesmo modo, constitui limitação ao poder e garantia aos direitos fundamentais.

## **1.2- Teoria da Tripartição de Funções na Constituição de 1988**

A Revolução Francesa 1789, com ideais de Igualdade, Liberdade e Fraternidade trouxe em sua vitoriosa luta um norte aos Estados nos quais vigoram especialmente a democracia, buscando assim instalar a prevalência dos Direitos Fundamentais. De tal sorte que, com a proclamação dos Direitos Fundamentais, vieram conjuntamente ao seu texto legal 17 artigos que dentre estes aquele que reflete uma das fontes da tripartição de funções, porquanto, em seu artigo 16, é expressa em declarar; verbis: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a Separação dos Poderes não tem Constituição”<sup>4</sup>

Seu aparente radicalismo textual reduz a mais singela verdade sobre como se conceitua uma constituição em seu aspecto democrático, posto que, não há que se falar em Constituição se esta não se lhe impõe uma justiça na Separação de Funções Estatais.

Nos termos do artigo 2º da Constituição Federal de 1988, o Princípio da Separação de Poderes, este que, doutrinariamente e jurisprudencialmente pode ser também melhor concebido como Princípio Da Separação De Funções Estatais, ao passo que o poder é uno e indivisível; Sendo o que se almeja é a confiança de cada uma das funções estatais a órgão

---

<sup>4</sup> Declaração Dos Direitos Do homem E Do Cidadão, 1789, artigo 16.

diversos. Assim caracterizado como um princípio geral do Direito Constitucional, o que o trás como fundamental a existência do Estado Democrático de Direito (participação política organizada do povo na res pública) este que é corolário indubitável do Poder Constituinte Originário, princípio inesgotável e organizador da soberania popular, que nos dizeres de Alexandre de morais; verbis “é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”<sup>5</sup>.

Destarte, ao que se traduz a democracia, onde legitimamente deve-se o governo ao povo, esta que coaduna com a limitação do poder estatal, faz-se então indissolúvel, e de modo intrínseco fortalece os direitos e garantias fundamentais; Porquanto, para que possa haver a materialização da democracia deve existir em sua essencialidade a participação popular, sempre que possível de maneira direta, e de modo reflexo a não prevalência de concentração de poderes nas mãos de um único governante ou classe dominante.

O Sistema de Freios e Contrapesos ou “checks and balances” (controle do poder pelo poder) é conseqüente garantia do princípio republicano, porque a equivalência de poder independe das funções estatais, transparecendo a garantia imediata que resulta na segurança jurídica e implicitamente traduz a efetiva garantia de que não prevalecerão abusos ou desvios, nem se permitirão tentativas de frustrar a ordem jurídica que foi estabelecida pelo Poder Constituinte Originário.

Hodiernamente prevista de forma expressa como limitações materiais “explícitas”, as Cláusulas Pétreas, doutrinariamente conceituadas de modo que seriam aquelas impossibilitadas de alterações, possuidoras de núcleo intangível, pelo poder constituinte reformador. Pois que, se tal fato vir a acontecer criar-se-ia uma ruptura em todo o Sistema Constitucional, qual cercearia o Estado Democrático de Direito, inexistindo com a razão de ser da própria república. Ao passo que, nos termos doutrinários de Jose Afonso da Silva.

“não se trata de simples limitação implícita, mas de limitação que encontra no texto constitucional seus fundamentos, tanto quanto a encontraria se a limitação fosse expressa (...) basta que, a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente.”<sup>6</sup>

Nestes termos, a Constituição Federal da República de 1988, verbis, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”<sup>7</sup>. O princípio da Separação de Poderes não segue mais o rigor trazido por Montesquieu,

<sup>5</sup> MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p.21

<sup>6</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.112

<sup>7</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 2º.

porquanto, o fator social que vive o direito atual importa diretamente nas relações entre o Estado e Povo, de modo que, com a evolução estatal para um modelo de governo gerencial, fez com que, conseqüentemente, houvesse uma mitigação nas funções estatais, tal que se fala muito em funções típicas, estas que são a regra imposta pela Constituição de 1988 e funções atípicas, estas como caráter excepcional. Ao que tange aos poderes estatais.

Assim esta forma típica e atípica de exercício de poder pode ser conceituada como “interpenetração de poderes”<sup>8</sup>.

Dessa forma, quando a Constituição trás expressamente em seu texto a independência dos poderes, tem o escopo de zelar pela autonomia de cada poder de maneira que, quaisquer deles prescindam de autorização ou consulta aos demais. Para que haja investidura em determinado poder não se tenha que buscar a vontade do outro, regendo-se assim a plena liberdade de atuação. Contudo devem observar certamente as regras e disposições constitucionais, bem como suas limitações, pois, como bem nos remete o douto Celso Antonio Bandeira de Mello: verbis; “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade \_\_ internos ao setor público \_\_, não se encontram a livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis”<sup>9</sup>.

A harmonia entre os poderes se deve ao respeito recíproco, porquanto todos os poderes são dirigidos a finalidades comuns, quais sejam, o interesse público, a preservação da ordem democrática. Logo, deve se observar um Sistema Cortez, com observância às prerrogativas que são estabelecidas entre si.

A independência entre os poderes tem o escopo de evitar abusos ou arbítrios, mas que, de acordo com a ordem democrática, interesse, também, majoritário do próprio Estado Democrático de Direito, é necessário abster-se de qualquer teoria que reluz na independência absoluta, e ao contrário disto, de todo modo tentar buscar, vislumbrar, o sistema ‘checks and balances’, este que busca o real equilíbrio pelo interesse público e corrobora como um dos pilares necessários ao processo de preservação da democracia. Tornando os poderes estabelecidos pelas funções estatais necessários a complementarem entre si como meio de garantir a ordem estatal.

---

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 2007, p. 38.

<sup>9</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

O artigo 60 § 4º, III- retomando às Limitações Constitucionais Materiais Explícitas no sentido de que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir - a separação dos Poderes”<sup>10</sup>

Indiscutivelmente, esta como Cláusula Pétrea, por consequência da intangibilidade de seu núcleo, não pode sequer ser objeto de projeto ou processo legislativo que de forma sensível tenda a minorar seus efeitos jurídicos, transporta em seu corpo um garantia fundamental ao ponto de se caracterizar como limitação ao poder estatal com vista a preservação dos Direitos e Garantias Fundamentais.

De acordo com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais somente estariam sujeitos ao Poder Constituinte Originário que indiscutivelmente é incondicionado, e na sua característica mais pura de ser, ou seja, em seu caráter revolucionário, não se submeteria a qualquer condição imposta pelo ordenamento anterior. De maneira que, a expressão “tendente a abolir” deve ser observada em seu aspecto mais deverás protetivo, por tratar-se de núcleo essencial que disciplina Direitos e Princípios Constitucionais.

No entanto, sua intangibilidade não deve em sua literalidade ser vista como a “qualquer título”, pois, não há vedação Constitucional ou até mesmo social que se limite a impor consequentes alterações que venham a melhorar a qualidade protetora dos direitos e garantias previstos em nosso ordenamento maior, em especial, há que se permitirem alterações positivas, incluindo aspectos modernos ao que se busca em momentos contemporâneos que prevêm fatos como a Mutação Constitucional (processo informal de que modifica o significado da constituição sem alteração de seu texto) em busca do direito como fator social.

Ainda que certamente seja desafiado para os juriconsultos aproximar-se do núcleo ideal, este, situado entre a sua não ofensa e necessária alteração positiva, sem que se comprometa a tendência abolitória e ainda se preserve a evolução jurídica e social.

De modo que, não se prescreve como, se uma ‘bula’ fosse, a fórmula ideal de preservação pétrea desta cláusula em epígrafe, sorte que como nos serve de parâmetro o voto do ministro Sepúlveda Pertence na ADI 98 de 07/0801997, caso em que o Estado do Mato Grosso tendeu a criar uma nova fórmula de aposentaria aos desembargadores. Verbis:

“O princípio da separação e independência dos poderes, malgrado constitua uma dos signos distintivos fundamentais do Estado de Direito, não possui fórmula universal apriorística: a tripartição das funções estatais, entre três órgãos ou conjuntos diferenciados de órgãos, de um lado, e, tão importante quanto essa divisão funcional

---

<sup>10</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 60 § 4º, III.

básica, o equilíbrio entre os poderes, mediante o jogo recíproco de freios e contrapesos, presente ambos em todas elas, apresentam-se em cada formulação positiva do princípio com distintos caracteres e proporções.”<sup>11</sup>

Com isto, o poder conferido à assembléia constituinte estabeleceu, através do Princípio da Separação de Poderes, uma estrutura institucional com vistas a garantir a independência entre os poderes através da reciprocidade de controle para preservação do Estado Democrático de Direito.

### **1.3-Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário**

A moderna doutrina Constitucional explícita em seu texto alguns valores fundamentais que, de acordo com esta, marcariam as Constituições do Futuro, que neste caso estariam intimamente ligadas ao equilíbrio entre concepções, entendimentos (interpretações) modernos dominantes; Certamente, a priori referia-se a fatores sociais que uma vez conquistados enraízam a sociedade; Que por fim, tenderão a prevalecer e até mesmo a suportar uma nova ruptura Constitucional, sendo então capaz de permanecer latente junto ao Poder Constituinte Originário revolucionário e assim ser ‘recepionado’ pela nova ordem jurídica.

Neste aspecto de modernidade, o douto Marcelo Novelino, nos remonta a uns desses valores que seriam fundamentais ao Constitucionalismo do Futuro, onde esta a Continuidade da Constituição, verbis: “sem modificações, que destruam sua identidade ou causem uma ruptura na lógica de seu sistema, também deve ser um valor fundamental, tendo em vista os riscos de uma descontinuidade com todo o sistema precedente”.<sup>12</sup>

Não se trata, aqui, de mera referência anterior a conquistas políticas, mas também de avanços jurídicos devedores de serem garantidos futuramente. Mesmo que, para sua prevalência tenha dependido de plebiscito como o ocorrido em 1993, onde após um século da proclamação da república, através da lei 8624/1993, os cidadãos foram convocados a escolher a forma de Estado e Sistema de Governo, respectivamente (monarquia/república e parlamentarismo/presidencialismo). Assim prevaleceu como forma de Estado, a República e como Sistema de Governo, o Presidencialismo. Aquela se retrata ao modo de como ocorre a instituição do poder na sociedade, a relação entre governantes e governados, a singela

<sup>11</sup> STF- ADI 98, Mato Grosso- MT, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 07/08/1997.

<sup>12</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 61.

conceituação de república é originariamente coisa pública “do povo para o povo”. Onde a Constituição Federal de 1988, estabelece como princípio fundamental, verbis: “A República Federativa do Brasil (...)”.<sup>13</sup>

Mantém este termo como princípio fundamental da ordem constitucional. E de mesmo teor, o sistema presidencialismo de governo está intimamente ligado a como os poderes se relacionam, onde o chefe do executivo exerce as funções de chefe de Governo e chefe de Estado, fato que se entende por presidencialismo monocrático, em razão da concentração de mais de uma função nas mãos de uma pessoa.

Porquanto, a União organiza seus poderes com base no modelo proposto pelo artigo Art. 2º da constituição Federal de 1988, sendo: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.<sup>14</sup>

Destarte, a Constituição Federal de 1988, dispôs de modo ordenado os poderes estabelecidos em nosso ordenamento jurídico e com fito de zelar por sua independência repartiu entre eles suas respectivas funções, prerrogativas e imunidades; cada qual capaz de frear aquele que exorbite no exercício de sua função, expurgando os atos incompatíveis e contrários ao ordenamento jurídico. Sendo estas as funções: legisladora, administradora e jurisdicional, sempre exercidas de maneira a perpetuar o Estado Democrático de Direito.

Suas imunidades e prerrogativas devem ser vislumbradas a luz do Princípio da Igualdade, mas que, bem vistas de forma isonômica, faz decorrer das funções estatais que suas atribuições diversas e independentes, mas harmônicas, em virtude de tratamento diferenciado pela razão da Separação de Poderes, são verdadeiramente compatíveis à igualdade material que é consequência interpretativa lógica prestigiada pela própria Constituição Federal, visando a efetividade dos poderes republicanos e resguardando os Direitos Fundamentais, quais são condições “sine qua nom” ao Estado Democrático de Direito. Pois, quem exerce alguma de suas funções necessita de garantias Constitucionais para que possa atuar em conformidade com o interesse público, certo que cuida da gerência dos negócios estatais.

O Poder Legislativo, originário da idade média, com escopo de limitar a atuação real, inicialmente previsto como unicameral, que em verdade mais se assemelha aos Estados Unitários. Consequentemente, os Estados Federados tendem a adotar o sistema bicameral, no qual o legislativo se manifesta através de duas casas. Assim sendo em âmbito Federal, nosso sistema é bicameral, temos o Congresso Nacional que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, câmara baixa e câmara alta, onde nesta encontram-se representantes de

---

<sup>13</sup> Constituição Federal De 1988, artigo 1º.

<sup>14</sup> Constituição Federal De 1988, artigo 2º



todos os Estados Membros e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, com renovação a cada quatro anos, alternativamente, por um e dois terços o que é consagrador do equilíbrio entre as federações.

Onde a câmara dos deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada estado, território e no distrito federal, onde cada respectiva representação será proporcional a população.

Tipicamente o poder legislativo tem em si sua função legisladora e fiscalizadora, esta em virtude do princípio da representação popular, sendo que a fiscalização financeira e contábil recebe 'auxílio' externo do tribunal de contas. Atipicamente, tanto a câmara dos deputados como o senado federal exercem funções administrativas, pois que, seriam próprias do executivo, quando se organizam internamente.

Maior característica decorrente do princípio que Separa as Funções Estatais se encontra explicitado na imunidade que é consequência da sua impar função legisladora e fiscalizadora, pois, esta sim está intimamente ligada ao caráter democrático republicano brasileiro; Quando falamos em imunidade material, efetiva-se a possibilidade de excluir a responsabilidade civil e penal dos congressistas, por decorrência de suas palavras, votos e opiniões, ainda que haja pronúncia externa ao recinto de sua respectiva casa legislativa, desde que, por consequência do exercício de sua função parlamentar

A imunidade penal é causa excludente de tipicidade, assim se vir a existir denúncia deverá ser rejeitada, pois, o relator determinará o arquivamento dos autos. Importante ressaltar atual entendimento do STF, sendo: “a ofensa proferida em plenário de sua respectiva casa, independerá de elo com o mandato, será então afastada a responsabilidade civil e penal”.<sup>15</sup> Grifo.

A imunidade formal ou processual, não tem o condão de excluir o crime, mas preserva o parlamentar em relação a prisão cautelar em situação de crime afiançável ou sentença recorrível e em específico ao processo penal, desde a expedição do diploma, onde deve-se remeter os autos do processo a sua respectiva casa, para que por voto da maioria 'simples' resolva sobre a prisão. Consequência da imunidade processual e também em virtude da prerrogativa de foro, que de acordo com o respectivo nome, desde a expedição do mandato até seu termino, os deputados federais e senadores estarão sujeitos a processo criminal perante o Supremo Tribunal Federal, inclusive no que tange aos crimes dolosos contra a vida.

---

<sup>15</sup> STF- RE, AgR. 463.671, Relator. Min. Sepúlveda Pertence, 03/08/2007.

O poder executivo monocrático, que concentra atos de chefe de governo e chefe de Estado em uma só pessoa, retrato do nosso sistema de governo presidencialista. Consequência da política interna e suas relações exteriores. Em nosso sistema essas funções são confiadas ao Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. O poder executivo exerce sua função típica ao administrar a “res” pública, exercendo a execução das leis, decretos, regulamentos. E atipicamente atua ao editar medidas provisórias (artigo 62 CF, 1988).

O Presidente da república é eleito pelo sistema majoritário, pelo princípio da maioria absoluta, simultaneamente com o vice-presidente, dentre brasileiros natos, onde será considerado eleito o candidato registrado por partido político que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos. Aquele eleito terá um mandato de quatro anos e prestará um compromisso de defender e cumprir a constituição...

Em virtude do Princípio Constitucional da Separação de Funções Estatais, o chefe do executivo exerce prerrogativas e imunidades. Ao que se trata da imunidade formal tanto sobre o processo quanto sobre a prisão. Onde o Presidente da República somente poderá ser processado, seja por crime comum ou de responsabilidade, após admissibilidade pela Câmara dos Deputados, por maioria qualificada de dois terços dos votos; Assim a prisão não poderá ocorrer nas infrações penais comuns enquanto não sobrevier a sentença condenatória. Ressalta-se que o chefe do poder executivo não é dotado de imunidade material, o que lhe sujeita as responsabilidades civis e penais por suas palavras e votos inclusive no pleno exercício de suas funções.

A prerrogativa de foro do Presidente da República cuida dos crimes comuns onde será julgado de modo originário pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, nos crimes de responsabilidade o chefe do executivo será julgado perante o Senado Federal, que será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, ao que se refere as ações civis será processado perante o juízo comum; Quanto ao Poder Judiciário, de acordo com Montesquieu: “não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo (...). Se estiver ligado ao poder executivo, o juiz teria a força de um opressor”<sup>16</sup>.

Organizado na Constituição Federal de 1988 nos artigos 92 a 126, a função jurisdicional completa o ciclo de Funções Estatais, que desempenhadas pelo Judiciário, têm-se a jurisdição como uma, como o poder que cabe ao Estado de fazer atuar, em regra, na concretude do direito existente que disciplinara a situação jurídica; E na competência tem-se a medida da jurisdição. A divisão da estrutura judiciária é consistente apenas em uma repartição

---

<sup>16</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret. (Reimpressão), 2010, pg.166.

de competência para fins de melhor atender as demandas litigiosas, quais se formam através de uma pretensão resistida. Nestes termos, Humberto Theodoro Junior, verbis; “como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, uma. Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do poder judiciário”<sup>17</sup>.

Como poder autônomo e independente, o judiciário tem importância singular no Estado de Direito, ao passo que almeja preservar o ordenamento jurídico e em especial resguardar a legalidade e igualdade como caracteres essenciais a república.

A jurisdição é atualmente vista como monopólio do poder judiciário, certamente que, neste aspecto existem mitigações, mas, em verdade estas têm o fito de se adequar ao princípio da celeridade, imposto como garantia fundamental, ao ponto que a própria Constituição exige em seu texto uma razoável duração do processo, “in verbis”: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”<sup>18</sup>.

Para tanto o poder judiciário se divide em órgãos jurisdicionais; Cita-se neste caso: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Estabelecendo assim a ordem judiciária brasileira.

Todavia, não há que se falar em monopólio judiciário sem que haja previsões ao controle jurisdicional, tal como ocorre por expressa previsão constitucional, verbis; “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>19</sup>; Conhecido pelo Princípio da Proteção Judiciária, ou Inafastabilidade do Poder Judiciário, sem receio é caracterizador de garantia constitucional ao que tange os direitos subjetivos do homem. Que nos dizeres do douto José Afonso Da Silva:

“fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa (...)”<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg178.

<sup>18</sup> Constituição Federal De 1988, artigo 5º inciso LXXVIII.

<sup>19</sup> Constituição Federal De 1988, artigo 5º inciso XXXV

<sup>20</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 430.

Assim, não se poderia compor esse rol exemplificativo o direito de ação e defesa como consequência da Inafastabilidade do Poder Judiciário, sendo que é garantia da plenitude de defesa poder ir a juízo ou defender-se de pretensões alheias, pois, nos termos da Constituição Federal. Verbis; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”<sup>21</sup>

Ao que se almeja dos órgãos jurisdicionais é importante ressaltar a respeito do Conselho Nacional de Justiça, que com a advento da emenda constitucional 45 de 2004, passou a compor os órgãos jurisdicionais, inicialmente e de modo errôneo foi visto como meio de controle externo ao poder judiciário, certamente inadmissível em um Estado Democrático de Direito onde se previu o Princípio da Separação de Poderes. Mas, atualmente não há que se destoar a respeito da sua função administrativa e financeira exercida sobre o poder judiciário, com vistas aos deveres funcionais dos magistrados, além de outras atribuições previstas em mesmo teor.

A independência do poder judiciário em relação aos demais poderes esta intimamente ligada as suas garantias institucionais, as quais com o advento da nova ordem constitucional de 1988, qual veio a fortalecer esta instituição com objeto de garantir não tão somente a independência, mas também, a imparcialidade. O que pode ser averiguado sob o enfoque de autonomia do poder judiciário. Que em caso constitui-se de autonomia orgânico-administrativa, pois, o fazem a eleger seus órgãos diretivos, elaborar seu regimento interno, dentre outras atribuições. De maneira geral cuidam de suas competências, estruturas e funcionamento.

Ainda naqueles termos, possuem autonomia financeira, ao ser lhe dado atribuição para elaborar suas propostas orçamentárias, certamente se exige observância aos limites estabelecidos conjuntamente aos demais poderes. É de se observar que, em um Estado capitalista, esta autonomia financeira pode ser conceituada como essencial a real independência de uma Função Jurisdicional, posto que, não há falar em efetiva independência se em verdade os flagelos financeiros rondam uma instituição que tem o condão de assumir a relação processual das partes e dizer o direito, certamente se trataria aqui de vinculação financeira e não autonomia.

As garantias funcionais do poder judiciário não devem ser atribuídas como se privilégios fossem, porquanto, é meio necessário a assegurar a liberdade de suas funções de

---

<sup>21</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LV.

modo digno e imparcial. De maneira que Montesquieu já buscou a virtude pela imparcialidade em seu relato singelo e certo de respeito, verbis: “Os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei”<sup>22</sup>.

Diante de termos moderados, na Modernidade Constitucional, não haverá mais porque falar de maneira tão rigorosa, fato que, não nos permite, nossa realidade social e democrática, qual comprovada por vultuosos ensinamentos jurisprudenciais, mas também, não deve nos limitar a compreensão de seus ensinamentos que direcionavam o poder judiciário a imparcialidade hodierna a qual presenciamos.

Tem-se na Vitaliciedade o nexa entre o titular do cargo e a função judicante qual exige permanência e certo grau de perpetuidade como consequências próprias da excelência em compor as lides de modo a abster-se de influências externas. De idêntico teor, mas com significância diversa, traduz a Inamovibilidade na permanência no local para onde foi designado, não podendo então sofrer transferências abruptas, o que diverge do interesse público condicionado, deste modo condiciona os magistrados a persistências alheias ou indecorosas e até mesmo as mais severas interferências políticas, as considerações a respeito da terceira garantia funcional dos magistrados, Irredutibilidade dos Subsídios pode ser observada de modo a compor a essência do funcionalismo estatal, posto que, não se reluz somente aos magistrados, no entanto, a estes é necessário observar também com o devido rigor, pois que, uma sensível redução poderá ser tida como influência externa e neste caso ferir-se-ia, mesmo que de modo sensível a Separação dos Poderes.

Quando nos referimos a vedações a atividade da magistratura, temos por objeto que se cuida de Garantias Indiretas decorrentes da própria imparcialidade requerida pela Separação de Poderes. Pois, as paixões que corrompem o homem, bem ou mal, estão também ligadas ao exercício de sua profissão, porque aquele que convive em meio às pessoas, não terá o mesmo discernimento imparcial que se espera de um julgador, qual seja, sem paixões daquele de quem se é próximo. O que deve ser valoroso, inclusive à pessoa que não tiver a oportunidade de ser julgado segundo “legis” por aquele que o conhece, porquanto, em direito falamos em suspeição e impedimento, resguarda-se tanto o amigo como o inimigo capital.

Ainda prescreve como Garantia Indireta: Receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo, dedicação a atividade político-partidária. Ambas, podem ser entendidas como necessidade de isenção judicante na busca pela imparcialidade política

---

<sup>22</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret. (Reimpressão), 2010, p. 170.

ou perseguições. Também não haveria que citar imparcialidade sem que se falasse do Princípio da Noventena Constitucional, onde se busca evitar o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual tenha se afastado o magistrado, antes de decorrido três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Aqui, mais uma vez o legislador busca preservar a lisura imparcial do poder judiciário a fim de evitar as paixões humanas que em regra mais ofendem a justiça do que a favorece.

## **1.4-Poder Judiciário e a Omissão do Poder legislativo**

A “inertia deliberandi”, notória, na ausência de legislação em determinados casos tornou-se previsível e até mesmo esperada em certas questões. Com o advento da Ordem Constitucional de 1988, grandes doutrinadores esclareceram sobre a Aplicabilidade das Normas Constitucionais, algumas com imediatividade, outras, no entanto, dependeriam de uma posterior regulamentação. Sobre a aplicabilidade das normas de eficácia plena, esta que, decorre da sua completude, pois, possuem todos os elementos e requisitos para sua imediata aplicação, ao caso, quando cuidamos dos Direitos e Garantias Fundamentais, não haverá muito que discursar neste tema.

No entanto, ao cuidarmos sobre a negligência do legislativo, a inatividade do legislador, há que iniciar no aspecto de que; Nem todas as normas possuem aplicabilidade imediata e a exemplo das normas de eficácia limitada \_\_nos termos da lei\_\_ imprescindível é a contribuição legisladora, esta, em regra, para a concretude de seus efeitos jurídicos, mas também, devemos observar a problemática que envolve a concretude da Constituição pelo legislador.

Diverso também não é o assunto ao tratarmos da mora do poder legislativo junto ao enfoque Constitucional ocorrido em virtude de um não fazer, considerando que em sua atividade legislativa este poder não está obrigado a editar leis, mas, certamente é o que o Poder Constituinte Originário espera, posto que, diante da necessidade de uma pessoa, a dignidade humana, pressupondo o Estado como detentor do ‘jus puniend’”, propicie uma legislação adequada para evitar o retorno à era da justiça privada e de modo indireto, assim poder substituir-se na sua impossibilidade de onipresença.

Por conseguinte, perante a efetiva ausência de normas regulamentadoras, o texto Constitucional disponibilizou, a caráter subjetivo, mecanismos de proteção aos direitos daqueles prejudicados ou ameaçados de sofrer prejuízos por decorrência da omissão do

legislador. Tanto que, se tem por expressa previsão legal o Mandado de Injunção, qual determinado no texto Constitucional com o seguinte teor: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.<sup>23</sup>

Constituiu-se remédio disponível a sanar o mal causado àqueles que tiveram seus direitos violados, doutrinadores chegam a ter esse rol como exemplificativo, onde seu objeto seria assegurar o exercício de qualquer direito ou liberdade Constitucional não regulamentada. Pois, sua finalidade é constituidora de garantir uma imediata aplicabilidade a norma inerte em sua regulamentação. Diante da celeuma em torno da amplitude do tema o Supremo Tribunal Federal tem mantido o entendimento de que ser-lhe-ia necessário adotar a interpretação extensiva, qual seja, sua aceitação diante de hipótese não prevista expressamente, mas que, seja envolvente de um direito fundamental.

“Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º LXXI, da constituição; legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, têm interesse comum na eficácia do artigo 192, par. 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais. II. mora legislativa: exigência e caracterização.”<sup>24</sup> Grifo.

Apesar da expressão disposta pelo Pretório Excelso, Mora Legislativa, deve ser entendida como tempo razoável entre a previsão e limite qual se espera de um poder transbordado de projetos de leis, pois que a Constituição Federal não estabelece prazos ao constituinte derivado.

Entretanto, diante do consoante não fazer, não tornar efetiva as atividades legiferantes, o Supremo Tribunal Federal, através de relator, Ministro Gilmar Mendes decidiu estabelecer como parâmetro em determinado caso prazo para que Congresso Nacional efetivasse a norma reclamada, prescrevendo que, não se tratara de imposição, mas, apenas de fixar razoável lapso temporal ao exercício de direitos. Para tanto, como se alcançaria a eficácia dada pelo pronunciamento da Corte Constitucional ao consideramos a Teoria da Separação dos Poderes. Inteligível nesse sentido votou o Ministro supramencionado, “in Verbis”:

“(…) voto no sentido de declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as

<sup>23</sup> Constituição Federal De1988, artigo 5º inciso LXXI

<sup>24</sup> STF-MI. 361 relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1706/1994.

providencias legislativas necessárias ao cumprimento de dever constitucional imposto pelo artigo 18, parágrafo 4º da Constituição Federal, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas de fixação de um parâmetro temporal razoável...”.<sup>25</sup>grifo.

Em desfavor do estado de incerteza causado pela “inertia deliberandi”, tem se Constitucional mecanismo decorrente da omissão portadora de inconstitucionalidade, pois que, houvera previsão Constitucional, mas, a ineficiência legiferante permitiu sua não ocorrência, que agora é merecedora de conceito inconstitucional. Já que, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) tem o escopo de defender a Ordem Constitucional Objetiva com prevalência da força normativa Constitucional com vista a tornar efetivas as medidas que se perpetuam por inércia legislativa.

Portanto, seu objeto é a própria Omissão Constitucional, que aqui é vislumbrada no poder legislativo. Por decorrência do próprio Texto Constitucional segue-se um rol de legitimados ativos (artigo 103 CF) e diretamente reflexa, em virtude do tema em questão, a legitimação passiva é atribuída às autoridades e órgãos responsáveis a sua inércia, em especial por consequência temática o legislativo.

Sequencialmente, não fosse a Atuação Positiva do Poder Judiciário, dizer-se-ia que, então, neste exato ponto seria a largada temerosa da possível ineficácia da decisão judicial, pois que, por consequência do artigo 2º, Constituição Federal 1988, a tutela jurídica não produziria segurança jurídica, considerando a Independência dos Poderes. Inverdade. Pois, se o fim desta ação é tornar efetiva norma Constitucional, preservar a Ordem Jurídica Constitucional.

Logo, a decisão do Pretório Excelso, tem caráter mandamental; fato que, em acordo com a legalidade, ao poder legislativo deve-se dar ciência para a adoção das providencias necessárias, certamente por virtude da oportunidade e conveniência em legislar. Mas, sendo objetiva a própria essência do Estado Democrático de Direito, fim da atuação dos poderes, de mesmo modo, a conseqüente evolução social prescindiria da estagnação de simples “ciência” ao poder legiferante ainda inerte, consolando o titular do direito prejudicado com razoáveis responsabilizações em perdas e danos e desta forma continuar a não prestar a devida função legisladora. Assim, a atuação judiciária, fortalecida em especial, no teor do voto já mencionado linhas acima, Ministro Gilmar Mendes, “não se trata de imposição, mas, de parâmetro razoável”.

---

<sup>25</sup> STF-ADI. 3682, relator Ministro Gilmar Mendes, 06/09/2007.



## CAPÍTULO II

### PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO

Perante uma análise aprofundada, consoante entendimento doutrinário, em corroboração com o interesse social referenciado sob a ótica ilimitada do Poder Constituinte Originário. O ordenamento jurídico deveria então ser desprovido de qualquer natureza prejudicial, absolutamente no que se alude aos direitos e garantias previstos na Ordem Constitucional.

Porquanto, a essencialidade do nosso ordenamento jurídico, como o é de fato, não necessitaria da especificidade isolada de uma lei para que seja regulamentada cada situação jurídica, pois que, quando fazemos alusão as fontes do direito nos deparamos com uma sequência de institutos já devidamente conceituados e tidos como fundamentais, quais visam amparar o direito nos casos em que exista uma suposta omissão legislativa, onde o requerente, em regra, já prejudicado em razão da mora “*deliberandi*”, busca sanar seu dano perante o poder judiciário.

De acordo com o Princípio da Inafastabilidade, o judiciário não pode abster-se de julgar, ocorrendo então uma maior relevância atribuída a esse poder, pois que, diante da ausência legislativa decorre um crescente aumento da discricionariedade desse poder quando da aplicação do direito ao caso concreto, que em regra encontra sua maior força nos Princípios Constitucionais, ao passo que a Constituição não é somente um conjunto de leis, tem-se em seu caráter abstrato uma normatividade aberta, um conjunto de princípios e regras com capacidade de efetivar seus comandos.

Quando-se observa a positiva e crescente evolução crédula no poder judiciário, vislumbra em seu todo uma atuação positiva, fator que, mais ainda predomina diante das negativas ou ausentes produções legislativas, quais a sociedade almeja, mas que, sequer são buscadas, por “aqueles” legisladores que estão no mandato e de mesmo modo chegam a alcançar os que entrarão no próximo mandato, conseqüentemente, se outrora houve referência a crença, agora cuida-se de descrença legislativa .

Entretanto, certamente por respeito a Separação Dos Poderes, o poder judiciário tem procurado se afastar ao máximo da atribuição que lhe é dada como legislador positivo. Tal como consta em julgados do Pretório Excelso, no voto do ministro Celso de Melo, qual cita o douto Gomes Canotilho, verbis:

“Não cabe, pois, ao Poder Judiciário, atuar na anomalia condição de legislador positivo, para se assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, são podem ser validamente definidos pelo parlamento” (J.J. Gomes Canotilho )

Seguindo em seu voto excelentíssimo ministro conclui:

“É que, se tal fosse possível, o poder judiciário, que não dispõe de função legislativa- passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes”<sup>26</sup>.

Não é por interesse, qual se pretenda a expurgação do princípio em questão. Contrariamente a isto, merece o devido respeito a composição da Ordem Constitucional e o voto do Excelentíssimo ministro Celso de Melo. Todavia, ao Estado Democrático de Direito, como garantidor dos direitos e garantias pertinentes não lhe é dado estagnar diante da evolução social a que vive o direito, que necessita abebedar-se nas Fontes Constitucionais existentes em acordo com as Normas Constitucionais, bem verdade que estas são garantias do citado processo evolucionar do direito.

Todavia ao cuidarmos do Pretório Excelso, que em sua inteireza é formado por uma composição híbrida, qual certa o é com escopo de manter seu caráter conservador, mas que contrariamente a isso, também é dotado de ministros que atendam o caráter inovador do direito, assim porque não, quando mais tratamos de equilíbrio em nosso tema, singular é de mesmo modo nossa Corte Constitucional, qual permite manter os padrões constitucionais moderados e de mesma proporção inovar em suas decisões atendendo o fator social do direito.

Entretanto, nem mesmo diante de seu aspecto diversificado, o Pretório Excelso expressamente ratifica sua Atuação Legislativa Positiva, pois, verdadeiramente se tal ocorresse concretizaria uma ruptura expressa da Ordem Constitucional, por afronta expressa a Separação das Funções Estatais. Consoante exposto em sua mais recente decisão qual traduz a negativa de atuação como legislador positivo. Verbis:

“EMENTAS: 1. RECURSO. Embargos de declaração. Inadmissibilidade. Embargos rejeitados. Precedente. Não é dado ao Judiciário atuar como legislador positivo. 2.

---

<sup>26</sup> STF-AI 344269, AgR-AgR/SP, relator Ministro Celso De Melo, 23/06/2009.

RECURSO. Embargos de declaração. Inadmissibilidade. Pretensão de alteração do teor decisório. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Embargos rejeitados. (...) <sup>27</sup>. grifo.

Independente da situação exposta, diante de inúmeros temas que inovam no mundo Constitucional, não nos é por bem dado atermos a fatos deveras abstratos, porém, nos prenderemos a Efetividade das Normas Constitucionais, qual é tema por demais relevante, pois, aquele que busca a tutela jurisdicional não lhe exige um nome ou prenome para que sua lide seja de justeza favorável, requer tão somente uma efetividade na busca pela justiça, mesmo que essa não venha de forma expressa ou não reconhecida, mas que satisfaça seu direito, sendo então por demais, bem vinda.

Hodiernamente, vive-se um período que perdura um respeitável lapso temporal democrático, destarte valores principiológicos como da Máxima Efetividade, ou se quiser, Interpretação Efetiva, no que tange aos direitos fundamentais são expostos ao modo mais favorável a concretude função socializadora almejada pelo direito, porquanto, por vezes, para que o poder judiciário possa garantir essa maior interpretação efetiva para alcançar ou preservar os direitos fundamentais, ora garantidores, ora limitadores, busca-se uma interpretação de maior amplitude, mas que seja favorável a eficiência da ordem democrática, qual deve ter como parâmetro certa presunção de liberdade em prol do cidadão, que facilmente pode ser inteligível através do brocado jurídico “in dúbio pro libertate”.

Contudo, a envolvência com o Direito Constitucional Contemporâneo, não nos permite afastar a emoção, porque não aludir a respeito do Princípio da Justeza. Ora deveras oportuno, pois, com sua ausência poder-se-ia gerar ocorrência de um vácuo de prejudicialidade imensurável. Portanto, nem somente quando cuidamos da Separação de Funções Estatais devemos direcionar todos nossos sentidos aos poderes em si, mas também, como em uma simetria vertical, necessário aplicar-se em conformidade com as atuações funcionais, no sentido de não ocorrências permissivas de que órgãos incumbidos na Interpretação Constitucional alcancem um resultado subvertido ou ate mesmo perturbador da esquemática organizatória funcional em seu aspecto constitucional, portanto, essa essência principiológica zela pela não ruptura estabelecida pela ordem constitucional, mesmo que visto em termos da atuação administrativa.

---

<sup>27</sup> STF, AgR.-ED 432460, Distrito Federal-DF, Embargos de Declaração, AG-REG, Recurso Extraordinário, relator Ministro Cezar Peluzo, 02/02/2010, 2ª turma.

Todavia, a inegável realidade positiva do poder judiciário, mesmo que em caráter teórico seja intrinsecamente implícito, é uma constante no mundo jurídico e seu acontecimento se traduz na lógica qual se deixa de fazer, poder legislativo, recorre-se ao judiciário; Que pelo seu princípio basilar da inafastabilidade, diz o direito que já a tempos é omissivo. Se este fato jurídico-positivo ocorre com maior frequência do que em tempos anteriores, vislumbra-se que de modo geral a população tem corroborado e confiado com maior intensidade nesse poder. Essa confiança depositada no poder judiciário é um reflexo do maior acesso a esse poder que hoje pode ser visto como real garantidor das normas pragmáticas, mas que também tem efetivas condições de fazer valer o direito quando da eficácia das normas programáticas.

Nestes termos, ao tratarmos de “população” não se almeja apenas a abordagem conceitual de cidadão, mas, como em verdade, de todos aqueles que compõem, mesmo que transitoriamente, a República Federativa do Brasil, dessa forma não há mais a necessidade de manter, mesmo que remotamente, o antigo brocardo jurídico ‘ o tribunal esta fechado para os pobres’, já que, hodierno, se tal provérbio prosperasse, falar-se-ia em, não democracia, pois, nem todos participariam da vontade estatal, que hoje, o povo latente em seu Poder Constituinte Originário, através de associações, sindicatos, classes ou qualquer outro meio de fortalecimento político, não somente participa dessa vontade política, mas também vontade que tem cunho social e porque não jurídico este em especial, que tem demonstrado sua segurança, mesma que faz transparecer a fortalecimento por interveniência da confiabilidade no judiciário.

Ora. Temas relevantes têm feito fluir, positivamente, para o fortalecimento do poder judiciário, dentre estes aquele que mais se destaca é o maior acesso e a própria atual facilidade de acesso ao poder judiciário, onde legislações como a 9.099/95, Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, em especial, os Juizados Especiais Cíveis, onde devem ser protocoladas causas de menor complexidade, foram efetivamente instituídos, tornando palpável a efetivo acesso ao poder judiciário, que em verdade é uma modalidade que acontece em respeito a um direito fundamental, seja, liberdade de acesso ao poder judiciário. Pois, quando direcionamos nossos valores no sentido de que nem todos podem custear um processo sem colocar em risco sua própria subsistência ou de sua família. E é essa efetividade de direitos fundamentais garantidos pelo judiciário que tem tornado “positivo” um órgão que tem caráter jurisdicional.

De mesma forma, a atuação positiva do judiciário, por vezes foi também reconhecida através da Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais, nestes termos, Marcelo Novelino, verbis;

“nos termos dessa concepção a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade”<sup>28</sup>.

Posto que, a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, em especial nas suas relações jurídico privadas, deve também ser observada, pois sua projeção deve ser de igual teor quando se refiram a particulares, porquanto seria de muito inoportuno que o poder judiciário afastasse ao amparo aqueles que necessitassem de proteção fundamental pelo simples fato que, cuida-se de relações particulares, quais atualmente é onde ocorre maior numero de violações aos direitos constitucionais.

Se desta forma ocorresse estaríamos diante de uma limitação constitucional que causaria uma desconformidade aos direitos fundamentais, porquanto, se fundamentais, o são ao homem, não a sua condição de servidor público ou funcionário particular. No mais, não há falar em somente limitações estatais, porque imposições constitucionais, em especial aquelas que cuidam dos direitos fundamentais, são aplicáveis a toda ordem social pela simples condição de ser humano, a contrario “sensu”, estaríamos diante de uma ofensa a dignidade da pessoa humana, tamanha ofensividade por decorrência de sua atribuição profissional, conseqüência legalista inspirada nos direitos humanos.

Ao cuidarmos da atuação positiva do poder judiciário e de maneira indireta da sua peculiar condição por seu conseqüente fortalecimento, tal não seria possível de houvesse uma abstenção, um não expressar a respeito da Interpretação Conforme a Constituição e concomitantemente cuidássemos do termo Mutaçãõ Constitucional, em virtude de suas intrínsecas ligações com a capacidade de aumentar a discricionariedade do poder judiciário.

Desta forma, ambos têm a capacidade de, não destoar o texto escrito, mas, de dar-lhe aplicação devida em conformidade com o anseio social e tornar eficaz um direito fundamental

---

<sup>28</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p.360.

através de uma interpretação que seja de acordo com o texto fundamental. De modo concreto, torna-se inviável o não reconhecimento de que a capacidade interpretativa com poder de dizer o direito é uma força inigualável, pois que, por decorrência do caráter abstrato das Normas Constitucionais, se inexistisse tal interpretação ou sequer ocorresse o termo Mutação Constitucional; Ambas sem alteração na letra da lei poder-se-ia ocorrer um engessamento da Constituição Federal.

Todavia, termos jurídicos como Judicialização Social ou Política também é de relevante valor contributivo para a atuação do poder judiciário como Legislador Positivo, pois, de fato questões que antes permaneciam no seio administrativo ou político, atualmente são levadas ao conhecimento do poder judiciário, que certamente não se afasta de julgar, temas esses que em sua maioria são dotados de muita relevância, a exemplo fidelidade partidária, verticalização, limite da CPI, cláusula de barreira, dentre outros.

De mesmo modo ocorre com a Judicialização social, porquanto, do implemento de maior acesso ao judiciário, como a exemplo da lei dos Juizados Especiais , já acima explicitada, onde ocorreu uma maior procura a tutela jurisdicional, temas antes não vislumbrados ou até mesmo de pequena relevância para o direito são levados ao poder judiciário para que satisfaça a pretensão Indubitavelmente, hoje, se se tem maior acesso ao poder judiciário e este é mais acessível a questões políticas, reflete-se então no ideal de sua força jurídica através de sua credibilidade.

Diante de argumentos jurídicos de grande monta e aparentemente intermináveis, não haveria de ausentar referencia ao poder judiciário como legislador positivo ao que tange as Súmulas, independente se seu caráter ser uniformizador, normatizador, impeditivo ou ate mesmo, mas não menos ou mais importante, vinculante. Pois que, essa pode ser talvez a maior causa de atribuição do poder judiciário, de um caráter legislador, ao passo que os tribunais superiores adotam entendimentos que por vezes massificam julgamentos de modo que determinados casos, quando se tratem de certa legislação, serão tratados através de entendimento já sumulados, seja, “antevendo” a lide o poder judiciário prevê objetivamente a forma como será julgada. É, aparentemente, sua maior demonstração de força legisladora através de “modéstia” vislumbração depositada na enorme quantidade de súmulas existentes.

Portanto, a atribuição formal ao poder judiciário de “legislador positivo”, deveras não é ao acaso, é por certo decorrência de um longo período de ineficiência legislativa do órgão competente, qual não poderia ensejar um abandono dos Direitos e Garantias

Fundamentais do cidadão. Deste modo, aqueles que não encontram amparo legal para satisfazer seu direito recorrem como ultima medida, ao judiciário, este que visa amparar a pretensão até então omissa e equivocada do poder legislativo que tende a ter-se como inerte, enquanto essa característica não lhe é intrínseca.

Assim, reconhecidamente, ou não pelo Pretório Excelso, impossível e inegável é a sapiência do poder constituinte que diante do caráter abstrato normativo da constituição iniciou e corroborou, mas que só efetivado em sua potencialidade por “mora deliberandi” do próprio legislativo, para a Eficácia dos Direitos Constitucionais através atuação judiciária, de modo que as novidades a busca pelo amparo do poder judiciário foi continuado por fatores sociais. Tal como nos remete o douto Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do direito: *verbis*

“onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor [...] e norma”<sup>29</sup> grifo.

## **2.1- A Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Fortalecimento do Poder Judiciário**

Direitos e garantias fundamentais é gênero, tendo como espécies os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, conforme o título II capítulo I CF/1988. Podendo ser conceituados como direitos fundamentais, os direitos humanos previstos em uma Constituição Estatal, por obvio, seu conteúdo poderá sofrer diversificações em virtude da realidade social de cada povo. Mas que, sua origem revolucionária (*droits fondamentaux*) francesa é decorrente da Declaração Dos Direitos Do Homem e Do Cidadão 1789.

Em termos fundamentais, são observados sobre a ótica defensiva ou garantista, como a de ter competência negativa, qual visa impor limitações aos poderes públicos a fim de evitar ingerências arbitrárias na esfera individual do cidadão. Ainda, mas de mesmo teor, implica em estabelecer uma ordem positiva de sua liberdade cidadã, podendo ser exercido de maneira a

---

<sup>29</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.65.

sanar omissões ou agir preventivamente para que sejam evitadas agressões aos direitos individuais e coletivos.

A classificação dos direitos fundamentais em gerações é vislumbrada para representar não somente as necessidades evolutivas da sociedade, mas também como modelo tornar efetivo, no plano jurídico, fatores sociais que precisam compor uma nova ordem social, mesmo que, no arcabouço do mesmo Texto Constitucional. Dessa forma a própria regra de aplicabilidade será inserida em consonância com a maior ou menor necessidade social; contudo acreditando que quando da programação de sua eficácia ter-se-ia a atuação legislativa.

O fortalecimento do poder judiciário através da Efetividade dos Direitos Fundamentais, esta intimamente conexa com a positividade de sua atuação ao suprimir omissões por vezes e vezes requeridas ao legislador, pois o caráter vinculante e obrigatório desses direitos quais se encontram espalhados pelo Texto Constitucional, chegam a ser sufocados por tamanha inércia legislativa. Tanto que sua ausência de operatividade prática nem sempre se traduz na realidade aceitável, assim termina por ocorrer ofensa direta a dignidade da pessoa humana.

Fato que, o poder judiciário, com a Constituição de 1988, tendeu desde então ao fortalecimento, pois que, um texto objetivo com caráter fundamental, com vistas a proteção do cidadão, coadunando para uma maior requisição ao poder judiciário, concretizada através da realidade material, na busca para assegurar seu Direitos e Garantias Fundamentais onde cidadão tem cada vez mais acessado ao poder judiciário para fazer valer a efetividade dos seus direitos pode ser entendida como real capacidade iniciadora.

A doutrina de Marcelo Novelino mais uma vez tem demonstrado seu caráter inovador, que por correto não seria de maneira diversa nesse tema fundante: verbis;

“Após a fase inicial de carência normativa, a obrigatoriedade e vinculação dos direitos acabaram reconhecidas, sendo atualmente consideradas normas positivas constitucionais. Operou-se o deslocamento da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da “reserva de lei dentro dos direitos fundamentais”. Hoje, além do reconhecimento como direito atual, isto é, com “força normativa independente do ato de transformação legislativa”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p.352



Não há de ser duvidoso que tem se agora, mais efetivamente que antes, que os direitos e garantias individuais devam ser aplicados de imediato, conforme expressa o texto constitucional de 1988, artigo 5º, § 1º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>31</sup>. Desta forma, sua não observância obrigatória enseja indubitavelmente almejar a tutela do poder judiciário, que nestes casos devera ser orientadora dos direitos fundamentais.

Seu caráter difuso não o torna absoluto, pois se assim ocorresse poderia atuar como protecionista diante de uma ilicitude, portanto há de falar em sua relatividade como direitos fundamentais, o que o torna limitado, pois diante de conflitos o julgador deve observar o Princípio da Harmonização, com vista a combinar harmoniosamente os bens jurídicos em conflito de maneira proporcional a sua finalidade. Correto que aqui, nestes termos descritos, mas uma vez invoca-se o poder judiciário para balancear, não expurgar, Direitos e Garantias Individuais, de modo que tamanha importância nesse contexto judicial é reflexiva de força e discricionariedade objetiva.

## **2.2 - A Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais e a Atuação Judicial**

Regra, os Direitos e Garantias Fundamentais são utilizáveis para conter a atuação estatal perante particulares ou efetivarem-se quando impedidos, assim é conhecida a Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais. Contudo, ao nos referirmos a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, vislumbramos a ocorrência de afrontas a esses direitos não somente praticadas pelo Estado, mas também ocorridas por particulares, quais diante de inúmeras violações constitucionais, houve-se por necessidade estender a incidência destes direitos às relações privadas. Conforme o entendimento do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes: verbis:

“Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho preocupação de, tão somente, ressaltar que o

---

<sup>31</sup> Constituição Federal De 1988, artigo 5º §1º

Supremo Tribunal federal j possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada a aplicação desses direitos às relações privadas<sup>32</sup>.

O poder judiciário, por sua competente inércia, necessita de demanda para que possa tornar efetiva essa tutela específica, que uma vez iniciada, independerá de legislação intrínseca ao caso para que seja prestada a devida tutela, pois que, aqui cuida-se de normas que definem o caráter fundamental dos direitos do homem, que em sua maioria horizontal é aplicada aos casos em que se busca a igualdade de direitos ou senão o devido processo legal nas relações privadas.

Princípios estes que, diante de um lide, qual almeja-se a prevalência da autonomia das vontades, atua o poder judiciário como ponderador dos princípios a serem aplicáveis, que “in casu” por tratar-se de Normas Fundamentais terão oportunamente maior relevância através da ação positiva do poder judiciário. Contudo, no caso de ponderação não há que falar em expurgação de princípios, mas tão somente em uma afastabilidade momentânea ao caso concreto.

## **2.3-Interpretação Conforme a Constituição e Discricionariedade Judicial**

O constitucionalismo se relaciona de forma intrínseca a um conjunto de regras codificadas, que deveras estejam elencadas de modo sistêmico tornando sua essência positivada em um texto, do qual sua forma será escrita, porquanto, assim será basilar para que o modelo constitucionalista torne-se estabilizante nas relações sociais e de mesmo modo obtenha a segurança jurídica.

Fatores demasiadamente imprescindíveis para só e somente desta maneira poder-se-ia então refletir ao que tange a Supremacia Constitucional, onde, para que haja tal, deve se observar por um modelo rígido, qual sob o ponto de vista da norma fundante, poderíamos então citar que; Uma violação por não legislar, traduz-se em uma concreta inconstitucionalidade. Portanto, que feri o dever constitucional supremo delimitador e

---

<sup>32</sup> STF-RE 201819/RJ Rio De Janeiro, Recurso Extraordinário, Relatora Ministra Ellen Gracie, 11/10/2005, segunda turma

estipulador das funções estatais. Diante de notório flagrante omissivo legiferante requer-se mais uma vez a quem de direito para fazer cessar o não fazer através da tutela jurisdicional

Por decorrência óbvia da Supremacia Constitucional, a Interpretação Conforme a Constituição nos remete a presunção de constitucionalidade das leis quanto a sua existência ser de acordo com a lei fundamental. Tendo como paradigma a hermenêutica para a observância interpretativa da ordem jurídica com objeto de evitar que norma com significações diversas, mas compatíveis ao texto fundamental, prevaleça aquela que esteja em conformidade ao Texto Fundamental a fim de evitar que ocorram constantes declarações de inconstitucionalidades e expurgações legais do ordenamento jurídico, que se assim o fosse, poderia refletir na perda de credibilidade presuntiva legal.

Na Interpretação Conforme a Constituição, sendo de competência hermenêutica, cabe ao judiciário adequar o real sentido da norma jurídica em xeque, porquanto, pelo Princípio da Confiabilidade, certamente não se espera que o poder judiciário vá deturpar o real conteúdo normativo em razão de qualquer paixão política, nem tampouco contrariar o sentido literal da lei, deve-se contrariamente a isso não desprezar o fim social ou jurídico legal.

Entretanto, não prescinde de caráter duvidoso que uma maior atenção ao tema sob o aspecto sistemático de todo o contexto nos remonta a discricionariedade depositada no poder judiciário. Por isso é inviável o não reconhecimento de seu aspecto ativista que, desde a Constituição Federal de 1988 tornou-o forte, mas também capaz de atuar não somente verificando a legalidade dos atos praticados pelos demais poderes, mas, neste caso, sua valoração se estendeu para além, já que tem a possibilidade jurídica de, após, editada a lei, esta tornar-se eficaz no mundo jurídico, e se então, valores da nova realidade social derem sentidos diversos ao mesmo texto legal, invoca-se aquele que tem o condão de declarar a inconstitucionalidade desta lei, mas que não o fará, pois, em regra há a presunção de legalidade que milita em seu favor, no entanto, haverá uma atuação positiva no sentido de dar prevalência a uma interpretação onde o poder judiciário julgue conforme a constituição, ou seja, dentre aquelas interpretações que podem ser conforme, busca-se discricionariamente a mais conforme aos anseios jurídicos e sociais.

Mais ainda, falamos em discricionariedade positiva do poder judiciário quando nos atemos ao modelo de Interpretação Conforme Sem Redução de Texto; Neste caso a atuação do poder judiciário se traduz na expurgação, não da norma, mas da interpretação desta que

considera incompatível com o texto constitucional. Não é duvidosa a atitude judicial de manter atualizado o ordenamento legal, mas enaltecedora a capacidade que o tem de atuar na mais sensível oportunidade que lhe é dada pelo legislador. Que, aqui ocorre de modo que apenas reduz o alcance da norma eficaz mantendo íntegro a literalidade de seu texto.

O instrumento balizador da interpretação além de sistemático deve ser principiológico, porquanto, a Constituição como elemento de integração comunitária busca seu fim de conservar a unidade político jurídica, de sorte que ao cuidarmos de valores principiológicos, diretamente somos remetidos ao poder judiciário por sensível ligação, ainda, discricionária de ponderar princípios e aplicar a hermenêutica, por intermédio de uma atuação positiva.

## **2.4- Judicialização Política e Social na Atualidade**

Política e sociedade são conceitos intimamente interligados, sendo que, inafastáveis pela sua própria característica, aquela, em termos democráticos, é descendente material do poder constituinte originário aqui se traduz em sociedade, desta forma a política que como adotada em nossa lei fundamental, resulta de uma representação indireta da sociedade que escolhe diretamente seus representantes, mas quando do exercício do poder constituído, estes o efetivam de acordo com a ideologia popular neles representada.

Um maior número de processos judiciais envolvendo matérias políticas, estas que, antes eram tratadas no seio legislativo ou, no mais, em âmbito do poder executivo, hodiernamente, com contumaz volume é creditada frequentemente ao poder judiciário. Dessa forma, institui-se a questão da Judicialização da Política, porquanto, conteúdos como de praxe apresentados aos representantes do povo, onde quaisquer destes os presumam eivados de vícios ou ilegalidades, e visando não participar de um processo ilegítimo, ou até mesmo conteúdos que necessitam de maior eficácia por poderem ter reflexos polêmicos quais transidam varias esferas sociais, são levados a tutela jurisdicional para garantir que, como representantes do povo, somente participem de um processo legislativo justo e se de grande relevância que sejam chancelados pelo judiciário.

Logo, mesmo que tais casos sejam tratados em caráter de excepcionalidade, como a questão de controle preventivo das leis pelo judiciário onde um parlamentar envolvido em

determinado processo legislativo poderá impetrar mandado de segurança junto ao Pretório Excelso com fito de evitar que uma atividade processual legislativa coadunada de vício seja apreciada pela respectiva casa. Em síntese ocorre então o chamado controle preventivo do poder judiciário, que em regra deveria ser cuidado, não pelo judiciário, mas pela própria comissão legislativa responsável a avaliar a constitucionalidade da lei a ser elaborada.

Nestes termos, voto do ministro Sepúlveda Pertence:

“a viabilidade de o congressista impetrar mandado de segurança visando a impedir tramitação na casa a que pertença proposta de emendada que, em razão da matéria, a constituição veda sequer seja objeto de deliberação” (... ) cogita-se, no entanto, é fácil de entender, de hipótese excepcionalíssima de controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade das normas (... ).<sup>33</sup>

Ainda em fase inicial de um processo legislativo, na sua mais sensível competência legiferante, representantes do povo requerem ao poder judiciário uma atividade excepcional, pois que, em regra, somente haveria interferência desse poder depois de concluída a formação da lei, contudo, antevendo esse suposto impossível acontecimento, por ocorrência de algum vício, membros do parlamento, visando sanar a provável luta de longas fases para elaboração legislativa com escopo de legislar, que a “posteriori” essas mesmas leis seriam decretadas viciosas. Busca-se então ao judiciário, qual em caráter extrínseco ao seu cotidiano sana a referida mácula antes mesmo que essa componha o mundo jurídico.

A observação a ser cuidada neste aspecto se refere a confiabilidade social e dos próprios poderes, “in casu”, Legislativo, qual teria sua função de equilibrar e se agindo, reforçar, sua competência legiferante. Mas, recorre frequentemente ao poder judiciário, inerte, adormecido, entretanto, sempre ativo. Fazendo com que, diante de um processo que a princípio é de competência íntima do próprio legislador que, implicitamente cede a outro poder parcela de seu dever, isso ocorre quando em âmbito exclusivo de seu mister permite que outra força alheia a casa legisladora interfira na essência formadora de seu princípio mais institucional, qual seja, quando o poder judiciário agindo ativamente no processo intimamente legislativo. Certamente que não cuidamos aqui da implementação de um membro de outro poder investido na função legislativa, entretanto, cria-se mais oportunidade de intrusão ou

---

<sup>33</sup> STF- MS 23047, MC/DF Distrito Federal, Medida cautelar no Mandado de Segurança, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 11/02/1998, Pleno.

enfraquecer legislativo com, mais uma vez, em resposta ao Estado Democrático de Direito, consequente enaltecimento do poder judiciário.

O judicializar a política deve ser vislumbrado de modo mais amplo possível, sem radicalizar o conteúdo, pois que, de acordo com o proposto anteriormente, matérias que antes tinham efetivamente cunho político, hoje são rotineiramente discutidas em âmbito judicial. Contudo, não se deve enrijecer tal fato, que facilmente é notório na atualidade, pois, como esse se deve ter sempre como parâmetro legal razoável a própria Lei Fundamental, ou seja, ao Judicializar a Política deve-se ter como marco inicial, o respeito a integridade da própria Constituição, essencialmente que, o respeito as normas, Direitos e Deveres Fundamentais.

Em momento algum poderá ser afastado da legalidade política desenvolvida em caráter legislativo, ou seja, não há que falar em respeito Constitucional somente em casos quais hajam sido elaboradas as leis em aspecto formal e material, hodiernamente se exige da própria política uma atividade de estrita legalidade, como um aspecto de boa-fé objetiva que acontece antes, durante e após a elaboração das leis. E se esse aspecto de estrita legalidade requerer atenção, ou segurança jurídica haverá corroboração democrática daquele parlamentar que busca manter sua ideologia política mesmo que garantida em parcela a um judiciário observador dos reais direitos fundamentais.

Expandir a força judicial tornando a capaz de ser decisória nas questões políticas do poder legislativo, judicializar a política, aparentemente e perante determinadas situações, poder-se-ia aparentar que estaríamos diante de um provável poder absoluto, onde para que se pudesse elaborar lei, ou seja, praticar efetivamente a atividade que constitucionalmente lhe é devida, inicialmente, ser-se-ia forçado a que o Legislativo passasse seu processo pelo crivo do poder judiciário.

Entretanto, tamanho rigor não poderia merecer plausibilidade, pois, o que acontece é um agir em quando a própria câmara competente requer necessariamente garantia de integridade formal e material a Constituição Federal, desta forma, não há ruptura entre os poderes, nem tampouco violações de funções institucionais estabelecidas, mas, tão somente proteção judicial quando haja interesse maior de parlamentar ou da própria casa em tornar efetivo um processo legislativo adequado as normas fundamentais.

Também não há que falar em ausência de democracia ou democracia inadequada pela virtude de outro poder interferir em conteúdo intrínseco de outrem, pois, necessário

observar que todo o ordenamento jurídico tem sua origem na vontade do popular, portanto, o termo democracia esta representado não somente no caráter legiferante, mas, em toda ordem jurídica legitimamente constituída, que ‘in casu’, cuida-se, inclusive do acesso ao poder judiciário ocorrendo quando esse acesso seja almejado por outro poder, portanto sua legitimidade é consoante da mesma ordem democrática validada pelos representados, povo.

A atuação positiva do judiciário conforme sua intrínseca característica de ter em seu corpo jurídico capacidade de tornar a política, mecanismo até então puramente ideológico, com características passíveis de controle jurídico faz presente valores judiciais de notório positivismo social, qual deriva da opinião publica que por intermédio de inúmeras demonstrações de confiabilidade permitiu que houvesse intervenção jurídica em questões de cunho político, de forma que ate então, tem sabido o poder judiciário, compatibilizar tais questões sem que se rompesse com a separação de funções estatais ou sequer usurpação competência que não lhe é por fundamento constitucional.

O termo Judicialização social, somente poderia encontrar limites no próprio Poder Constituinte Originário, ao passo que, se todo o poder emana do povo ( CF 1988) uma maior interpretação em razão do próprio povo não há que ser contraria a sua característica evolutiva, mas, sim aceitável. O direito como fator social nos remete a era da atualização de entendimentos que sob este aspecto é modalidade interpretativa essencial as suas constante mutações. Deste modo, a garantia constitucional de acesso ao poder judiciário tem gerado uma grande demanda a sua tutela, pois com a maior acessibilidade, através de mecanismos judiciais que dão igualdade de acesso aos tribunais, resultou em uma maior procura a justiça ao caso concreto e nestes parâmetros, houve maior visualização judicial da sociedade quanto a esse poder.

Contudo, não se vislumbra aqui uma tutela perfeita, mas, tão somente que, com maior demanda judicial em torno de processos que antes eram até mesmo de cunho resolvíveis em âmbito da própria comunidade hoje são levados ao crivo do judiciário que procura, razoavelmente, aperfeiçoar-se para atender tais questões sociais, mesmo que aparente tenha pequena relevância se trata de questões sociais reflexas em Direitos Fundamentais, estes que, não tem maior ou menor importância, o são pela condição de ser fundamental a dignidade humana e, portanto merecedores de amparo jurídico já que este o exerce como monopólio. Exemplo, já citado é a lei 9099/95, qual através foi reflexa, não somente por consequência desta prestação jurisdicional a quem mais necessita, mas também por demais

demonstrações de razoáveis respostas sociais e políticas, quais quando requeridas a devida tutela judiciária foram por bem efetivadas, onde se comprovou a estabilidade das relações jurídicas e de mesmo teor transpareceu a segurança nas relações sociais a muito esperadas.

Consoante ensinamento de Ferdinand Lassalle, citado em José Afonso da Silva. “a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país, sendo a constituição real e efetiva, não passando a constituição escrita de uma “folha de papel”<sup>34</sup>.

O sentido jurídico sociológico que se dá ao escrito do douto citado se aproxima ao máximo da realidade atual, posto que, não se exime dos fatores reais de poder, defendidos pelo autor supra, o poder judiciário. Porquanto, o simples fato de se ter leis fundamentais regradoras de atos estatais ou expansivas de direitos e garantias fundamentais do cidadão, não as tornará Constituição, se fatores de poderio como o judiciário não estiver em consonância com a constante realidade social, qual demanda o direito.

Portanto, somente com uma atuação válida perante determinada sociedade poder-se-ia falar em termos constitucionais reais, já que, seu caráter garantidor e efetivador de direitos não se perderia no tempo, mas que contrario a isto caminharia juntamente com a evolução social, de modo a possibilitar maior participação popular, acesso e garantia de tutela através de poderes ativos como o é o judiciário.

---

<sup>34</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.p38.



## CAPÍTULO III

### **PRETÓRIO EXCELSO NORMATIZADOR (fidelidade partidária, limite da CPI, clausula de barreira, raposa serra do sol)**

O poder judiciário em sua função ímpar como detentor do monopólio jurisdicional na composição de conflitos e, portanto, detentor da capacidade de dizer o direito ao caso concreto, considerando seu caráter inerte, atua em caráter decisório. Entretanto, há necessidade de considerar que não raras às vezes existem regras pré determinadas a serem aplicadas ao caso concreto ainda a ser discutido judicialmente, a exemplo do que ocorre com as jurisprudências, que em regra literal não obriga, mas tende a prevalecer em torno de novas ações judiciais. Que nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano: “hodiernamente, porem tem um significado (...) consistindo no conjunto de reiteradas decisões dos tribunais sobre determinadas matérias (*rerum perpetuo similiter judicatorum auctoritas*) (...) é a complexa reunião de julgados”.<sup>35</sup>

Entretanto, como referido anteriormente o poder judiciário e em especial o Supremo Tribunal Federal não concordam de forma expressa sob a questão do novo rotulo de Legislador Positivo que lhe é dada, desta forma, quando questionado ou requerido expressamente com desejo de sanar omissos constitucionais é redundante em vários julgados no sentido de que não lhe é dada a competência legiferante. Mas, a contento social esta não é a realidade que permeia nossa sociedade, porque, de veras são as vezes que nos deparamos com situações antes insolúveis ao direito, mas que quando postas a tutela jurisdicional satisfazem a pretensão das partes sem premissa objetiva legal.

Ao que tange a normatização, inclusive de questões políticas, quais agora se, em regra, vultuosas são verdadeiramente submetidas ao crivo judicial, inegável que através desta Judicialização política, aproveita-se o Pretório Excelso para normatizar questões de anseio

---

<sup>35</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva 2006, p. 18.

eleitoreiro, quais certamente renomeia sua alta capacidade de modo a torna - lá ainda mais segura e quase sempre inquestionável, ou mesmo perpetuável até a vontade de uma nova ordem social.

Desta forma, normatizar inclui-se também a política, fatores essenciais como a Fidelidade Partidária tornaram-se modelo legalista para todos os partidos políticos, inicialmente ocorreu através do Tribunal Superior Eleitoral (Res. 22.610/2007) que, por discordâncias de alguns quanto a resolução editada que, em regra, não teria força de lei estrita, submeteu-se o pleito ao Supremo Tribunal Federal, que ratificando posteriormente se preocupou em destacar a questão que deriva do elo crédulo entre o povo e o representante na sua forma mais pura de democracia.

Como posto, ainda envolve toda uma ideologia partidária creditada no representante que a “posteriori” participa com frequência da famigerada “dança das cadeiras” com aparente desrespeito aos fundamentos constitucionais, rompendo ainda com o caráter ético-político ao qual se vinculou no momento do registro de sua candidatura. Nestes termos o douto ministro de Pretório Excelso, verbis: “Como a troca de partidos não é submetida ao crivo do eleitor, o novo vínculo de fidelidade partidária não recebe legitimidade democrática inequívoca para sua perpetuação e, assim, não há a transferência da vaga a nova sigla”.

E de mesmo modo a complementar seu voto, o ministro, Ricardo Lewandowski, verbis: “Se tal ordem fosse concedida como pleiteada, nos alteraríamos a vontade do eleitor, modificaríamos a vontade do último pleito, inclusive o número de cadeiras obtidas pelo partido original nas últimas eleições”.<sup>36</sup>

Destarte, não há que ser duvidoso o caráter normativo de uma questão, ainda que política, mas de enorme relevância, porquanto, tendia a driblar a democracia em sua forma mais pura de representada na soberania popular, mas que, as decisões tratadas pela Suprema Corte evidenciam, desde, então uma jurisprudência normativa no sentido de zelar pelo Estado Democrático de Direito.

Em termos que delimitam a atuação legislativa quando de apuração pelas comissões parlamentares de inquérito, o Supremo Tribunal Federal normatiza sua reserva de jurisdição, ou seja, por inércia legiferante há um positivismo necessário a atuação judicial, contudo, em

---

<sup>36</sup> STF-MS27938-DF, Distrito Federal, Mandado de Segurança, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 11/03/2010, Pleno.

situações que cabe ao poder legislativo atuar de forma a evitar ou “reprimir” atos ilícitos, o faz de forma reservada, não dispondo de amplos poderes para atuação, pois que, o poder judiciário estabelece parâmetros para que esse venha a efetivar sua atuação, isto como forma de preservar a jurisdição una.

Nestes termos é o voto do ministro Cesar Peluzo, “*verbis*”:

É entendimento firme e aturado desta corte, e unanime da doutrina, que, nos termos da constituição da Republica ( art.58 § 3º), as comissões parlamentares de inquérito têm todos os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, mas apenas esses, e nenhum além desses.<sup>37</sup>

Nestes termos, sua função normatizadora, não se esgota em apenas estabelecer modelos legalistas, mas também, cuida de zelo pelas suas prerrogativas, porquanto, certamente afastam questões como a ruptura da Separação de Poderes, pois que, não o seria sendo que as comissões parlamentares de inquérito são instituídas pela própria Constituição Federal, assim minimiza-se discrepâncias gritantes, mas ao mesmo tempo reza expressamente que o estabelecido nas normas constitucionais deve-se uma interpretação literal e porque não, restritiva.

Normatizando por intermédio de jurisprudências, o “Excelso” não se esgota tão em meras citações, que se a contento seriam por demais consideradas infinitas, posto isso, requer sejam aceitos tais tópicos como singela referencia a Vida Positiva da Suprema Corte, posto que sua inegável negativa de prestação positiva esta implicitamente espalhada pelo mundo jurídico através de decisões que formam fundamentais para determinar-lhe esta conceituação normativo-positiva.

Assim, mais uma vez prospera em nosso escrito uma questão de relevância para o mundo jurídico, trataremos agora da Cláusula de Barreira, que através de uma relação direta com os direitos fundamentais, quais nesse caso cuidam da soberania popular, *verbis*: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, (...)”.<sup>38</sup>

Dessa forma a cláusula de barreira vinha a limitar a atuação de partidos políticos de menor expressão, pois, ao se exigir um mínimo de votos ou coligar-se para que perdure sua

<sup>37</sup> STF-MS 27483, Ref. MC/DF, Distrito Federal, referendo em Medida Cautelar, MS, Relator Ministro Cesar Peluzo, 14/08/2008, Pleno.

<sup>38</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 14.

existência no congresso indubitavelmente cuidava-se de obstáculo a democracia, que assim diretamente repercutiria em todas as questões políticas que envolvessem o pluripartidarismo de modo a cercear as prerrogativas constitucionais soberanas e rompendo com as normas garantistas, “in casu”, prevista no parágrafo único do artigo 1º C.R 1988, implantando uma ditadura da maioria, cerceadora do pluripartidarismo, in verbis: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.<sup>39</sup>

Porquanto, a Cláusula de Barreira, teria como característica primordial o empobrecimento da democracia, pois que, o primitivo conceito de democracia não mais bem se amolda a realidade social, fato este que ficou caracterizado na questão suscitada, onde o voto do douto ministro Marco Aurélio tornou-se um referencial a ser marco histórico para aqueloutro que desejar cuidar da matéria que tenha por base a cidadania. Nestes termos esse voto traduz a democracia da seguinte forma:

“O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é de elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais. (...) Democracia que não legitima esse convívio não merece tal status, pois, na verdade, revela a face despótica da inflexibilidade, da intransigência, atributos que, normalmente afetos a regimes autoritários, acabam conduzindo à escravidão das minorias pela maioria”.<sup>40</sup>

Voto que, não somente normatizará mais uma questão, mas, certamente cuidará, como cuidou de um intróito no novo conceito de democracia, qual neste aspecto, expurga o ideal de que a maioria faz lei, pois se assim o permanecesse, repetimos então o teor do voto do douto ministro, seria “escravidão” e não democracia.

Nestes termos, com tão inovador voto, não haveria que temer qualquer prevalência da questão implantada, porquanto, a Cláusula de Barreira foi o mais perfeito exemplo de poder absoluto, porquanto, somente prevaleceriam os mais fortes, voltaríamos então a “época do cabresto” qual modernamente adaptada a uma realidade cruel de opressão implícita. Deste modo, não somente foi declarada, por unanimidade, a inconstitucionalidade de alguns

---

<sup>39</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 1º parágrafo único.

<sup>40</sup> STF-ADI 131DF/ Distrito Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Ministro Marco Aurélio, 07/01/2006, Pleno.

dispositivos relativos a lei 9096/1995, mas, findou por normatizar um novo conceito de democracia, de muito bom grado, referencial a questão Positivista do Poder Judiciário.

Como, de acordo com o tópico a ser tratado, normatizar, se refere aqui a questão de o poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de suas jurisprudências criarem parâmetros quais sejam causadores de entendimentos aplicáveis a questões que, se colocadas a tutela desse poder, já sejam enquadradas no mesmo teor já existente. Assim, não há falar em normatizar sem que se cuide da grande questão que repercutiu nacionalmente, onde envolvida por índios e produtores em lide por uma terra demarcada chamada “Raposa Serra Do Sol” no estado de Roraima. Não queremos tratar do aspecto concreto de justiça, que de indubitável relevância, pondera-se por necessidade de afunilamento.

Destarte, o voto do ministro Carlos Brito, impressiona com tamanha perícia proferida, porquanto, após longo tempo e grande repercussão a presente ação foi julgada parcialmente procedente, mas como esclarecido linhas acima, esse talvez já seja o fervor do que se pretendia enunciar dentro do que comporta sensivelmente o tema proposto, senão o for o de maior relevância jurídica, posto que. A decisão proferida pelo Pretório Excelso, não somente, materializou resolveu juridicamente a questão, mas também o que por vezes foi negado, qual seja seu caráter positivador, no sentido, julgo procedente, mas “de acordo com os incisos seguintes”; pois que, este fora o teor da decisão, que indubitavelmente tem postura de legislação qual vemos incontáveis vezes em qualquer texto legal, neste caso, carecedor apenas de um termo que expresse “Art.1º”, já que a presente decisão apenas consta de incisos, mas que, o aparente “erro” não expurga o caráter legislativo de 19 (dezenove) incisos. Merecedores de sua transcrição. “in Verbis”:

- I- O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (...) pode ser relativizado (...).
- II- O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento dos recursos hídricos e potenciais energéticos (...).
- III- O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais (...).
- IV- O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação (...).
- V- O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional (...).
- VI- A atuação das forças armadas e da policia federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada (...).
- VII- O usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos (...).

- VIII- O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes (...).
- IX- O Instituto Chico Mendes de conservação da biodiversidade responderá pela administração da área (...).
- X- O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitidos (...).
- XI- Devem ser admitidos o trânsito, o ingresso e a permanência de não índios (...).
- XII- O ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas (...).
- XIII- A cobrança de tarifas ou quantia de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas (...).
- XIV- As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento (...).
- XV- É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca (...).
- XVI- As terras sob ocupação e posse dos grupos ou comunidades indígenas (...) gozam de plena imunidade tributária (...).
- XVII- É vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas.
- XVIII- Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (...).
- XIX- É assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação (...).<sup>41</sup>

(termos grifados).

Portanto, em termos propostos, como ulterior referência, mas crédula de maior relevância aos termos aqui expressos, vislumbra-se evidentemente, não somente o aspecto normativo jurisprudencial de dizer o direito, mas também é possível uma concreta demonstração de atuação legiferante, mesmo que, em regra, ausente algum artigo, não há impedimento quanto a esta em termos legais; Que, mesmo compostos exclusivamente de incisos, hodiernamente é o amparo legalista resolutivo daquela lide que foi Positivada pelo poder judiciário.

### **3.1-Súmulas e seus Efeitos Jurídicos**

A Súmula, ou enunciado de súmula, pode ser melhor conceituada nos termos do processo civil, porquanto a aparente fuga do tema, não merece plausibilidade, porquanto, a unidade do direito permite abeberdar-se em todos os ramos, que ramificação o são por mera questão didática.

O enunciado de Súmula tem como característica primordial uniformizar julgados dos tribunais superiores dando maior eficácia a jurisprudência e deste modo evitar divergências. Nestes termos preceitua o douto Humberto Theodoro Junior: “a súmula não tem força de lei para os casos futuros, mas funciona, de acordo com o regimento interno do tribunal, como

---

<sup>41</sup> STF - Pet. 3388/RR- Roraima, Petição, Relator Ministro Carlos Brito, 19/03/2009, Pleno.

instrumento de dinamização dos julgamentos e valioso veículo de uniformização jurisprudencial (...)”.<sup>42</sup>

A relevância do enunciado de Súmula é primordial para o conteúdo do tema proposto, quando mais nos deparamos com enunciados que cada vez mais se tornam numerosos, neste contexto, cada tribunal superior tenta normatizar mais e mais questões relevantes. Não haverá que falar em engessamento dos temas sumulados, pois que, Súmula pós Súmula, ocorre uma espécie de atualização por aquele tribunal que a editou, procurando, ao mesmo tempo que, efetiva o cancelamento de uma, editar outra de teor adequado aos novos anseios jurídico-social.

Portanto, as Súmulas têm o condão de demonstrar o entendimento majoritário sobre determinado assunto relevante para aquele tribunal afim de que tenha maior publicidade determinado entendimento com fito de evitar que se criem divergências após a unificação de jurisprudências, certamente seu aspecto taxativo exprime sua capacidade normatizadora de positivação do poder judiciário.

### **3.2-Súmula Impeditiva de Recurso.**

Nos termos do parágrafo primeiro, artigo 518 do código de processo civil, verbis: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.<sup>43</sup>

Porquanto, as Súmulas, neste caso, carregam a nomenclatura de Impeditiva de Recurso, quais têm o condão de impedir que o Superior Tribunal de Justiça ou mesmo o Pretório Excelso, quando se, acaso o entendimento desses tribunais forem diversos daquele expressado nas razões do recurso, fato a ser avaliado pelo relator do presente recurso interposto, o recurso não seja submetido ao seu crivo pela dissonância com seu entendimento.

Questão merecedora do devido mérito divergencial doutrinário quanto a sua característica cerceadora de direitos. Contudo, o que se pretende aqui é seu caráter positivo, pois que, a Súmula Impeditiva de Recurso tem, por regra, a capacidade de limitar a atuação

---

<sup>42</sup> TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg.708.

<sup>43</sup> Código de Processo Civil, parágrafo primeiro, artigo 518.

das partes, sendo que, neste caso atua de modo a extremar ainda mais sua força legiferante, pois atuando positivamente requer sua observância e de modo diverso agora requer a não aceitação de um direito quando por desconformidade com o entendimento de determinado tribunal, que em verdade se reflete no caráter jurídico, mesmo no aspecto aparentemente negativo é positivadora sua atuação jurídica.

### **3.3- Súmula Vinculante**

Todas as Súmulas têm seu aspecto normatizador, contudo, a Súmula que impede os recursos que estejam em desconformidade com o entendimento dos tribunais é merecedora de mais atenção, pois que, tem uma força um pouco maior. Mas, não há dúvida quanto ao caráter fortalecedor do poder judiciário quando tratamos da Súmula Vinculante, que como proposto pela própria nomenclatura, vincula todos os tribunais e órgãos da administração pública, surgida com a emenda constitucional numero 45 de 2004 a qual se incorporou a constituição através do artigo 103-A.

Nestes termos: verbis:

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.<sup>44</sup>

Tamanha força, por certo, que dependerá da observância de alguns requisitos para sua aprovação, como maior quorum, retiradas decisões sobre matéria constitucional, publicação na imprensa oficial.

Com regime vinculante somente capaz de ser aplicado pela Suprema Corte Constitucional, que regulado pela lei 11.417/2006, tem como destinatários além de órgãos do poder judiciário, a administração pública direta e indireta em todas suas esferas de atuação, seu objeto se atém a validade, interpretação e eficácia daquelas normas que hajam sido causa

---

<sup>44</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 103-A.



de controvérsia qual tenha causado insegurança jurídica como consequência o acúmulo de processo sobre o tema.

Atrelado ao positivismo judicial o Enunciado de Súmula com Efeito Vinculante se deve a omissão legiferante em editar determinadas normas quais teriam grande relevância para o mundo jurídico e social. Assim, seu efeito vinculante engloba os aspectos legalistas como o caráter abstrato, geral e imperativo certo por seu cunho constitucional. Em regra os efeitos das Súmulas Vinculantes são não retroativo (*ex nunc*), entretanto, como um tipo de efeito abstrato que tem as leis esta Súmula poderá ter seus efeitos modificados com vista a transparecer a segurança jurídica necessária as relações existentes, seriam com chamados doutrinariamente de modulação dos efeitos temporais.

Isto posto, tem-se na característica sumulante, o exemplo mais vigorável de que o poder judiciário tende cada vez mais a se estabilizar e diretamente enrijecer suas decisões no sentido de que suas Súmulas, Impeditivas ou Vinculantes, normatizam cada vez mais questões de grande relevância no mundo jurídico, que se transcendem ao reflexo da sua atuação positiva.

Quando nos referimos às Emendas a Constituição de 1988 temos ao longo de mais de duas décadas evolutivas gradativamente, o total de 62 (sessenta e duas), enquanto que, ao tratarmos de Súmulas Vinculantes, desde sua regulamentação em 2006, já se somam o montante de 31(trinta e uma), logo, subentende-se que o caráter normativo do Pretório Excelso esta ainda mais relevante e mais ativo, posto que, o reflexo de sua credibilidade transmutada a partir da segurança jurídica passadas em suas decisões têm tido muita relevância e aceitação social.

### **3.4- Poder Judiciário e sua Eficácia na Representação Indireta do Poder Constituinte Originário.**

Partindo do pressuposto que a atuação legislativa a muito se tem por omissa e que o poder judiciário tem cotidianamente demonstrado seu lado jurídico positivo de forma aceitável a sociedade. Haveria que falar em uma prestação jurisdicional legiferante qual poderia ser vislumbrada implicitamente em suas decisões, quais em muitas vezes inovam no mundo jurídico, seja através de suas jurisprudências ou sumulas, que vinculam ou não.

Destarte, o que há muito tempo se almeja em um Estado Democrático de Direito, tem sido alcançado, mesmo que por via oblíqua, um modelo idealista do que deveria ser consequência da representação popular requerida pela democracia, que ocorre através de um órgão ainda não efetivamente legitimado por intermédio de sufrágio, mas, de forma indubitável desempenha seu mister com fito de solucionar as lides propostas e buscar os anseios da população necessitada por sua resposta justa, que somente então, se ampara na segurança desses decisórios ou até mesmo ocorre quando outro poder, ainda que omissivo em sua sensível função estatal, necessita do crivo judicial para efetivar a atuação política, assim tamanha prestação jurisdicional, nos remete ao raciocínio qual perfaz o aparente conceito de representação indireta popular.

Neste sentido, se houvesse vedação às inovações trazidas no seio do poder judiciário estaríamos diante de uma ruptura no fator social que tem o direito adaptável a sociedade, pois que, tais inovações são conseqüências “jus naturalista”, quais têm o Poder Constituinte Originário de participar da vida jurídica estatal. Assim, verbis: “os limites transcendentais são aqueles que, advindos de imperativos do direito natural, de valores éticos ou de uma consciência jurídica coletiva, impõem-se a vontade do Estado, demarcando sua esfera de intervenção”.<sup>45</sup>

Portanto, cuida-se de uma questão social com amparo em resultados positivos advindos de Direitos Fundamentais, porquanto, sua origem iniciadora se encontra na questão do acesso ao poder judiciário, que na ausência de leis que abarquem questões de interesse social, o poder judiciário age positivamente para sanar a estagnação social, com fito de minimizar os prejuízos causados e trazer a justiça social por intermédio de decisões que efetivamente se amoldam a segurança jurídica desse poder, cada vez mais confiável pela sociedade, sua atuação como legislador positivo tem sido o ideal, mesmo que ainda muito abstrato, de representação indireta popular, isto por decorrência natural da própria sociedade que nele credita a aceitação de seus decisórios.

---

<sup>45</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 75.

## CONCLUSÃO

Todo o explicitado até aqui é consequência lógica doutrinária fundada, em regra, no amparo de textos legais e entendimentos jurisprudenciais que assim coadunaram o com desenvolver dos fatos e inovações jurídicas demonstradas, quais tiveram como consequência essencial a demonstração de que um poder atuante, positivo, é fundamental a realidade social e de mesmo modo balancear o equilíbrio jurídico normativo, ainda que inexistente politicamente.

Por todo o exposto almejou-se retratar uma nova ordem jurídico social, qual seja capaz de atender os reais anseios sociais onde se permeia o direito aplicado ao caso concreto e aos casos de ausência legislativa, com fito de preservar a separação dos poderes e manter as lides propostas ao poder judiciário, sem que ausente qualquer segurança jurídica, evitando, de mesmo teor, uma ruptura na ordem constitucional.

Deste modo, a realidade jurídica tem demonstrado, por intermédio do princípio constitucional da publicidade, que as efetivas atuações do poder judiciário têm sido um exemplo de prestação estatal, pois que sua essência interpretativa corrobora para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, que se inexistente amparo infraconstitucional, não haverá inibição por decorrência da inafastabilidade do poder judiciário.

Portanto, com suas decisões que inovam no mundo jurídico tem-se dado origem a um novo rotulo, onde o poder judiciário venha ser taxado de legislador positivo, pois que com seus julgados diante a ausência de leis traduzem uma nova ordem social, qual quando questionada a este poder é expressamente negável, porquanto sua aceitação seria um reconhecer um potencial de rompimento com a separação de poderes. Deste modo, vislumbrou-se não apenas demonstrar o caráter positivo de suas decisões judiciais, mas também que, uma das consequências constitucionais democráticas e ter zelo pela minoria que se ausente de legislação, não lhe mais é dado ao Estado permitir que seus direitos fundamentais, que o são pela simples condição de “ser” humano não sejam passíveis de serem, ainda assim, tutelados.

## BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret. (Reimpressão), 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo: Malheiros, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 2007.

CANOTILHO, Jose Joaquin Gomes; Direito Constitucional e Teoria da Constituição; Almedina 2003.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva 2006.

LENZA, Pedro; Direito Constitucional Esquematizado; Saraiva 2010.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret. (Reimpressão), 2010.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

## FONTES PRIMÁRIAS

Constituição Federal de 1988, artigo 2º.

Declaração Dos Direitos Do homem E Do Cidadão, 1789, artigo 16.

STF- ADI 98, Mato Grosso- MT, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 07/08/1997.

STF- RE, AgR. 463.671, Relator. Min. Sepúlveda Pertence, 03/08/2007.

STF-MI. 361 relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1706/1994.

STF-ADI. 3682, relator Ministro Gilmar Mendes, 06/09/2007.

STF-AI 344269, AgR-AgR/SP, relator Ministro Celso De Melo, 23/06/2009.

STF, AgR.-ED 432460, Distrito Federal-DF, Embargos de Declaração, AG-REG, Recurso Extraordinário, relator Ministro Cezar Peluzo, 02/02/2010, 2º turma.

STF-RE 201819/RJ Rio De Janeiro, Recurso Extraordinário, Relatora Ministra Ellen Gracie, 11/10/2005, segunda turma

STF- MS 23047, MC/DF Distrito Federal, Medida cautelar no Mandado de Segurança, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 11/02/1998, Pleno.

STF-MS27938-DF, Distrito Federal, Mandado de Segurança, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 11/03/2010, Pleno.

STF-MS 27483, Ref. MC/DF, Distrito Federal, referendo em Medida Cautelar, MS, Relator Ministro Cezar Peluzo, 14/08/2008, Pleno.

Constituição Federal de 1988, artigo 14.

Constituição Federal de 1988, artigo 1º parágrafo único.

STF-ADI 131DF/ Distrito Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Ministro Marco Aurélio, 07/01/2006, Pleno.

Código de Processo Civil, parágrafo primeiro, artigo 518

STF - Pet. 3388/RR- Roraima, Petição, Relator Ministro Carlos Brito, 19/03/2009, Pleno.