



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

GABRIEL DA SILVA RIBEIRO DE MIRANDA

ATIVISMO JUDICIAL E PODER LEGISLATIVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Juiz de Fora - MG

2016

GABRIEL DA SILVA RIBEIRO DE MIRANDA

ATIVISMO JUDICIAL E PODER LEGISLATIVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Hermes Machado da Fonseca

**JUIZ DE FORA – MG
2016**

GABRIEL DA SILVA RIBEIRO DE MIRANDA

ATIVISMO JUDICIAL E PODER LEGISLATIVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Hermes Machado da Fonseca
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL DA SILVA RIBEIRO DE MIRANDA

Aluno

ATIVISMO JUDICIAL E PODER LEGISLATIVO.
SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

HERMES

LONGOTAVO

BOUOTO

Aprovada em 12/12/2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus. Agradeço a minha mãe. Agradeço a todos aqueles que me ajudaram direta ou indiretamente até o presente momento.

Ressalto para todos que a caminhada é longa, mas a cada passo que damos o sonho fica ainda mais próximo. E vamos avançando na estrada da vida e procurando a melhorar, mais e mais ...

Aquele que for capaz de perder
uma corrida, sem culpar os outros
pela sua derrota, tem grandes pos-
sibilidades de algum dia ser bem-
sucedido.

Napoleon Hill

Transportai um punhado de terra
todos os dias e fareis uma monta-
nha.

Confúcio

RESUMO

No direito constitucional contemporâneo está em voga o posicionamento que os magistrados no Brasil e ao redor do mundo vem adotando diante de determinados casos. Tal figura vem sendo denominada de ativismo judicial, sendo caracterizado por uma postura ativa dos juízes em dar maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais. Chama atenção o dado de que o ordenamento jurídico brasileiro está assentando no princípio da separação dos poderes, e a mencionada postura dos magistrados afrontaria a tal norma. Nesse sentido, o presente trabalho tem como escopo, em poucas páginas, analisar o ativismo judicial, relacionando o Poder Legislativo e responder se há ou não separação entre os poderes com a tendência representativa e contra-majoritária adotada pelo Poder judiciário, estando sempre pautada na boa doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Concluindo ser o mencionado fenômeno jurídico normal dentro de um sistema de pesos e contra freios.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial. Jurisdição Constitucional. Poder Legislativo. Separação dos Poderes

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ALGUMAS PALAVRAS ACERCA DA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO	10
2.1 Direitos e garantias uma distinção necessária	15
2.2 Reconhecendo o papel fundamental dos princípios	17
3 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ...	20
3.1 Ativismo judicial	22
3.2 Conceito e origem do ativismo judicial	23
4 PODER LEGISLATIVO	26
4.1 Origem	26
4.2 Previsão no ordenamento jurídico brasileiro	28
4.3 Poder Legislativo e sua composição	30
4.4 Eleitores brasileiros x Poder Legislativo: Crise de representatividade?	33
5 SEPARAÇÃO DOS PODERES	35
5.1 Principais teóricos	35
5.2 Alguns temas que demonstram a constante interação entre o Poder Judiciário com o Poder Legislativo	39
5.2.1 Judicialização da saúde	39
5.2.2 O intérprete máximo e o mito da palavra final	41
5.2.3 O Supremo Tribunal Federal e a afirmação do princípio da separação dos poderes	44
6 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

Com o evoluir da humanidade, podemos verificar que o Estado passou por várias alterações estruturais, filosóficas, sociais e culturais. Mas nenhuma dessas mudanças rompeu tanto com a forma de Estado quanto as ocorridas no século XVIII. Isso se deve ao fato de que no referido período, a Europa passou pelo chamado "período das revoluções".

A maioria dessas revoltas estavam alicerçadas no fato de que o rei detinha todo o poder nas suas mãos. Tal pensamento era fundado na primitiva ideia de que o monarca era o representante de deus na terra, logo o mesmo não podia cometer erros, fazendo surgir expressões célebres que refletem o referido contexto histórico como *suprema lex est* (a vontade do príncipe é a lei suprema), *the king can do no wrong* (o rei não erra) e a frase de Luís XIV: *l'État c'est moi* (O Estado sou eu).

A população indignada com tantas arbitrariedades por parte do soberano, começaram a observar a estrutura do Estado e a contestá-las. Em países como a França apenas um estamento mantinha os luxos da nobreza e do clero. Uma análise mais detida a sociedade estamental que compunha a França permite perceber o primeiro Estado, que era composto pela nobreza, o segundo Estado, correspondendo ao clero e por fim o terceiro Estado, formado pela burguesia, camponeses e Sans-culottes¹.

O terceiro Estado ao verificar que suportava maioria da carga tributária de toda a sociedade e não tinha representação política, começou a se mobilizar em prol de seus direitos. Nesse período é que surge a figura do abade Emmanuel Joseph Sieyès, que em seu manifesto denominado *Qu'est-ce que le tiers état ?*, ou o que é o terceiro Estado. Foi o primeiro a teorizar o poder constituinte. Chega-se a essa conclusão, pois seu manifesto, ou panfleto para alguns trouxe em síntese questionamentos acerca da formação da sociedade francesa da época, bem como de que o terceiro Estado era quem mantinha toda a França, devendo o mesmo ter o direito de influenciar nas diretrizes governamentais da época.

Em seguida tivemos a revolução francesa, representando o marco que rompeu com o modelo de Estado absolutista, devendo agora o monarca obedecer a regras estatuídas em determinado documento, mais especificamente estamos falando da constituição. Pelo contexto

¹ Sans-culottes foi a denominação dada pelos aristocratas aos artesãos, trabalhadores e até pequenos proprietários participantes da Revolução Francesa a partir de 1771, principalmente em Paris. Alguns também o chamavam de os sem calças.

exposto, temos que a primeira constituição tinha como escopo os direitos e garantias fundamentais relacionadas as liberdades civis, políticas e ideológicas. Não havia uma preocupação dos cidadãos com os demais setores da sociedade, mas sim em evitar que o Estado interferisse nas relações privadas, havia a primazia pelo absentéismo estatal.

A inércia do Estado não durou muito tempo, pois tal situação gerou uma disparidade abissal entre determinados membros da sociedade, gerando situações de extrema pobreza e miséria. Assim a população voltou a se mobilizar buscando que agora o Estado agisse para implementar as condições mínimas para os cidadãos, surgindo então a figura do Estado Social de Direito, ou seja, deveriam ser colocados à disposição do povo políticas que minimizassem os efeitos das desigualdades criadas com o decurso do tempo.

Como se pode notar a política teve papel fundamental na evolução da sociedade, sempre quando se observa uma alteração em determinado contexto histórico tem-se um conjunto de cidadãos ou pessoas que reivindicavam seus direitos. Nessa levada é que se percebe que política e população são palavras que sempre caminharam juntas, sendo um consectário lógico da outra.

Num cenário atual em que as instituições políticas vêm diariamente sendo questionadas acerca da efetividade de sua representação, bem como de uma figura de um Poder Judiciário forte e voltado para as diretrizes estampadas na Constituição Federal. Surge no pensamento da população de que o magistrado ira solucionar parte de seus problemas, como por exemplo, a concessão de benefícios previdenciários, o medicamento que algum parente ou conhecido precisa, dentre outros.

O referido ambiente teve início com o denominado neoconstitucionalismo que em poucas palavras reflete o movimento histórico, cultural e filosófico que não busca somente manter o agir do Estado aos parâmetros da Constituição Federal, mas existe uma forte valorização da dignidade da pessoa humana. Tal eixo axiológico foi impulsionado com o pós-segunda guerra, pois analisando as nuances dos Estados totalitários veremos que todos embasavam-se em leis, demonstrando a face mais hedionda do positivismo jurídico, ou seja, o apego excessivo as normas positivadas.

Essas evoluções colocam a cada dia os Poderes Legislativo e Executivo em uma situação desconfortável, pois o neoconstitucionalismo traz uma profunda constitucionalização do Direito. E aqui percebe-se que não só Direito sofrerá influência do Poder Judiciário, mas todas as instituições que estão previstas em nossa bíblia política.

Com tal panorama nota-se que o sistema dos três poderes teorizado por Montesquieu, não é o suficiente para explicar o estágio atual de interferência do Poder Judiciário no Poder

Legislativo e Executivo, mesmo que fizermos uso do sistema de pesos e contra freios trazido pelo direito norte americano, várias indagações não serão respondidas.

Faz-se necessário um exame detido dos institutos do ativismo judicial, bem como da representatividade real do Poder Legislativo, pautando-se sempre no que dispõe a constituição, pois entendemos que os referidos documentos é um centro de decisão política garantística e estruturante, tendo como principal vetor a dignidade da pessoa humana.

Assim os capítulos a seguir visam demonstrar um breve histórico acerca dos institutos do ativismo judicial, bem como o Poder Legislativo. Observando mecanismos jurídicos como a representatividade no legislativo e alguns aspectos da legitimidade da jurisdição constitucional. Para ter como desfecho a resposta de que a atuação proativa dos magistrados relativizou ou acabou com a separação entre os Poderes Judiciário e Legislativo.

2 ALGUMAS PALAVRAS ACERCA DA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Conforme já foi destacado no breve introito o presente trabalho visa desvendar em poucos capítulos a figura instigante do ativismo judicial e sua interação com o poder legislativo, objetivando responder se essa interferência de um poder no outro, não viola a norma-princípio da separação dos poderes.

Para que possamos iniciar a presente saga, principalmente no que concerne ao ativismo judicial, faz-se necessário perpassar pelos institutos do constitucionalismo e da jurisdição constitucional. Isso se deve ao fato de que ambos foram cruciais para a consolidação do movimento dessa postura proativa que os magistrados do Brasil e do Mundo vem adotando nos dias atuais.

Analisando o que vem a ser o constitucionalismo, tem-se que o mencionado instituto está umbilicalmente ligado ao fato de limitação dos poderes do Estado a um documento. Entretanto nem sempre foi assim, para que se chegasse ao estágio atual foram séculos de evolução e avanços no meio político, social, cultural e filosófico.

De maneira didática, bem como com fito de se alcançar uma exposição breve acerca da evolução do constitucionalismo, adota-se a divisão de tripartite que alguns estudiosos do direito constitucional fazem uso para perpassar pelo instituto em comento de maneira breve e sem aprofundamentos desnecessários.

O constitucionalismo antigo/ primitivo iniciou-se com o povo hebreu, que já tinha a ideia e noção de que todos os indivíduos que compunham o seu grupo, estavam sujeitas as leis

divinas, mais especificamente a Lei do Senhor: A TORAH. Essa noção de respeito às leis tratou-se de um arquétipo do constitucionalismo como conhecemos nos dias atuais. Isso se deve ao fato de que não existia constituição naquele período, mas sim as escritas religiosas que guiavam aquele povo, servindo de diretriz para a solução dos conflitos entre os seus integrantes, bem como submetendo ao seu império governante e governados, a cuja violação acarretava as sanções ordálias.

Destaca-se também que foi no constitucionalismo antigo/ antiguidade que aparece a figura das Cidades–Estados na Grécia, sendo que os membros que faziam parte da mesma poderiam influenciar no destino do governo. Porém, como já é sabido de todos, os gregos não adotavam o que hoje chamamos de igualdade formal. Chega-se a essa conclusão tomando como base a circunstância que nem todos tinham o poder político, fazendo surgir a figura dos cidadãos(eupátridas)², os metecos³ e os escravos⁴.

Mesmo diante, desse cenário de desigualdade e escravidão existente na Grécia pode-se extrair desse período a figura da democracia direta. Essa que era exercida tão somente pelos cidadãos que iam para Ágora discutir e votar as leis que versassem acerca dos destinos da acerca do destino da população grega, bem como demais temas que atingissem diretamente os cidadãos das Cidades-Estados.

Com o a breve noção do respeito a determinada norma, bem como visão de poder interferir no destino político de determinado povo. O binômio lei–democracia veio durante anos maturando na ideia da humanidade.

O mencionado amadurecimento do pensamento constitucionalista aflorou inclusive no denominado período das trevas, ou seja, a denominada idade média. O termo no entender pejorativo de idade das trevas, se deve ao fato de que no referido período o mundo estava atravessando tempos difíceis, como as mazelas da peste negra, exploração excessiva da mão de obra, senhores-feudais e reis com poderes praticamente ilimitados e uso constante da violência para a solução dos conflitos.

2 Somente eles possuíam direitos políticos para participar da democracia. As mulheres e as crianças não faziam parte do grupo dos cidadãos.

3 Eram os estrangeiros que habitavam Atenas. Não tinham direitos políticos e estavam proibidos de adquirir terras, mas podiam dedicar-se ao comércio e ao artesanato. Em geral, pagavam impostos para viver em Atenas e estavam obrigados à prestação do serviço militar.

4 Os escravos eram considerados propriedades do seu senhor, embora houvessem leis que os protegiam contra excessos de maus tratos. Atenas era um Estado que garantia a democracia da minoria às custas da escravidão da maioria.

Contudo, ressalta-se que mencionado período não foi marcado única e exclusivamente por atrocidades advindas do poder que ficava quase todo nas mãos dos senhores feudais. Mas avanços no campo da agricultura, engenharia e arquitetura mesmo que alguns relutem em não reconhecer, são provenientes do tão criticado período das trevas.

Sob este enfoque tem-se que o principal documento que marcou o constitucionalismo na idade média, foi a Magna Carta de 1215. Tira-se essa conclusão, pois se verifica o contexto em que surgiu formou-se devido a pressões políticas e sociais, sendo que o monarca não resistiu e teve que aderir ao referido documento.

A *lex legum* da Inglaterra de 1215, tem como contexto o fato de que o rei João sem-terra além de ter perdido inúmeros conflitos armamentistas por disputa de territórios, o constante conflito com as autoridades clericais, bem como o desrespeito com os súditos. Esses fatos deram ensejo para que tanto o clero quanto os nobres se reunissem para pressionar o monarca, objetivando que o mesmo aderisse a determinado documento que limitasse os seus poderes. Tal limitação constitui um dos principais escopos do constitucionalismo, ou seja, a limitação do poder.

Na ambiência de busca pela liberdade, começa a surgir a primeira dimensão dos direitos fundamentais, tema esse que será tratado mais adiante. Ensina a boa doutrina que constitucionalismo da idade média deixou bons axiomas para contemporaneidade, nesse sentido Novellino(2013, p. 23) destaca as ideias de Asensio citadas por Fachin:

[...] como principais características do constitucionalismo na Idade Média: I) a supremacia do Parlamento; II) a monarquia parlamentar; III) a responsabilidade parlamentar do governo; IV) a independência do Poder Judiciário; V) a carência de um sistema formal de direito administrativo; e VI) a importância das convenções constitucionais.

Já o constitucionalismo moderno é compreendido entre o período das revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII até a promulgação das constituições pós-bélicas, a partir da segunda metade do século XX.

Por óbvio, o que chama mais atenção no período mencionado é a revolução francesa, isso se deve ao fato de tal movimento ter influenciado diversas contestações no restante do mundo, principalmente no que tange, a relação existente entre a população e o soberano/nobreza. No entanto deve-se destacar, a circunstância de que a referida revolução não teve características de uma revolução puramente popular.

Tal conclusão é extraída do contexto em que a França estava inserida, conforme foi afirmado na introdução o terceiro Estado era quem suportava a maior carga tributária, ou seja,

o referido segmento da sociedade francesa era que mantinha o clero e a nobreza. Essa situação agravava-se ainda mais com o fato do terceiro Estado não poder interferir de maneira plena nas diretrizes da comunidade. Ademais eram comuns os abusos de poder perpetrados pelos nobres e principalmente na figura do monarca.

Existem alguns doutrinadores que apontam que o constitucionalismo contemporâneo coincide com o fenômeno do pós-positivismo. Entretanto, entendermos que tal posicionamento não pode ser levado como uma verdade absoluta, isso se deve ao fato de que mesmo com toda influência filosófica exercida pelas revoluções liberais, ainda ficaram alguns resquícios do antigo regime, v.g. a concentração de riquezas nas mãos de apenas um grupo, pode-se dizer que mesmo diante dos avanços advindos das revoluções liberais, o poder apenas se deslocou das mãos da nobreza para a burguesia.

As conquistas advindas com o constitucionalismo moderno podem ser destacadas nos seguintes termos:

A) formalismo: as constituições passaram a ser escritas; B) elaboração da Constituição: os textos constitucionais passam a ser produzidos pelo poder constituinte originário; C) rigidez constitucional: as reformas constitucionais submetem-se a um processo legislativo cerimonioso; D) poder constituinte decorrente: surge a teoria de um poder constituinte decorrente, como responsável na elaboração das Constituições Estaduais; E) classificação da Constituição: surge a distinção entre as categorias de “Constituição Dogmática” e “Constituição Histórica”; F) supremacia constitucional: consagração da supremacia material e formal das Constituições; G) controle de constitucionalidade: surgimento de concepções de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos; H) limite: limitação das funções estatais, com primazia do princípio da separação dos poderes e responsabilização dos agentes públicos; I) tutela jurídica: tutela reforçada dos direitos e garantias fundamentais, obrigando todo o Estado; J) princípio da força normativa das Constituições: as Constituições promovem coercitivamente a direção social, política, econômica e cultural do Estado. (MESSA, 2016, p. 51)

Ressalta-se que as revoluções norte-americana e inglesa não foram tratadas de maneira minuciosa, pois apesar de cada uma trazer sua peculiaridade, todas coadunam-se nos propósitos e ideários, mesmo que algumas com um viés mais liberal (francesa) e outras nem tanto como a inglesa.

Por fim, chega-se ao denominado **constitucionalismo contemporâneo** que tem como marco a superação do positivismo, bem como uma visão mais aberta para a figura dos princípios e a valorização do ser humano. Tal movimento filosófico, histórico e cultural teve início com o pós-segunda guerra, pois o mundo estava aterrorizado com as atrocidades cometidas tanto antes quanto durante o mencionado conflito armamentista.

O arcabouço teórico do constitucionalismo moderno se deve ao fato dos regimes totalitários (nazismo e fascismo) fizeram uso do positivismo jurídico para alicerçar suas leis. Isso foi possível, tendo em vista que a principal característica do positivismo jurídico está na autopoiese/ independência com o mundo do ser. Sim é isso mesmo!! Para os defensores do positivismo, o direito/ ordenamento jurídico não tinha contanto com as evoluções na sociedade, ou seja, as leis por si bastavam.

E foi esse o cenário ideal para implantação de leis totalmente desproporcionais e desarrazoadas, e principalmente que não refletiam efetivamente os anseios da sociedade, foi nesse contexto que o filósofo alemão Gustav Radbruch(1979, p. 415-418) aduziu que:

Esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.

Assim com essa visão esclarecedora do renomado filósofo alemão, podemos chegar ainda mais afundo no que efetivamente consistiu em a escola positivista. Pois pelo excerto da obra cinco minutos de filosofia chega-se a verificar que mesmo que as leis estabelecidas no purismo positivista, muitas das vezes poderiam estar desprovidas de justiça. E o sentido de justiça para o germânico guarda estrita relação com o jusnaturalismo, uma visão bastante avançada para época, tal raciocínio tinha como escopo o abandono da visão desenvolvida por Kelsen de que o ordenamento jurídico não estaria em contato com a sociedade, ou seja, o mundo do ser não era influenciado pelo mundo do dever-ser, fazendo alusão a autopoiese do ordenamento jurídico,

Mas voltando ao propósito do presente trabalho, as explicações anteriores tiveram como objetivo demonstrar o fundamento para o surgimento do denominado pós- positivismo ou neoconstitucionalismo. Destaca-se o fato de que tendo em vista o caráter objetivo perquirido no trabalho em desenvolvimento adotaremos o pós-positivismo como sinônimo de neoconstitucionalismo, deixaremos debates acadêmicos e doutrinários de lado, pois corremos o risco de não atender o nosso objetivo, que é perpassar por toda a evolução histórica do constitucionalismo e avançar lado a lado com a jurisdição constitucional.

Assim com os avanços da tecnologia do século XX, bem como o cenário estabelecido no pós-segunda guerra mundial, fez-se necessário uma constituição que além de prever as liberdades individuais e os direitos sociais, deveria estatuir uma centralidade a valoração da dignidade da pessoa humana.

O termo centralidade na dignidade da pessoa humana está umbilicalmente ligado a denominada universalização dos direitos fundamentais. O mencionado fenômeno surgiu da necessidade de se valorizar o homem principalmente com as severas e brutais situações que a II GGM levou a humanidade. Com esse contexto, a tendência consistia em superar o patrimonialismo exacerbado que permeava a sociedade desde o constitucionalismo moderno, para a valorização do homem. O pensamento agora mudava do “ter” para o “ser”.

Por fim, mas não menos importante faz-se necessário trazemos à baila os ensinamentos do professor Luís Roberto Barroso citado por Pedro Lenza(2015, p.79) acerca dos marcos para o novo constitucionalismo:

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

Com as precisas lições do constitucionalista sul fluminense, conseguimos observar as principais características do neoconstitucionalismo. Sendo que todas elas influenciaram e fortaleceram o denominado ativismo judicial, no entanto antes de partimos para o exame do referido instituto devemos observar de uma maneira um pouco mais detida os ares do novo constitucionalismo, principalmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais e a expansão da jurisdição constitucional.

2.1 Direitos e garantias uma distinção necessária

Vem sendo destacado que a constituição ao longo dos anos vem sofrendo inúmeras modificações, isso se deve ao fato da mesma ser um produto do homem, ou seja, advinda do fato cultural. Nesse ponto há de se entender que a concepção culturalista de constituição atenderá melhor aos anseios de elucidar a contrastante distinção entre direitos e garantias.

De maneira perfuntória faz-se necessária trazer o conceito de Direito, tendo em vista ser o cabedal do presente tema. Etimologicamente a palavra direito advém do latim *dirigere*,

tendo como significado dirigir, ordenar, endireitar ou aquele indivíduo que está conforme a lei. Diante de tais definições fica claro a finalidade do direito de pacificação social, pois reza o brocardo latino *Ubi jus, ibi societas. Ubi societas, ibi jus* – onde está o direito está a sociedade e vice-versa .

Parte da doutrina prega que Roberto Lyra Filho (1999) trouxe uma abordagem diferenciada sobre o Direito, haja vista ter o definido como “direito é processo, dentro de processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada”. Ora há de se entender que a análise feita pelo jurista carioca atende perfeitamente ao dinamismo da sociedade, sempre que possível devemos nos desgarrar do ranço empírico trazido pelos ensinamentos de Hans Kelsen, enxergando o direito sem contato com o meio social.

Contudo esse processo social perante o atual estágio de evolução da humanidade, tem de se pautar em justiça. E aqui fazemos alusão a justiça aristotélica, tendo como virtude a constante perpétua de dar a cada um o que lhe é devido. E principalmente evitando retrocessos nesses direitos que levaram séculos para serem alicerçados nos diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo. Sendo assim consigna-se a vedação do efeito *Cliquet* ou evolução reacionária.

Após de ter vencido a conceituação de direitos, voltar-se-á para o exame da palavra garantia. Em um primeiro momento, de maneira até mesmo instintiva urge de nossos pensamentos a ideia de algo ou alguém que independentemente da situação fática nos assegurará o resultado de determinada coisa. Esse raciocínio está coberto de razão e vai ao encontro da acepção empregada na seara constitucional, principalmente pela natureza assecuratória que assumem.

Há de se reconhecer o papel fundamental exercido pelas garantias na atual fase do Direito, pois do que adianta ter-se em nossa bíblia política um vasto catálogo de direitos fundamentais, se não existem instrumentos necessários para assegurá-los, vislumbra-se até certo ponto um caráter impositivo exercido pelo instituto em comento (garantias).

Em que pese os pontos da distinção clássica entre direitos e garantias, merece realce a perspectiva de um posicionamento que assevera a inexistência de disparidades entres esses institutos (direitos e garantias). O desenvolvimento dessa tese possui uma imensurável adequação a nossa realidade, principalmente pelo fato de atender a topologia adotada pela atual constituição brasileira. Isso mesmo! Não se deve esquecer que o constituinte originário colocou no mesmo título os direitos e garantias, em certos momentos com a breve leitura do texto normativo torna-se quase imperceptível a diferença entre um e outro.

Nesse mesmo diapasão Ingo Wolfgang Sarlet citado por Canotilho et. al. (2013, p. 408), sustenta a tese de ausência de distinção entre direitos e garantias de maneira inequívoca:

A própria distinção entre direitos e garantias, por sua vez, não pode mascarar a circunstância de que, em termos gerais, as garantias, embora evidentemente tenham uma função de natureza assecuratória e, nesta perspectiva, instrumental, atuam também como direitos (tanto na dimensão subjetiva quanto na objetiva), pois investem o seu titular de uma posição subjetiva no sentido de invocar a garantia em seu favor. É por esta razão que muitos preferem utilizar, em relação às garantias, a expressão “direitos-garantia”, ou mesmo, a depender da estrutura normativa, princípios-garantia.

Diante de tal dinâmica, observa-se um crescente movimento da doutrina constitucionalista em evitar conflitos terminológicos, tendo em vista na natureza basilar que exercem as figuras dos direitos e das garantias, cabendo as normas infraconstitucionais passarem por uma filtragem constitucional, sob pena de estarem em desconformidade com a *Lex Legum*, haja vista essa transcender a essência estrutural do Estado Democrático de Direito.

2.2 Reconhecendo o papel fundamental dos princípios

Conforme consignado no desenvolvimento do tópico anterior, o Direito é um processo social, e como todo processo gera resultados. Um deles é a crescente positivização das regras, isso se deve ao fato de em priscas eras ter o homem como base apenas os usos e costumes, despertando o espírito da insegurança na população, principalmente pela alta discricionariedade dada ao aplicador da regra e as autoridades. Pode-se dar como exemplo a figura do movimento do constitucionalismo, consistindo em uma técnica de limitação do poder com fins garantísticos.

A crescente tendência da positivização normativa também pode trazer à tona seu lado obscuro, o arcaico empirismo exegético escola jurídica do início do século XIX, tendo como premissa maior o engessamento do aplicador da norma ao texto da lei. Outro axioma emanado pela escola da exegese consiste na ilusão da lei prever todas as situações, bem como o pensamento de que as lacunas são aparentes podendo o juiz utilizar-se de maneira desenfreada da analogia, raciocinando no sentido da *mens legislatoris* (a vontade do legislador está na lei).

Ainda falando sobre a escola da exegese, cabe ressaltar os seus métodos de interpretação. Sem dúvida nenhuma o mais utilizado era a interpretação gramatical, pois um de seus pressupostos consistia no mecanicismo do julgador com o texto da lei. Os exegetas também sustentavam a técnica lógico- sistemática, tendo como definição em linhas gerais a aplicação do todo para a parte, levando-se em consideração a suposta harmonia na legislação da época.

Observando tal temática fica claro que a interpretação da lei consiste em uma tarefa cheia de por menores, cabendo ao operador do direito dominar não somente os métodos hermenêuticos, mas também a distinção entre texto e norma. Sob pena de retroceder aos períodos em que o empirismo exegetico imperava na maioria dos ordenamentos jurídicos pelo mundo. Tendo em vista o seu pressuposto purista de que a vontade do legislador está no texto de lei.

De maneira singular o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau (2016, p.33) parte da perspectiva da multiplicidade interpretativa atinente a todo ser humano, ou seja, como cada pessoa na sua subjetividade enxerga o mundo. Para imortalizar seu raciocínio o jurista gaúcho utiliza-se da metáfora da deusa grega Vênus de Milo:

Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais, entre si, encomendando-se, a eles, três Vênus de Milo. Ao final do trabalho desses três escultores teremos três Vênus de Milo, perfeitamente identificáveis como tais, embora distintas entre si: em uma a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos. Não obstante, são, definitivamente, três Vênus de Milo- Nenhuma Vitória de Samotrácia.

Conforme apontou o doutrinador gaúcho, mesmo diante de um fato descrito, posto para análise dos escultores/julgadores a figura da interpretação ganha contornos extremamente instigantes. Isso se deve a circunstância de como cada um enxerga o mundo ao seu redor.

A mencionada metáfora da deusa Vênus de Milo em um exame perfunctório, nos remete a problemática de como realmente interpretar os direitos e garantias fundamentais no caso concreto. Chega-se a essa conclusão tomando como base a influência que o magistrado/intérprete sofre externamente, tanto no que tange a momentos políticos, quanto as suas convicções ideológicas.

Diante de tal cenário conflituoso, que se fez necessário uma nova releitura da interpretação normativa, pois nem sempre a lei traz o modelo perfeito que se adequa ao caso

posto para interpretação. Assim os princípios tiveram papel fundamental para se chegar onde efetivamente o legislador objetivou ao elaborar a lei.

A questão que abarca o papel dos princípios vem sendo debatida a longa data, pois conforme foi citado apenas com a superação do positivismo exacerbado que pode-se avançar sobre o campo axiológico do direito,

Em interessante passagem de sua obra *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação*, Humberto Ávila (2012, p.85) traça interessante distinção entre regras e princípios, nos seguintes termos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Com esse apontamento de suma importância, podemos inferir que existem distinção entre norma-regra e norma-princípio. Tal conclusão está respaldada na clássica visão de que o julgador lê a texto da lei, e através do fenômeno da interpretação extrai o sentido, objetivo do legislador quis com a elaboração de determinada lei, ou seja, o intérprete deve buscar a todo custo a denominada *mens legislatoris*.

Sob outro enfoque não se pode falar sobre a distinção entre regras e princípios sem mencionar o entendimento do jurista alemão Robert Alexy. Esse que de maneira irretocável atribui aos princípios o papel de mandados de otimização. O referido termo está atrelado ao fato de que nem diante do conflito entre normas-regras, deverá ser utilizado os princípios para que se consiga resolver o problema da maneira mais adequada.

Já é do conhecimento de todos que os pensamentos de Alexy, consiste em uma antítese ao pensamento do jurista norte-americano Ronald Dworkin. Esse que possui o entendimento de que em caso de conflito entre norma-regras, deve-se adotar o que ficou conhecido como a regra do “tudo ou nada”. Nesse sentido Humberto Ávila (1999, p.7) cita o pensamento sustentado por Dworkin:

No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam vinculativamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Logo com tais possibilidades advindas na segunda metade do século XX, serviram ainda mais de suporte para o ativismo judicial, pois esse tem como um de seus objetivos a valorização dos direitos e garantias fundamentais. Servindo a ideia de “mandado de otimização” um excelente norte para busca da justiça no caso concreto.

3 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Não se pode iniciar uma brevíssima abordagem acerca da jurisdição constitucional, sem antes perpassarmos pelo conceito de jurisdição. Chega-se a essa conclusão tomando como base o fato de que o ativismo judicial antes de mais nada consiste em um fenômeno que surgiu no Poder Judiciário.

E quando se fala em Judiciário, inevitavelmente deve-se comentar acerca da jurisdição. Entretanto, fazemos a advertência de que adotaremos no presente tópico o conceito contemporâneo e mais acertado, trazido pelo processualista baiano Fredie Didier (2016, p. 155):

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial(a) de realizar o Direito de modo imperativo(b) e criativo(reconstrutivo)(c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuportável de controle externo(f) e com aptidão para torna-se indiscutível(g).

Com tal definição pode-se inferir diversos aspectos relevantes acerca da jurisdição, mas sem sombra de dúvidas é o que se refere ao caráter da definitividade das suas decisões (coisa julgada material). Ficando extremamente claro a modificação que as decisões do judiciário podem acarretar no cotidiano da sociedade.

Levando em consideração que a definitividade das decisões constituem um dos principais aspectos da jurisdição, há de se entender que o mesmo em determinadas situações pode trazer benefícios e em outros prejuízos, tudo a depender do ponto de referência que se adota. Chega-se a essa conclusão tomando como base o fato de que caso determinada pessoa sucumba em determinada ação, por óbvio que a jurisdição irá ser vista por aquele que perdeu com maus olhos.

Pelo que vem sendo exposto a jurisdição, nada mais é do que o poder-dever do Estado que por intermédio de um terceiro (magistrado) resolve os conflitos. Desde já deve ficar claro que jurisdição antes de mais nada poder. E quando se fala em poder, logo nos vem o

pensamento de imperatividade, ou capacidade de impor suas decisões sob a vontade dos demais.

É desse caráter imperativo que resulta os inúmeros atritos entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, principalmente diante de nossa bíblia política ter estatuído que os poderes são independentes e harmônicos entre si.

Merece destaque, o fato de que o termo jurisdição constitucional é específico, ou seja, trata-se de uma atividade singular estatal em que o magistrado ao invés de resolver os problemas comuns, ele soluciona conflitos que encontram guarida na constituição federal.

Nem sempre foi assim, pois conforme se observou em itens anteriores a constituição assumiu o papel central no ordenamento jurídico de um país a partir do século XVII. Isso se deve ao fato de muitas das civilizações terem a visão extremamente voltada para o direito privado, principalmente no que concerne a propriedade, dando mais ênfase para os códigos civis do que para as constituições. Para os estudiosos desse período a constituição só deveria tratar acerca de temas fundamentais, essenciais acerca da formação do Estado, cabendo todo o restante nas legislações civis.

Por bem, tal pensamento foi paulatinamente caindo por terra dando início a era dos direitos e garantias fundamentais alicerçados em um documento soberano, legítimo e que busca em determinadas ocasiões os interesses dos administrados. Ou como já foi dito, urge uma técnica específica de limitação dos poder com fins garantísticos.

E são dos catálogos de direitos fundamentais que a jurisdição constitucional encontra respaldo para sua atuação. Já deu para perceber que *a ratio* do mencionado poder-dever consiste na existência de uma constituição. Logo, se não há constituição não se pode cogitar na existência de uma jurisdição constitucional, pois essa trata-se de uma atuação do Estado para efetivar os direitos previstos na *Lex Legum*.

Nesse sentido podemos mencionar o raciocínio trazido por José Adércio Leite Sampaio (2002, p.23):

[...] a identificação de jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da “atividade do poder do ponto de vista da Constituição”, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais.

Com essa conceituação singular percebe-se que a jurisdição constitucional assume um papel essencial em nosso ordenamento jurídico, pois é a mesma que tem o condão de defender

a estrutura necessária para o funcionamento do Estado. Não é demais ousarmos e concluirmos que: “a jurisdição constitucional constitui um meio profilático e repressivo da essência do Estado Democrático de Direito, que são os direitos e garantias fundamentais.”

3.1 Ativismo judicial

Chega-se ao cerne do presente capítulo, ou seja, o tópico que versa especificamente acerca do fenômeno do ativismo judicial. Os demais temas desenvolvidos no transcurso do trabalho foram de suma importância para que possamos enfrentar o tema com o mínimo de suporte teórico e sempre buscando uma compreensão global acerca do assunto.

O ativismo judicial nos dias atuais vem tomando conta do cenário brasileiro, nos últimos 10 anos. Isso se deve ao fato de posicionamentos e a atuação dos tribunais brasileiros diante de casos concretos que muitas das vezes colocam em voga a atuação ativa do magistrado.

Ao contrário do que muitos sustentam o ativismo judicial não é um fenômeno dos dias atuais, mas sim um tema que habita a longa data o cenário jurídico norte-americano, pois desde o precedente de *Marbury x Madison*, os operadores do direito estadunidense deram início ao extenso e profundo processo de análise acerca da atuação dos juízes diante da aplicação da norma no caso concreto, tomando como base a discricionariedade deixada por muitas das vezes pelo legislador ou pela casuística.

Pelo que vem sendo exposto o ativismo judicial possui origem no direito norte-americano, deve ficar bem claro que iremos deixar de lado debates acalorados acerca de raízes do tema em comento em países europeus.

Por fim, passemos ao exame do conceito e origem do ativismo judicial, haja vista o tema ser extenso, bem como que por muita das vezes complexo.

3.2 Conceito e origem do ativismo judicial

De acordo com o desenvolvido nos tópicos anteriores, como a valorização da constituição, bem como com o evoluir do constitucionalismo deu-se início ao que ficou conhecido como neoconstitucionalismo. Sendo que tal fenômeno teve como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Noutro giro, com o fito de termos um conceito abrangente de ativismo judicial devemos mencionar a acepção proposta por Carlos Alexandre de Azevedo (2014, p.63), que fez interessante leitura acerca da obra do jurista estadunidense Schlesinger. Esse que nos traz interessantíssimo modo de entendermos o tema em comento, comparando o ativismo judicial com a autorrestrrição judicial:

[...] os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. Ao contrário, os juízes “campeões da autorrestrrição judicial” tem visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com “deferência à vontade do legislador”.

Partindo da proposta conceitual apontada acima pelo autor americano, podemos chegar a conclusão de que a figura do ativismo judicial não possui caráter ilimitado, ou seja, existe limitações a atuação do magistrado que faz uso do referido método de interpretação.

O ativismo judicial teve início com o já mencionado precedente *Marbury x Madison*, esse que pode ser resumido na seguinte problemática: Willian Marbury levou a Suprema Corte Americana seu *writ of mandamus*⁵ proposto contra o Secretário de Estado James Madison, com o intuito de que a aquele colegiado obrigasse o último a outorgar-lhe a função de juiz de paz do distrito de Columbia, sendo que o antigo presidente, John Adams, no fim de seu mandato. O presidente que venceu a corrida eleitoral de 1800, Thomas Jefferson,

5 A expressão refere-se a uma ordem judicial, com significado semelhante ao de mandado de segurança, mas não de igual conceito. O mandado é o nome de uma ação, enquanto o writ of mandamus é o termo dado à ordem judicial. A semelhança de sentido está em que ambos (mandado de segurança e writ of mandamus) não se aplicam a esferas discricionárias de poder. Por seu caráter excepcional, o mandamus dificulta a celeridade das decisões judiciais, por isso, no Brasil, o mandado de segurança tem ação bem mais recorrentemente empregada.

passou informações para que Madison negasse a investidura de Marbury no mencionado cargo público (CAMPOS, 2014, p.63).

Diante de tais circunstâncias de cunho extremamente político que a Corte Marshall foi acionada. O Chief Justice John Marshall foi quem redigiu o conhecido voto, que nos dias atuais é conhecido como o expoente para o desenvolvimento do sistema americano de controle de constitucionalidade.

Marshall ao examinar o caso que lhe foi levado ao tribunal percebeu que existia determinada norma (seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789) que aduzia expressamente que atribuía expressamente a Corte a competência para expedir essa espécie de *mandamus*. Entretanto foi negado o pedido formulado *writ*, pois ficou consignado no referido precedente que somente a constituição pode estabelecer regras de competência originária para exame da Suprema Corte.

Mesmo que a Constituição não tivesse previsto a competência originária para Corte Marshall, o mencionado magistrado conclui que pelas circunstâncias fáticas o mencionado órgão colegiado de maior hierarquia nacional atraía a competência do caso, ou seja, dependendo da relevância da lide, a Suprema Corte poderia analisar o conflito *vis attractiva*.

Ainda que diante desse ato normativo inconstitucional a Suprema Corte reconheceu o direito de investidura no cargo público ao qual foi nomeado Marbury. Deve-se ressaltar o fato de que o colegiado naquele feito projetou para os dias atuais um dos pressupostos para o controle de constitucionalidade, ou seja, a supremacia da constituição dentro do ordenamento jurídico.

Nesse ponto devemos mencionar o fato de John Marshall deu excelente contribuição para a teoria da separação dos poderes. Isso se deve ao fato de que ao se falar em supremacia da Constituição, teremos como consectário que o referido documento irá definir o papel de cada poder, evitando assim intromissões desprovidas de proporcionalidade e razoabilidade.

E falando em intromissões, deve-se ressaltar que nos dizeres do constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial deve ser entendido não como uma intromissão, mas sim e como uma participação mais ampla e intensa garantística. Vejamos o que diz o ilustre doutrinador:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se

manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.(BARROSO, 2012, p.25-56)

O conceito trazido pelo eminente professor, nada mais é do que um apanhado de todo o raciocínio demonstrado até então desenvolvido, pois conforme foi observado nos primeiros tópicos do presente trabalho, com o avanço do constitucionalismo o magistrado passou não somente a reproduzir o texto legal, mas sim interpretá-lo valorando de acordo com os preceitos estabelecidos por uma norma hierarquicamente superior as demais.

Nesse contexto de valorização da constituição, verifica-se que o Poder Judiciário foi ganhando importante papel no cenário nacional, chegando a alguns a invocar a aplicação da denominada teoria da autorrestrição ou autocontensão ao caso concreto.

No entanto, merece destaque o fato de que a autorrestrição aplicada sem controle poder levar determinada corte constitucional a perpetrar inúmeras injustiças. E aqui quando se refere a justiça, estamos fazendo uso do celebre conceito de que justiça consiste em dar algo que lhe é devido.

A título de exemplo que a aplicação da autorrestrição sem limites pode acarretar num cenário totalmente desproporcional e desarrazoado, está no obscuro precedente de *Dred Scott vs. Sandford* (1857). O mencionado julgado tem como objeto central o fato de que um escravo, por ter acompanhado seus donos por um Estado americano em que a escravidão era abolida, teria direito de ser livre. Ocorre que o caso chegou a corte Suprema dos EUA tendo a mesma proferido decisão no sentido de que o requerente sendo negro o mesmo não seria cidadão, logo não poderia ter sua liberdade.(Decisões marcantes da Suprema Corte, 2016)

Depois desse exemplo extremo, podemos imaginar nos dias atuais as demandas que versem acerca de medicamentos. Já pensou se todos os mandados de segurança ou ações ordinárias com pedido de tutela antecipada fossem indeferidos sob o alvedrio de que o Poder Judiciário não pode obrigar Estado a fornecer tal medicamento, por força de princípio da separação dos poderes.

Outro exemplo refere-se ao direito de greve dos servidores públicos. O mesmo traz a problemática da suposta impossibilidade dos servidores não poderem praticar greve, pois a lei específica que é mencionada na norma constitucional prevista no art. 37, VII, ainda não foi criada pelo Poder Legislativo. Imaginemos que o Supremo Tribunal Federal não tenha

aplicado as teorias concretistas para fazer valer os direitos dos servidores públicos, em homenagem ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º de nossa Constituição Federal.

Diante de tais circunstâncias, consegue-se demonstrar que a aplicação da norma ao caso concreto trata-se de tarefa difícil perpassando por inúmeras esferas do país. Isso se deve ao fato de que por muita das vezes o magistrado se vê diante de um caso que não versa somente acerca do direito, mas sim de implementações de políticas públicas, sendo que essas são competência do Poder Legislativo ou Executivo.

Nesse meio tormentoso é que entra a posição do juiz ativista, pois esse mesmo diante da inércia do poder competente poderá aplicar de maneira correta os direitos e do cidadão previsto em nossa Bíblia política, evitando a inaplicabilidade de direitos previstos na mesma.

Assim o ativismo judicial nada mais é do que um ato comportamental dos magistrados em dar mais efetividade aos direitos e garantias fundamentais, pautados nos princípios de proporcionalidade e razoabilidade. Chega-se a essa conclusão, pois nem sempre o tribunal ou juiz poderá interferir nas atuações do outro Poder, tendo em vista que no caso concreto ocorrerá uma ponderação de interesses deverá prevalecer o princípio da separação dos poderes, para que o sistema se mantenha equilibrado.

4 PODER LEGISLATIVO

4.1 Origem

Voltando ao início da história, percebe-se que antes os povos eram formados por agrupamentos de pessoas que vivam andando de um lugar para outro, em busca de alimentos ou nutrientes essenciais para sua sobrevivência. No entanto, com os avanços da tecnologia, mesmo que essa fosse rudimentar, o homem começou a manter-se em caráter definitivo em determinados locais.

Essa fixação se deve a circunstância de que determinados pontos na terra, ou localidade os recursos naturais ali presentes eram mais abundantes, sendo a tarefa do homem tão somente de gerenciar os bens ali presentes. Com isso começou o homem perdeu o hábito nômade, estabelecendo um arquétipo de sociedade.

Todavia, para reunião de pessoas acostumadas a uma vida itinerante não foi tarefa nada fácil, haja vista que devido as viagens os indivíduos nômades tinham hábitos próprios,

não estavam habituados a ter que ficar em conjuntamente com um elevado número de pessoas. E desse contexto é que surge a ideia hoje já sedimentada na sociologia jurídica, de que quando o homem passou a viver em comunidade teve que abrir mão de certos direitos e comportamentos que tinha, para que numa relação de coordenação com os novos indivíduos seja alcançado um bem comum.

Nessa toada de pacificação social, podemos mencionar ainda que a jurisdição teve início na figura do terceiro imparcial (magistrado) que substitui a vontade das partes para a efetivação do direito material que resguarda ou não as partes. Menciona-se a jurisdição, pois a mesma veio como meio de substituir a autotutela. Tendo a última como característica a possibilidade do lesado resolver seus problemas com as próprias mãos e com a força que achar necessário para lograr êxito no ato.

Falando ainda acerca dos primórdios do Poder Legislativo, vale destacar que na Grécia antiga já havia um esboço de democracia, conforme como foi destacado em momento anterior que nem todos podiam votar, tendo em vista que para ter direito ao sufrágio deveria o indivíduo ser cidadão. Ademais a organização da comunidade grega estava dividida em estamentos marcados pela desigualdade econômica, gênero, social, dentre outras.

Sem sombra de dúvidas o Poder Legislativo mais organizado e disposto a cumprir suas atribuições foi o da Inglaterra, principalmente pela sua composição, pois o mencionado poder constituído tinha como principal escopo a atividade legiferante, bem como a representatividade dos indivíduos ou parte dos membros da sociedade.

O Poder Legislativo inglês do século XVII ficou em evidência, isso se deve ao fato de que a revolução gloriosa capitaneada por Oliver Cromwell, teve como principal objetivo a submissão do rei a *common law*. E como foi demonstrado no introito do presente trabalho, as revoluções liberais tinham como escopo a limitação do poder do Estado, sendo um eminente caso de direitos fundamentais de 1ª Dimensão.

Sob outro enfoque, nota-se que o parlamento inglês teve uma atuação mais voltada para os interesses coletivos. Chega-se a essa conclusão tomando como base que os anseios da revolução gloriosa eram de limitar a monarquia.

Foi neste cenário que surgiu a denominada figura da supremacia do parlamento, ou seja, o parlamento inglês queria submeter o monarca ao direito e as normas jurídicas existentes na época. Entretanto, merece ser feita a ressalva de que o princípio da supremacia do parlamento inglês é distinto do francês:

Na verdade, os legisladores e os juízes, na Inglaterra, uniram-se contra o poder do monarca em prol dos direitos do povo. Assim, a noção de supremacia do parlamento inglês nada tem a ver com a ideia de supremacia do parlamento na França, que traz consigo outra intenção, a de calar os juízes, que, mesmo após a Revolução francesa, eram vistos com grande desconfiança em virtude de suas ligações espúrias com o antigo regime.(SARLET, 2012, p.710)

Como se pode observar a função legislativa além de grande relevo, sempre gozou de prestígio por parte da sociedade. Mesmo que essa afirmativa possua na atualidade tom desconexo da realidade, não se pode negar que desde priscas eras a função de legislador é o centro das atenções de diversos países.

Nesse sentido, vale ressaltar as conclusões do constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos, que destaca que a diante da contraposição do Poder Legislativo com os demais Poderes, o primeiro exerce função essencial para os interesses da população. Assim assevera o ilustre doutrinador:

Embora os textos constitucionais ponham o Legislativo em pé de igualdade com os demais órgãos verticais do Poder, certamente cumpre a ele a difícil tarefa de elaborar normas jurídicas para o Executivo e o Judiciário aplicarem. Ao primeiro cabe a aplicação de ofício; ao segundo, a aplicação contenciosa, no caso litigioso concreto. Essa é a visão tradicional, que vislumbra a função legislativa como a mais nobre, a mais elevada e a mais expressiva de todas as funções públicas. Na França, e. g., desde o pós-guerra, todas as disputas políticas giraram em torno da magnitude do Poder Legislativo.(BULOS, 2014, p.1.074)

Assim pode-se observar que o poder Legislativo é de suma importância para o a população, haja vista que o mesmo é responsável pela edição de normas que regem todo o país, bem como pela sua função precípua de resguardar os interesses dos seus representados na Casa em que legisla.

4.2 Previsão no ordenamento jurídico brasileiro

Em nosso ordenamento jurídico já é pacífico o entendimento de que o poder político é uno e indivisível tendo como titular o povo, constituindo a chamada soberania popular, sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

O mencionado poder é exercido pelo Poder Legislativo, sendo que na visão tradicional do princípio da separação dos poderes, o mesmo tem como função a elaboração de leis, atos normativos que inovam ou modificam o ordenamento jurídico. Entretanto, tal visão encontra-se ultrapassada tendo em vista os avanços ocorridos na contemporaneidade a visão estática de

que os poderes só exercem apenas a funções que foram estabelecidas em um documento hierarquicamente superior, ou que lhe foi atribuída pelos costumes do país.

Nesse contexto, surge o novo raciocínio de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, exercem funções típicas e atípicas. Como o objeto do presente trabalho é o exame da relação entre o Judiciário e o Legislativo, verificaremos tão somente os mesmos. O Judiciário tem como função típica a de julgar a conflitos, valendo lembrar mais uma vez a figura da jurisdição, que tem como objetivo a pacificação social. Todavia, o referido poder não apenas julga a lides, mas em diversas situações legisla e administra, sendo essas últimas suas funções atípicas.

No que concerne ao Poder Legislativo, a doutrina moderna aponta duas funções típicas, a primeira constitui a legiferante, já a segunda fiscalizatória. A última função está inserida no contexto da possibilidade do Poder em comento promover a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo, bem como investiga fato determinado por meio das comissões parlamentares de inquérito.

Em âmbito federal, o Poder Legislativo brasileiro é bicameral, ou seja, é composto por duas casas no Congresso Nacional. Sendo uma o Senado e a outra a Câmara dos Deputados, conforme disposto no art. 44 da CRFB/88.

Insta ressaltar que o Senado Federal tem como escopo assegurar os interesses dos Estados, Distrito Federal e Territórios. Já a Câmara dos Deputados tem como principal objetivo, mesmo que no campo do dever-se, a defesa dos interesses dos cidadãos. Com essa simples divisão, conseguimos perceber que o constituinte originário quis efetivamente manter um pacto federativo forte e voltado para os interesses da população, através dos deputados federais.

Ainda falando acerca das funções das casas do Congresso Nacional, faz-se necessário ressaltar que a visão de que cada casa representa interesses distintos não advém tão somente de nossa constituição, dos avanços do constitucionalismo ganhando tal modelo maior robustez. Nesse sentido temos que:

[...] nos principais Estados democráticos ocidentais, registra basicamente duas justificativas para a estrutura bicameral do Poder Legislativo: em certos casos, a segunda câmara tem o sentido de representação da nobreza, ou, ainda que não se trate de um critério claro de discriminação por estratos sociais, ao menos o sentido de uma representação de caráter mais aristocrático; em outros casos, a segunda câmara tem a função de espaço de representação dos Estados-Membros de uma federação. Já a primeira câmara em regra cumpre o papel de casa de representação do povo, segundo critérios – de idade mínima para candidatura, de sistema eleitoral, de número de cadeiras – que permitem, em tese, maior facilidade de acesso a qualquer interessado em candidatar-se. (ALMEIDA, 2013, p.2.344)

As distinções apontadas acima não se fazem presente no âmbito dos entes federados, pois não existe nos Estados e Municípios o bicameralismo, mas sim o unicameralismo, sendo que nos Estados temos as assembleias legislativas e nos municípios as câmaras dos vereadores.

Voltando a falar acerca da esfera federal, temos que mencionar o funcionamento do sistema eleitoral de cada casa do Congresso Nacional. Contudo tal assunto será melhor trabalhado no tópico a seguir.

4.3 Poder Legislativo e sua composição

Restou claro no último capítulo que o Poder Legislativo ao menos na órbita federal tem como escopo representar os interesses dos Estados-Membros(Senado) e da população(Câmara dos Deputados).

Em primeiro momento deve-se destacar que a Câmara dos Deputados também é conhecida como Câmara baixa, utiliza-se essa nomenclatura tomando como base o parlamentarismo inglês que também possuía configuração similar em que uma das casas também era composta por populares.

A doutrina majoritária entende que a Câmara dos Deputados constitui órgão de maior envergadura, tendo em vista que a maioria dos projetos de leis tem início na referida casa do Congresso Nacional.

Outro ponto que destaca a Câmara dos Deputados do Senado é que na primeira os representantes são eleitos seguindo o sistema proporcional, em cada Estado, Território e Distrito Federal, conforme o art. 45 da CRFB/88.

O sistema proporcional de eleição toma como base o número de eleitores que votam no partido ou coligação para encontrar o número de vagas destinadas para os mesmos na Câmara Legislativa. Chama-se atenção para o fato de que o mencionado sistema de eleição é utilizado além dos cargos de Deputados Federais, os Estaduais e os vereadores nos municípios.

Contudo a implementação do referido sistema de votação foi objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal que assim concluiu:

[...] o sistema de representação proporcional, por constituir conceito jurídico indeterminado, depende, para sua implementação, de prévia definição normativa a

ser estabelecida pelo legislador ordinário no exercício do poder de regulação que lhe foi atribuído pelo ordenamento constitucional.(STF, 1995, 1.750)

Para que o sistema proporcional fosse aplicado de maneira eficaz, foi necessário a utilização do método de quociente eleitoral, sendo característico pelo cálculo de quantas cadeiras serão ocupadas por cada partido ou legenda partidária. Para que se chegue ao referido quociente deve-se dividir o número de votos válido em candidatos pelo número de cargos em disputa. O voto conseguido por cada legenda partidária é dividido por esse quociente, obtendo-se o número de cadeiras disponíveis para cada legenda, formando o chamado quociente eleitoral.

Pode-se observar que diante de todo o modelo adotado pelo constituinte não foi os dos melhores, sofrendo inúmeras críticas por parte da doutrina. Isso se deve a circunstância de que tal situação não constitui uma verdadeira proporcionalidade, pois conforme destaca o Atos de Disposição Constitucionais Transitórias número 4, § 2º temos que: “É assegurada a irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados.”

Fato concreto é que a falta de lei que regulasse a referida proporcionalidade, não foi elaboradora por nosso legislativo, sendo que nossos parlamentares criaram a LC 78/ 92, essa que fixou o número de deputados em 513. Entretanto, o referido ato normativo em seu art. 1º, parágrafo único, delegou tal atribuição para o Tribunal Superior Eleitoral, em total desconformidade com o dispositivo legal previsto no art. 45, §1º de nossa bíblia política.

Nesse sentido podemos mencionar às críticas efetuadas pelo constitucionalista e atual Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes (2014, p.434):

Essa atenuação perpetuou a existência de graves distorções em relação à citada proporcionalidade, favorecendo Estados-membros com menor densidade demográfica em prejuízo dos mais populosos, e acabando por contradizer a regra prevista no art. 14, caput, da Constituição Federal da igualdade do voto (One Man One Vote).

A questão que versa acerca da limitação do número de deputados no Congresso Nacional é tão conturbada que foi objeto de inúmeros questionamentos junto ao Supremo Tribunal Federal. Esse que em julgado da lavra do Ministro Gilmar Mendes concluiu pela inconstitucionalidade da resolução do Tribunal Superior Eleitoral, bem como pela delegação conferida pelo art. 1º, parágrafo único, da LC 78/92:

1. O art. 45, § 1º, da Constituição da República comanda a definição, por lei complementar (i) do número total de Deputados e (ii) da representação dos Estados e

do Distrito Federal, proporcionalmente à população e não ao número de eleitores, respeitados o piso de oito e o teto de setenta cadeiras por ente federado. Tal preceito não comporta a inferência de que suficiente à espécie normativa complementadora a LC 78/1993, o número total de deputados. Indispensável, em seu bojo, a fixação da representação dos Estados e do Distrito Federal. A delegação implícita de tal responsabilidade política ao Tribunal Superior Eleitoral traduz descumprimento do comando constitucional em sua inteireza. 2. Compete ao legislador complementar definir, dentre as possibilidades existentes, o critério de distribuição do número de Deputados dos Estados e do Distrito Federal, proporcionalmente à população, observados os demais parâmetros constitucionais. De todo inviável transferir a escolha de tal critério, que necessariamente envolve juízo de valor, ao Tribunal Superior Eleitoral ou a outro órgão. 3. Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 78/1993 por omissão do legislador complementar quanto aos comandos do art. 45, § 1º, da Carta Política de definição do número total de parlamentares e da representação por ente federado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, sem modulação de efeitos. (STF - ADI: 4947 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 01/07/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

No que tange ao período do mandato dos Deputados Federais, verifica-se que são de 4 anos, constituindo uma legislatura. Sendo que tal lapso temporal é totalmente distinto dos Senadores. Tal conclusão está albergada no art. 46, § 1º, CRFB/88, esse que estabelece duas legislaturas, ou seja, 8 anos.

O Senado Federal, também chamado de casa alta, sendo mais uma referência ao parlamento inglês que possuía casa legislativa composta por membros da nobreza da época.

No Brasil é composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal, pelo sistema majoritário simples. Tendo esse como principal característica a eleição do candidato mais votado, excluídos os votos em branco e os nulos, em um só turno de votação. Esse sistema eleitoral se aplica à eleição dos Senadores e dos prefeitos de Municípios com até 200.000 eleitores.

Salienta-se que os Senadores possuem 2 suplentes para casos de perda ou cassação de mandato, a peculiaridade encontra-se na forma de renovação dos mandatos de Senador que se dão na proporção 1/3 e 2/3, bem como que os Estados e Distrito Federal podem eleger 3 candidatos (art. 46, § 1º, da CRFB/88). Alguns doutrinadores asseveram que o princípio federativo está assentado no mencionado método de renovação de mandatos (NOVELINO, 2013, p.783).

4.4 Eleitores brasileiros x Poder Legislativo: Crise de representatividade?

Chama-se atenção para o fato de que o presente tópico não tem como objetivo esgotar o tema que aborda, mas tão somente de fazer uma breve explanação, para que se consiga de maneira delimitada traçar um paralelo entre a crise de representatividade dos eleitores brasileiros com os políticos.

Nada melhor do que iniciar a breve exposição com a noção de que desde quando o homem passou a viver em coletividade teve abrir mãos de determinados direitos para uma ficção denominada Estado. E dentro do mesmo para que conseguisse alcançar seus objetivos sociais, econômicos e culturais teria que poder influenciar nos rumos daquele país, ou porção territorial.

Noutro prumo destaca-se que mesmo em sociedades que tinham como principal característica a participação direta dos cidadãos nas decisões políticas como Grécia e Roma, constituindo berço da democracia direta, alguns atos por própria natureza não permitiam tal interferência.

Importa observar que a representatividade trouxe a baila a problemática princípio da identidade entre o povo e o governo, conforme apontava o constitucionalista Meirelles Teixeira (1991, p.485):

O princípio da identidade entre o povo e governo, nunca pode realizar-se totalmente, porque o povo, como unidade política, nunca pode achar-se presente em identidade real, nas tarefas governamentais (legislação, administração, judicatura), mas é sempre representado pessoalmente por alguns cidadãos, geralmente escolhidos por eleição, ou ainda outras formas de designação (nomeação, eleição indireta, sorteio).

Nessa toada, temos o art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88, que assim dispõem: “Todo o poder emana do povo, que o **exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição.” (grifo nosso)

O mencionado dispositivo constitucional traz a figurada democracia representativa, bem como situações em que os eleitores poderão exercer diretamente suas vontades políticas. A título de exemplo do segundo caso podemos mencionar o plebiscito e o referendo, ambas manifestações populares se distinguindo no que concerne ao momento em que a população é consultada. Sendo que o plebiscito é prévio e o referendo é posterior a elaboração da lei.

Ressalta-se que uma terceira interferência direta da população na política brasileira se dá quando da elaboração de projetos de lei, conforme se extrai do art. 61,§2º, da CRFB/88.

Alguns apontam que o princípio da democracia direta ou indireta constitui a viga mestra do nosso ordenamento jurídico. A característica fundamental da democracia reside no fato do poder emanar do povo, sendo o governo do povo suportando subdivisões da maneira que é exercido. Aduz a boa doutrina que:

A democracia direta é aquela em que o cidadão participa diretamente das atividades do governo, isto é, os cidadãos se reúnem e exercem sem intermediários os poderes governamentais, administrando e julgando. Atualmente, da forma como foi idealizada, é inviável, haja vista o grau de complexidade dos Estados modernos. Na democracia indireta, por sua vez, a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, na escolha de seus representantes. Assim, os principais institutos da democracia representativa (indireta) são o voto (direto ou indireto) e o mandato político que o representante recebe. (VASCONCELOS, 2014, p.335)

Entretanto, com os acontecimentos dos últimos anos no cenário político brasileiro conseguimos visualizar a descrença do eleitorado brasileiro com os candidatos e partidos políticos. Os escândalos do Mensalão, Petrolão e atualmente a operação Lava-Jato, são apenas a ponta do iceberg de uma crise de representatividade que assola o Brasil.

Determinadas pessoas apontam que a mencionada crise política foi aflorada pelo número excessivo de partidos políticos existentes no Brasil, pois muitos deles apesar de dizerem adotar determinada ideologia sequer possuem expressividade no cenário nacional, existindo pelo pluralismo político que estrutura o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Ao passo que o Executivo e o Legislativo vem perdendo o prestígio com a população, o Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais destaque, podendo-se até falar em uma ascensão meteórica. Tudo se deve ao fato dos posicionamentos dos magistrados parte das vezes serem voltados para efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, que mesmo elegendo determinados candidatos não se vem representados no legislativo nacional.

A crise política nacional encontra-se tão inflamada que temos atualmente tramitando no Senado Federal sob o número 36/2016, trazendo em seu bojo os seguintes temas: reforça a exigência de fidelidade partidária de políticos eleitos e extingue as coligações nas eleições proporcionais, além de estabelecer uma cláusula de barreira para os partidos políticos (SITE DO SENADO, 2016).

Enfim, conforme esboçado de maneira superficial a descrença da população com os governantes fez com que os eleitores se sentissem órfãos de um órgão que lutasse pelos seus direitos ou ao menos desse tal impressão. Em outro rumo, o Poder Judiciário com um posicionamento voltado para a efetividade dos direitos dispostos em nossa constituição, suprindo em parte a referida carência. No entanto, se faz necessário aguardar quais os contornos que tal relação vai ganhar, tendo em vista que o Judiciário não foi idealizado para debates políticos e representativos conforme o Legislativo.

5 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Conforme foi destacado ao longo do presente trabalho verifica-se que por diversos fatores nos últimos anos o Poder Judiciário vem intervindo na esfera legislativa, diante das demandas que lhe são levadas pelos administrados/partes.

Entretanto, o objeto do presente capítulo é o exame da figura das principais teorias acerca da separação dos poderes, haja vista que o mencionado tema constitui um dos pontos centrais para o deslinde da monografia.

5.1 Principais teóricos

Olhando para estrutura do Estado, bem como para as influências de modelos fundados a séculos atrás conseguimos visualizar que a teoria da separação entre os poderes é inegavelmente uma das mais bem sucedidas. Chega-se a essa conclusão tomando como base o fato de que se formos observar Montesquieu a teorizou no século XVII, tendo a mesma mais de 400 anos.

No entanto, a referida teoria tem como principal documento o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que assim aduz: “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Assim se observa que os anseios que permeavam a população nesse período de revolução era o de abstenção do Estado na esfera privada, como já foi dito trata-se de direito de primeira dimensão.

Em nosso ordenamento jurídico a teoria da separação dos poderes encontra-se no art. 2º da CRFB/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

A partir da leitura do referido dispositivo, já se consegue visualizar que o constituinte originário teve como escopo estabelecer não somente a separação entre os poderes, mas a harmonia entre os mesmos. Verificando a data em que foi promulgada nossa constituição perceberemos que o tal dispositivo foi redigido já antevendo a denominada interação entre os poderes constituídos.

Ainda falando acerca da previsão do princípio da separação do poderes em nosso ordenamento jurídico, temos que o mesmo também está previsto no art. 60, §4º, III, de nossa bíblia política, nos seguintes termos: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes;”

Seguindo os ensinamentos da boa doutrina temos que o art. 60, § 4º da CRFB/88, traz a figura dos denominados núcleos duros de nossa constituição. Isso se deve ao fato de que tratam-se de disposições que não poderão ser objeto de reforma, ou seja, o poder constituinte derivado reformador não poderá extingui-los, mas tão somente melhorá-los. Vale observar que boa parte dos constitucionalistas também aduzem que o respectivo dispositivo prevê as chamadas cláusulas pétreas.

Falando em cláusulas pétreas, temos que para Alexandre de Moraes(2014, p.9-10) aduz que tal dispositivo é que torna a nossa constituição em superrígida, pois as constituições rígidas apesar de possuírem um processo de alteração mais dificultoso, não possuem partes estáticas como os núcleos duros.

Retomando o assunto acerca das teorias da separação entre os poderes, verifica-se que na atualidade parece até muito usual os operadores do direito falarem de maneira com tranquilidade acerca da separação dos poderes de Montesquieu. Contudo correm em um terrível equívoco, pois ao analisar o esboço histórico da célebre teoria chega-se a constatação de que desde a antiguidade tem-se a ideia de que apesar do poder ser uno e indivisível, o mesmo deverá ser exercido por pessoas distintas, com o fito de se evitar a concentração de poderes nas mãos de uma pessoa.

Lênio Streck citado por Canotilho et. al.(2013, p.284) em interessante comentário ao art. 2º da Constituição Federal, alerta acerca do equívoco em lembrar tão somente dos autores contemporâneos as revoluções liberais:

Em que pesem as referências corriqueiras a John Locke e a Montesquieu, o segundo ainda mais citado do que o primeiro, como elaboradores da doutrina da separação de poderes, órgãos e funções, e sem embargo da primazia destes pensadores, paradigmas na formulação da ideia, a noção da divisão orgânico-funcional da estrutura e das atividades do Estado remonta, em especial, à Grã-Bretanha do século XVII, associada, umbilicalmente, a compreensão de *rule of law*. Conquanto seja possível observar traços em Aristóteles e em Cícero, v. g., o conceito é, a rigor, delineado no contexto inglês caracterizado pela disputa entre a monarquia e o parlamento, notadamente a partir do reinado de Jaime I (1603-1625).

Tomando como base a ressalva do renomado jurista temos que nos lembrar que efetivamente foi em Aristóteles que encontramos o arquétipo da separação entre os poderes. Deve ficar bem claro que no mencionado período o autor não disse de maneira direta que os poderes deveriam ser independentes, mas sim no sentido da identificação das três funções estatais.

Partindo para a concepção de John Locke temos que o mesmo tinha sua concepção de separação dos poderes toda alicerçada sob o direito natural, pois quando o homem foi viver em sociedade que se submeter a diversas restrições, sendo que o Estado tem como função zelar pela liberdade que tinha antes.

Ainda que diretamente a corrente Lockeano não se referia de maneira direta a divisão do poderes, veremos que a mesma serviu de cabedal para o pensamento desenvolvido por Montesquieu. Nesse sentido temos que:

No sistema de governo por ele traçado, o Poder Legislativo, embora superior ao Executivo, que não passava de mero agente seu, estava estritamente limitado à consecução dos fins para os quais fora o governo criado, ou seja, a garantia e conservação da vida, da liberdade e da propriedade: o governo não pode exercer um poder absoluto sobre a vida e o patrimônio dos cidadãos, nem privar ninguém de suas propriedades sem consentimento, nem transferir ou delegar seu poder legislativo a nenhum outro órgão ou indivíduo e tem, ainda, que agir dentro dos limites de “leis sancionadas e promulgadas que não visem atingir situações particulares, mas sim que se mostram iguais tanto para o rico como para o pobre, tanto para o favorito da corte como para o lavrador em seu campo.(BOTALLO, 2007, V. 102, p.36)

Em meio aos teóricos acerca da divisão dos poderes temos o pensamento do suíço Henri-Benjamin Constant de Rebeque, que aduzia que o deveria existir um quarto poder que seria ocupado pelo monarca, pois em caso de conflito entre os três poderes o poder moderador resolveria o problema. Tal raciocínio foi aceito pela nossa primeira constituição em 1824.

Por fim deve-se conversar acerca do teórico Montesquieu, esse que na atualidade é conhecido como pai da teoria orgânica da separação entre os poderes, tendo como base a sua

obra “*O Espírito das Leis*”. Embora, perceba-se que há dúvida se o autor considerava o judiciário como um poder.

A mencionada dúvida se deve ao fato de que o foco do pensamento de Montesquieu é a separação entre a atividade legislativa, administrativa das demais. Era a ideia de uma separação orgânica do poder, ou seja, órgãos distintos. O que temos hoje é uma reinterpretação da obra do autor, que veio evoluindo com o passar do tempo.

Antes de falar especificamente sobre o pensamento de Montesquieu, chamamos atenção para a circunstância de que atualmente mais correto seria falar em teoria das três funções orgânicas e não poderes. Chegou-se a essa conclusão, pois o poder é uno, indivisível, indecomponível, sendo tão somente fracioná-lo em funções (LENZA, 2015, p.500)

De maneira objetiva, Montesquieu aduziu que existem três órgãos sendo o Executivo, Legislativo e Judiciário. Sendo que cada um possui funções típicas e atípicas. O Poder Executivo tem como função típica a de administrar a coisa pública. Já o Legislativo conforme foi apontado possui como funções típicas a legiferante e a fiscalizatória. E o Judiciário tem como escopo resolver solução de conflitos que lhes são levadas pelos administrados/jurisdicionados.

Contudo, conforme já foi mencionado, os poderes/orgãos possuem também funções atípicas, essas que constituem a viga mestra para a autonomia do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Falando em autonomia deve-se destacar que o art. 2º de nossa constituição adotou de maneira completa a denominada teoria dos freios e contrapesos, mais conhecida no direito americano como “*Check and balances*”. A mencionada teoria se desenvolveu, pois com os avanços da humanidade, o Estado evoluiu e por óbvio a relação entre os poderes/orgãos também, pois com o passar do tempo verificou-se que todos se relacionam de maneira intensa, devendo ficar bem claro que tais relações não possuem o condão de abalar o sistema.

Cabe mencionar o raciocínio desenvolvido já foi afirmado pelo nosso pretório excelso, vejamos os seguintes arestos:

“EMENTA: Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os ‘freios e contrapesos’ admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam

na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes (...)” (ADI 1.905-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.1998, DJ de 05.11.2004)

“Separação dos Poderes. Possibilidade de análise de ato do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. (...) Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação.”(AI 640.272 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 2-10-2007, 1ª T, DJ de 31-10-2007)

Assim percebe-se que os poderes vivem interagindo entre si, mas sempre pautados na proporcionalidade razoabilidade, pois caso não existisse o sistema de freios e contrapesos indubitavelmente o a teoria dos três poderes/orgãos não seria adotada pela maioria dos países ocidentais.

5.2 Alguns temas que demonstram a constante interação entre o Poder Judiciário com o Poder Legislativo

5.2.1 Judicialização da saúde

Como já é do conhecimento de todos, o direito a saúde constitui direito fundamental atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nos últimos anos as demandas que versam acerca da saúde são ainda mais recorrente, face alguma das vezes pela ingerência de verbas pública ou até mesmo pela falta das mesmas.

Fato é que o Poder judiciário cada vez mais vem tomando medidas para obrigar o Poder Público a fornecer medicamentos ou leitos em hospitais. Tais decisões dão ensejo ao que atualmente denominam de judicialização da saúde.

Em um primeiro momento deve-se destacar que judicialização não se confunde com ativismo judicial. Isso se deve a circunstância de que a primeira é caracterizada pelo aumento de demandas e decisões acerca de um tema, geralmente da alçada dos Poderes Executivo e Legislativo. Já ativismo como foi mencionado constitui uma postura pró-ativa dos magistrados no sentido de dar maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais dispostos na constituição federal.

Nesse ponto, se destaca as lições do Ministro Luís Roberto Barroso acerca da distinção entre ativismo judicial e judicialização:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário [...].(BARROSO, 2012, p.31)

Em diversos julgados o judiciário vem dando provimento ao pleito dos administrados que versam acerca do direito a saúde. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não pode o Poder Público, deixar de efetivar os princípios presentes em nossa constituição sob o argumento de falta de recursos.

O raciocínio empregado pelo nosso tribunal constitucional demonstra que a tese da reserva do possível não é aceita pela nossa jurisprudência, principalmente diante da ponderação de interesses que diariamente é efetuada pelos nossos julgadores entre o mínimo existencial e a separação dos poderes.

Em recente decisão o STF reafirmou seu entendimento de inaplicabilidade da reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana tanto no que tange a situação da população carcerária quanto no direito de acesso a educação:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Alegação de ausência de impugnação dos fundamentos da decisão de inadmissão do RE na origem. Não ocorrência. Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. Repercussão geral do tema reconhecida. Mantida a decisão em que se determinou o retorno dos autos à origem. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal, no exame do RE nº 580.252/MS-RG, Relator o Ministro Teori Zavascki, reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao dever, ou não, do Estado de indenizar o preso por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). 2. Manutenção da decisão mediante a qual, com base no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, se determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem para a observância do disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil. 3. Agravo regimental não provido.(ARE 855476 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 22-04-2016 PUBLIC 25-04-2016)

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO

CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (RE-AgR 410715, CELSO DE MELLO, STF.)

5.2.2 O intérprete máximo e o mito da palavra final

A ideia de que o Supremo Tribunal Federal possui a palavra final nas questões de grande envergadura, se deve ao caráter vinculante das decisões proferidas pelo referido tribunal seja em regime controle difuso, no caso de repercussão geral reconhecida, ou no controle concentrado.

Ainda existe a tese sustentada pelo Ministro Teori Zavascki em sede da Rcl 4335/AC de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgada em 20/3/2014, de que todas as decisões do Supremo Tribunal Federal possuem força expansiva, que lhes são indissociáveis.

Toda a problemática está sedimentada no fato de que o STF na condição de guardião da constituição e de intérprete máximo da mesma, fez com que nossa corte constitucional aparentemente tenha a última palavra quando o assunto é inconstitucionalidade ou aplicabilidade do texto de nossa *Lex Legum*.

Contudo mencionado raciocínio está incorreto, pois o Poder Legislativo em momento posterior pode fazer lei contrária ao entendimento fixado pelo STF, tal possibilidade é de suma importância, haja vista a autonomia dos órgãos/poderes e o fenômeno da fossilização constitucional.

Ademais caso se o STF tivesse a última palavra absoluta acerca da interpretação de dispositivos constitucionais, os erros que cometesse se perpetuariam, causando um resultado negativo para os jurisdicionados.

Conrado Hübner Mendes (2011, p.289) de maneira singular responde a seguinte indagação: *No que consiste a ideia de diálogo institucional? quais são suas capacidades explicativas do fenômeno constitucional e suas contribuições às ciências política e jurídica?*

[...] O debate teórico que se preocupa com a pergunta de quem deve ter a última palavra está preso, portanto, a uma camisa de força binária: alguns defendem que a última palavra deveria ser da corte (e as justificativas dessa posição variam), outros defendem que deveria ser do parlamento (a instituição democrática por excelência, conforme um certo consenso histórico que impregnou nossa forma de entender a democracia). Ou um, ou outro. Estaríamos condenados a escolher. O ônus de cada uma dessas posições é bastante pesado, afinal têm que justificar nada mais nada menos do que o direito à última palavra (o que, dada a falibilidade das instituições, corresponderia ao “direito de errar por último”). Essa moldura, na minha opinião, mesmo que não esteja absolutamente errada, é incompleta e parcial. Conta somente parte da história, não toda ela. Não consegue iluminar tudo que está em jogo quando se discute legitimidade democrática e por isso é contraproducente. Enfim, o que a corrente do “diálogo institucional” acrescenta a essa história? Ela relembra que, independentemente de qual instituição tenha a última palavra, não há nada que impeça que a outra instituição responda.

O ilustre constitucionalista está coberto de razão, tanto é que o STF já decidiu acerca da denominada Superação Legislativa/reação legislativa/ativismo congressional:

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei 12.875/2013, que, ao promoverem alterações nas Leis 9.096/1995 e 9.504/1997, restringem, aos novos partidos políticos, criados após a realização das eleições para a Câmara dos Deputados, qualquer acesso aos recursos do Fundo Partidário, bem como qualquer tempo destinado a propaganda eleitoral. De início, o Colegiado destacou que as disposições ora impugnadas decorreriam de superação legislativa da interpretação

conferida pelo STF ao art. 47, § 2º, II, da Lei 9.504/1997 (ADI 4.430/DF, DJe de 19.9.2013 e ADI 4.795/DF, DJe de 30.10.2013). Na oportunidade, o Tribunal dera interpretação conforme ao preceito questionado, para salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Poucos meses após o julgamento dos casos supracitados, o Congresso editara a Lei 12.875/2013 que, em sentido oposto ao pronunciamento da Corte, subtraía dessas novas legendas o acesso aos recursos do Fundo e ao direito de antena. Caberia perquirir, portanto, quais os limites de reações legislativas a decisões proferidas pelo STF, tendo em vista o impacto na esfera de liberdade de conformação do legislador. Nesse sentido, o Tribunal deteria a última palavra no que se refere à interpretação da Constituição, imune a qualquer controle democrático. Não se ignoraria, entretanto, a legitimidade, em algumas hipóteses, do ativismo congressual, ou seja, de reversão legislativa a decisões da Corte, desde que observadas algumas balizas constitucionais. Nesses casos, o Legislativo buscaria reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico, incompatível com a separação de poderes. Ao legislador seria, assim, franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Seria possível extrair as seguintes conclusões a respeito do tema: a) o Tribunal não subtrai “ex ante” a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou pelo legislador ordinário; b) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas hipóteses estritas de ultraje aos limites do art. 60 da CF; e c) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa evidente ao texto constitucional, a Corte tem adotado comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. ADI 5105/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1º.10.2015. (ADI-5105)

Apesar de poucos exemplos temos que a reação legislativa pode gerar efeitos positivos, senão vejamos:

Um exemplo emblemático diz respeito à chamada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010). Antes dessa Lei, o TSE e o STF possuíam jurisprudência consolidada no sentido de que não era possível reconhecer a inelegibilidade do candidato a não ser que houvesse contra ele uma condenação transitada em julgado. O fundamento para esse entendimento residia no princípio da presunção de inocência. A LC 135/2010 foi editada com o objetivo de superar esse entendimento. Segundo previu essa lei, não é necessário que a decisão condenatória tenha transitado em julgado para que o condenado se torne inelegível. Basta que tenha sido proferida por órgão colegiado (exs: TRE, TJ, TRF). O STF, superando seus antigos precedentes, entendeu que a reação legislativa foi legítima e que a Lei da Ficha Limpa é constitucional e não viola o princípio da presunção de inocência. (STF. Plenário. ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADI 4578/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 15 e 16/2/2012). (SITE DIZER O DIREITO, 2016)

5.2.3 O Supremo Tribunal Federal e a afirmação do princípio da separação dos poderes

Neste último tópico devemos verificar o aresto mais recente do STF que afirma o princípio da separação dos poderes:

O Plenário, por maioria, denegou a ordem em mandado de segurança impetrado por deputado federal contra atos da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) e do Conselho de Ética (COÉTICA), ambos da Câmara dos Deputados, que culminaram na recomendação ao plenário da Casa Legislativa pela cassação do mandato do impetrante com fundamento em quebra de decoro parlamentar. Na impetração, sustentava-se, em síntese, a existência de direito líquido e certo, consubstanciado nos seguintes argumentos: a) suspensão do processo político-parlamentar, inclusive para fins de defesa e obstrução; b) processamento pela autoridade competente, garantia que teria sido violada em razão do impedimento do relator, por identidade com o bloco parlamentar do impetrante; c) devido processo legal, contraditório e ampla defesa como estabilidade da acusação (em referência ao aditamento da representação e da respectiva instrução); d) votação pelo sistema eletrônico, e não nominal, no Conselho de Ética, o que teria gerado “efeito manada”; e) observância do quórum de instalação da sessão na CCJC (maioria absoluta), o que teria sido afrontado pelo cômputo de suplentes em duplicata com os respectivos titulares. O Colegiado assentou, de início, que o STF somente deve interferir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas. Exemplo típico da jurisprudência nesse sentido é a preservação dos direitos das minorias. Entretanto, nenhuma das hipóteses ocorre no caso. Além disso, consignou que a suspensão do exercício do mandato do impetrante, por decisão do STF em sede cautelar penal, não gera direito à suspensão do processo de cassação do mandato, pois ninguém pode beneficiar-se da própria conduta reprovável. Portanto, inexistente direito subjetivo a dilações indevidas ou ofensa à ampla defesa. Destacou que o precedente firmado no MS 25.579 MC/DF (DJe de 19-10-2005) não se aplica à espécie, pois se refere a parlamentar afastado para exercer cargo no Executivo e responsabilizado por atos lá praticados. Naquele caso, aliás, a medida liminar foi indeferida, pois se entendeu que a infração se enquadrava no Código de Ética e Decoro Parlamentar. O Tribunal também afirmou que a alegação de que o relator do processo no Conselho de Ética estaria impedido por integrar o mesmo bloco parlamentar do impetrante, por pressupor debate sobre o momento relevante para aferição da composição dos blocos, não configura situação justificadora de intervenção judicial, conforme decisão proferida no MS 33.729 MC/DF (DJe de 4-2-2016). Ademais, não há que falar em transgressão ao contraditório decorrente do aditamento da denúncia, providência admitida até em sede de processo penal. O impetrante teve todas as possibilidades de se defender, o que foi feito de forma ampla e tecnicamente competente. Sublinhou, de igual modo, a ausência de ilicitude na adoção da votação nominal do parecer no Conselho de Ética. Tal forma de voto privilegia a transparência e o debate parlamentar, e é adotada até em hipóteses mais graves. Nesse sentido, cabe deferência para com a interpretação regimental acolhida pela Câmara dos Deputados, inclusive à vista das dificuldades para aplicação do art. 187, § 4º, do seu regimento interno fora do plenário da Casa. Inexiste vedação expressa a embasar a alegação do impetrante e tampouco ocorreu o denominado “efeito manada”. Por fim, a Corte registrou a validade do quórum de instalação da sessão na CCJC. Lembrou que os suplentes a que se refere o regimento interno são dos partidos (ou dos blocos de partidos), e não propriamente dos titulares ausentes. Não haveria um suplente para cada titular, portanto. Além disso, o art. 58, § 1º, da CF alude à representação proporcional dos partidos ou blocos na

composição das mesas e de cada comissão, e não ao quórum de instalação das sessões.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que concedia a segurança. Entendia impor-se a suspensão do processo tendo em conta o afastamento do impetrante do exercício do mandato. Além disso, considerava procedente a alegação de irregularidade no quórum de votação. Por fim, também deferia o pedido tendo em conta o impedimento do relator na Casa legislativa. MS 34.327/DF, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 8-9-2016.(STF, 2016)

6 CONCLUSÃO

Após o breve exame acerca do ativismo judicial e sua interação como o Poder Legislativo, conseguimos perceber que a atuação dos magistrados não extrapola os limites estabelecidos pelo dispositivo legal presente no art. 2º da CRFB/88.

Chega-se a essa conclusão, pois os juízes agem como intérpretes da Constituição e têm como norte a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, e todas as duas decisões encontram respaldo em nossa bíblia política.

Se não bastasse o fato de que os julgadores agem com respaldo na Constituição, os mesmos exercem uma interessante função de controle do Poder Legislativo, tendo em vista a teoria dos freios e contrapesos, proveniente do direito norte-americano.

Noutro prumo, ficou claro que legislativo brasileiro exerce uma função de importantíssima que é a defesa dos interesses da população/ eleitores. A função de legislador sempre gozou de grande prestígio nas mais diversas culturas, mesmo que atualmente os políticos brasileiros não gozem de tal benesse.

Ficou mais do que claro que mesmo o judiciário tendo a palavra final relativa na interpretação acerca da aplicação dos dispositivos constitucionais, nada impede que o legislativo edite lei contrária ao entendimento do STF, dando ensejo a denominada reação legislativa/ ativismo congressional.

No sistema constitucional brasileiro mesmo que em determinados momentos possa parecer que um órgão tenha mais poder do que outro, há de se entender que com o passar do tempo, conseguiremos visualizar a sua atuação esteve alicerçada no sistema de freios e

contrapesos, tendo como pressuposto o controle coordenado de funções que se misturam, devendo todas serem abalizadas nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

E como ficou bem claro durante o desenvolvimento do presente trabalho, podemos afirmar sem sombra de dúvidas que a teoria da separação dos poderes é uma das mais bem sucedidas já criadas, pois boa parte dos países ocidentais a adotaram e o passar do tempo fez com que a mesma ganhasse traços mais flexíveis, podendo ser mencionado o fenômeno da judicialização da saúde.

Por fim deve ser ressaltar o fato de que não podem os magistrados agirem como legislador positivo, ou seja, os mesmos não devem ir além dos limites estabelecidos pelo princípio da separação dos poderes, sendo permitido tão somente que o juiz atue como legislador negativo, evitando a incidência de normas em desconformidade com os direitos e garantias fundamentais, previsto em nossa Constituição.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade- **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan./mar. 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 25,26.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos. Teoria da Divisão dos Poderes: antecedentes históricos e principais aspectos - **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 102.
- BRASIL. Informativo 838 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://stfinformativos.blogspot.com.br/2016/09/push-stf-informativo-n-838.html>>. Acesso em: 06 nov. 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- DECISÕES marcantes da Suprema Corte– Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/government/ch6.htm>>. Acesso em 30 out. 2016.
- DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação /Aplicação do Direito**.5. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MESSA, Ana Flávia – **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2016.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

PEC36/2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/05/pec-da-reforma-politica-esta-pronta-para-ser-votada-em-primeiro-turno>>. Acesso em 3 nov. de 2016.

RADBRUCH, Gustav, **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada.Coimbra: Antônio Amado, 1979, pp. 415-418.

Reação legislativa. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>> – acesso em 6 de nov. de 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional** / revisto e atualizado por Maria Garcia- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.