

O CONFLITO ENTRE LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dalton José Borba¹

Luiz Gustavo de Andrade²

Sumário: Introdução. 1. A Separação dos poderes. 2. Harmonia e independência entre os poderes. 3. O Poder legislativo no ordenamento jurídico-constitucional atual. 4. Controle jurisdicional na sociedade contemporânea. 5. A atuação do Judiciário (e do STF) frente à inércia do Legislativo e a crise institucional instaurada. 6. Considerações finais. Referências

INTRODUÇÃO

Segundo a doutrina unânime, o constitucionalismo moderno é marcado por uma quebra paradigmática, que representa o despertar de um novo tempo, plasmado de um ideal iluminista, a repelir o poder central e absoluto do *antigo regime*. O ponto inaugural desse modelo encontra-se nas revoluções burguesas, notadamente a Revolução Francesa, de 1789³.

A partir daqui, o constitucionalismo ganha nova roupagem para assumir a afirmação da supremacia do indivíduo, ao mesmo tempo em que pugna pela limitação e racionalização do poder. Imperioso ressaltar, neste passo, a inegável contribuição de ROUSSEAU (Contrato Social), o autor que preconiza a constituição do Estado pelo governo das leis; não aquelas que derivavam da vontade divina, exteriorizada pela boca do soberano, mas como produto da expressão da vontade

¹ **Dalton José Borba** é advogado, militante em Direito Público, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e professor da graduação e da pós-graduação do Unicuritiba.

² **Luiz Gustavo de Andrade** é advogado, militante em Direito Público, sócio do escritório Zornig, Andrade & Advogados Associados, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) e professor da graduação e da pós-graduação do Unicuritiba.

³ Cite-se, por todos, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 22; FERREIRA FILHO, **Curso de direito...**, p. 3; BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 31.

geral - “o querer que resulta das vontades individuais quando atendem tão-somente aos ditames da razão”⁴ - lançando o embrião do que hoje se conhece por *Estado Social e Democrático de Direito*.

Toda a construção teórica operada no fervor do constitucionalismo moderno reflete o mesmo e único pano de fundo: o referente social; o homem é o centro da temática constitucional, pois é dele que provém e para ele é que se destina toda a normativa suprema do Estado. A Constituição é, pois, o estatuto do homem livre: o homem que descreve e escreve a estrutura e o destino de sua comunidade, os conflitos e os anseios sociais, os direitos, as garantias e as liberdades individuais, as diretrizes básicas e fundamentais para o desenvolvimento da harmonia e paz do grupo social. Se o paradigma da Constituição, no antigo regime, limita-se à preservação da estrutura política imposta pelo soberano e à legitimação do poder do soberano, tem-se, aqui no constitucionalismo moderno, um novo referencial: a Constituição como estatuto fundante da sociedade⁵.

Neste ambiente contratualista a lei passa a ser o grande instrumento legitimador do exercício do poder pelo soberano; se a lei é produto de um pacto social, marcado pela submissão da vontade individual em prol da vontade geral, todo o ato do Estado, em conformidade com a Constituição, é autorizado pela sociedade. Inegável, assim, a fundamentalidade da Constituição no meio social. Direito é norma, e norma que emana do povo – do contrato social – e, por isso mesmo, legitima o exercício do poder⁶. Há de se reconhecer, desta forma, que a norma fundamental, que nasce da vontade geral, não se presta a servir ao soberano; a Constituição é instrumento de proteção e garantia do cidadão, em face dos ataques arbitrários do soberano.

A história demonstra, neste passo, que a Constituição moderna é fruto de

⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993. p. 45.

⁵ Canotilho atenta para a diferença entre a constituição da sociedade - da res pública - e do Estado - lei ou norma do Estado. Não se quer, aqui, negar o caráter de norma fundamental do Estado; preferiu-se, apenas, empregar a expressão sociedade, aquela do Estado Constitucional que se funda a partir da Revolução de 1789, com essência inegavelmente diversa daquele existente ao tempo do absolutismo (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 81).

⁶ FARIA, analisando o problema da legitimação do poder adverte para os riscos da redução deste problema à mera positivação de uma ordem legal: “Se, hoje, as instituições políticas brasileiras encontram-se em crise - isso se deve, justamente, à crescente incompatibilidade entre as regras formais de procedimento decisório e as estruturas sociais, econômicas e culturais do país.” (FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1985. p. 11).

um movimento revolucionário, cujas principais características se revelam em dois atributos fundantes de uma ordem estatal: trata-se, pois, de (i) **instrumento de garantia de direitos fundamentais**; e de (ii) **instrumento de limitação do poder**. Fornece, assim, as diretrizes e programas fundamentais de estruturação do Estado - enquanto comunidade politicamente organizada - e do exercício do poder⁷.

Lembra Vanossi que entre essas duas partes em que se edifica a Constituição, há uma estreita relação de meio e fim; a organização, divisão e limitação do poder constitui-se, então, no meio para assegurar os direitos individuais, que é o seu fim⁸.

O receio do insucesso da proposta iluminista forçará o pensamento político liberal a idealizar um mecanismo que garanta o novel modelo contra qualquer eventual risco de retorno do antigo regime; nasce o sistema dos freios e contrapesos, na perspectiva da separação dos poderes.

Feita esta contextualização, esclarece-se ao leitor que o presente artigo preocupar-se-á, assim, com o estudo da atuação legislativa estatal, à luz da limitação do poder e em prol da concretização jurisdicional dos direitos fundamentais.

⁷ Há que se admitir, com CANOTILHO, que, se no momento inaugural do constitucionalismo moderno - a revolução francesa - a constituição tinha como referente a sociedade, tomada no sentido emprestado pelo contratualismo de Rousseau, ao depois, pela própria evolução estrutural do Estado Liberal - assente na separação Estado-Sociedade - e pela filosofia hegeliana e juspublicista alemã, operou-se um novo fundamento para a Constituição, qual seja o Estado. Leciona, o autor, que “ergue-se, assim, o Estado a conceito ordenador da comunidade política, reduzindo-se a constituição a simples lei do Estado e do seu poder. A constituição só se compreende através do Estado. O conceito de Estado Constitucional servirá para resolver este impasse: a constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado.” Perceba-se, entretanto, que o conceito de Estado, que do texto se retira, retrata a evolução do pensamento social, politicamente organizado, que, partindo de uma filosofia liberal-individualista, amplifica suas demandas, perante o Estado, fazendo emergir um novo conceito - o Estado Social, provedor das necessidades coletivas - sem, contudo, perder de vista a noção de soberania popular, absolutamente resguardada no texto constitucional, pela organização - divisão - e controle do poder. Neste sentido é que, dimensionar a Constituição como lei conformadora do Estado requer cuidado e perspicácia, pelo intérprete, sob pena de retirar-se da “nação” a autonomia sobre seu próprio destino (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 82-83).

⁸ “Las constituciones aparecen a fines del siglo XVIII - las constituciones en el sentido moderno y actual de la palabra - como el documento escrito en el cual queda institucionalizada esa nueva concepción. Y las constituciones van a consistir en un documento que contiene esencialmente dos partes. Una parte vinculada con los derechos de los habitantes declaraciones, derechos, garantías, que le llama parte dogmática, y otra parte vinculada con la organización del poder, es decir, de órganos, de instrumentos que funcionen organizando el poder. Ésta es la parte orgánica de la constitución. Y esas dos partes van a estar, dentro de la concepción dominante, en una relación estrecha de medio a fin. El medio es la organización, la división del poder, para asegurar mejor los derechos individuales, que es el fin.” (VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975. v. 1: Teoría constituyente. p. 9).

1. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, nos termos do parágrafo único do art. 1º, da atual Constituição brasileira. Tal outorga do poder ao povo não é uma inovação da Constituição de 1988; trata-se de preceito contido, com semelhantes dizeres⁹, desde a Carta Constitucional de 1934, passando pela Constituição de 1937, de 1946, pela de 1967 e, contido, inclusive, na EC 1, de 1969¹⁰.

Da leitura do referido dispositivo da Constituição da República de 1988, surge uma primeira inevitável pergunta: o que é o poder?

Em um primeiro momento, um conceito puro de poder conduz à idéia de coerção/imposição e sujeição/obediência. Neste sentido, poder implica “uma certa dose de coerção exercida pelo detentor sobre as pessoas, posto que ele pressupõe determinação de atitudes ao sujeito colocado no estado de subordinação,”¹¹ ou ainda poderá afirmar-se que “existe poder sempre que alguém tem a possibilidade de fazer acatar pelos outros a sua própria vontade, afastando qualquer resistência exterior àquilo que quer fazer ou obrigando os outros em fazerem o que ele queira.”¹²

Essa relação coerção/sujeição poderá ser conquistada pelo emprego da força - e então traduz um ato de necessidade ou, no máximo, um ato de prudência, não de vontade e, portanto, ilegítima - ou pelo direito - e então será um ato de auto-determinação e de consenso e como tal, legítima.¹³ Se o Estado Constitucional

⁹ Art. 2º Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

¹⁰ Em todas elas, nos seus respectivos artigos 1º.

¹¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Poder constituinte reformador**: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira. São Paulo: RT, 1993. p. 17.

¹² CAETANO, loc. cit., v. 1, p. 17.

¹³ ROUSSEAU examina a relação entre a força e o direito, para o que leciona: “O mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito, e a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado ironicamente na aparência, e realmente estabelecido em princípio. Obteremos, porventura, uma explicação dessa palavra? A força é uma potência física, não vejo qual moralidade poderá resultar de seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade, é no máximo um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever? Suponhamos, por um momento, esse pretendo direito, afirmo que teremos como resultado uma inexplicável galimatia; dado que a força faz o direito, o efeito muda com a causa: toda força que sobrepuja a primeira, sucede a seu direito. Uma vez que se pode desobedecer impunemente, torna-se legítimo fazê-lo; e, como o mais forte sempre tem a razão, basta apenas atuar como sendo o mais forte. Ora, que direito é esse que parece quando cessa a força? Se é preciso obedecer pela força, não há necessidade de obedecer pelo dever; e se não se é mais forçado a obedecer, não se está mais obrigado. Vê-se, portanto, que a palavra ‘direito’ nada acrescenta à força; aqui não significa absolutamente nada” (ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. 7. ed. São Paulo: Hemus. p. 20-21).

decorre do pacto social, pacto este que retrata o consenso social em eleger uma ordem jurídica - e se jurídica, obrigatória e coercitiva - à qual todas as vontades individuais, bem como o próprio Estado, deverão se sujeitar, devendo obediência aos seus preceitos, tem-se, desse modo, instaurada, uma relação de auto-sujeição, advinda de um ato de vontade, livremente exercitado, em benefício do bem comum e, por via oblíqua, em benefício próprio.

Assim, somente a ordem que deriva da vontade direta da nação - do povo - é poder legítimo a constituir ou alterar as regras fundamentais da estrutura do corpo social; o ato legislativo-constitucional que emana do representante político não é produto do poder, mas de mero exercício de funções outorgadas pelo verdadeiro (único) detentor do poder, quais sejam, as de instrumentalizar as coordenadas básicas de estruturação e direcionamento do Estado.

Telles Junior afirma que “Na vida das Nações, o poder político ora é o poder que os próprios governantes se atribuem, ora é o poder emanado dos governados”¹⁴. Certo, porém que o poder emanado dos governantes, quando não exercido em favor do povo, não poderá ser concebido como poder, mas como arbítrio ou tirania¹⁵.

Daí o porquê de Jorge Miranda sintetizar o poder em “autoridade e (...) serviço”¹⁶. Trata-se da autoridade concedida pelo povo a seus representantes, para que, em nome e em favor daquele, estes prestem serviços, de acordo com as necessidades sociais. Para tanto, há “uma organização cada vez mais intrincada, segundo leis e regulamentos cada vez mais numerosos, que internamente disciplinam órgãos e agentes e externamente fixam os seus poderes, deveres, tarefas e incumbências” em face “dos cidadãos e dos grupos”¹⁷.

Os poderes, deveres, tarefas e incumbências dos representantes do povo são distribuídos em funções estatais. Assim, aquilo que comumente se denomina de “separação de poderes” refere-se, na verdade, como explica Karl Loewenstein¹⁸, a uma distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado.

Sem ignorar que a teoria das funções estatais guarda inegável relação com a própria concepção de soberania e que seu estudo remonta a Aristóteles, Bodin,

¹⁴ TELLES JUNIOR, Goffredo. O Poder do Povo *In Direito Constitucional*: Teoria Geral do Estado (Coleção Doutrinas Essenciais, Volume II). Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (Organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 309.

¹⁵ Assim entendido o agir daquele cujo governo se funda em sua própria vontade (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 76).

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 315.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitucion**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964. p. 55.

dentre outros, a separação dos poderes, aos moldes como se conhece, hoje, remete o leitor, inevitavelmente, à lembrança de Montesquieu: “é quase que automática a conexão com o nome de Charles de Montesquieu, mais precisamente ao Capítulo VI do Livro XI do seu ‘Do Espírito das Leis’, de 1748, o oráculo sempre consultado e cotado a esse respeito”¹⁹.

Jellinek²⁰, na tentativa de explicar as principais funções estatais, adota os critérios “fins do Estado” e “os meios do Estado” e, assim sendo, a função legislativa corresponderia a realização de qualquer dos fins por meio de regras abstratas; a função jurisdicional corresponderia a realização do fim jurídico por meio de atos concretos; e a função administrativa, à realização do fim cultural por meio de atos concretos.

Importante ressaltar que em Montesquieu, a menção às funções do Estado encontrava-se “inserida no estudo político da melhor forma de organização do poder”, aos tempos do surgimento do Estado Liberal. Porém, é apenas com Jellinek que “o problema das funções do Estado passou a ganhar autonomia e relevos científicos”²¹, ou seja, a formulação de teorias sobre os problemas das funções Estatais é relativamente recente. Hoje, fala-se em “hipertrofia das funções estatais”²² ou ainda em “multifuncionalidade do Estado Contemporâneo”²³.

Paulo Bonavides chega a afirmar que o princípio da separação de poderes, “tal como concebido pelo Estado Liberal, é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo”, em razão da “dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado, a partir do século XX, e da posição que deve ocupar para proteger, eficazmente, os direitos fundamentais”²⁴. Em relação a esta problemática é que se volta a análise de tal princípio, e o conflito entre as funções estatais na modernidade, passando-se, contudo, antes, pela análise da harmonia e independência dos poderes.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina “tripartite” dos poderes do Estado. *In* **Direito Constitucional**: Organização dos Poderes da República (Coleção Doutrinas Essenciais, Volume IV). Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (Organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

²⁰ JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 25.

²¹ TAVARES, Op. cit., p. 31.

²² ALMOND, Gabriel; COLEMAN, J. The politics of developing areas. *Apud* QUEIROZ, **Os actos políticos do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 99. Cf. TAVARES, Op. cit., p. 31.

²³ QUEIROZ, Op. cit., p. 99.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 86.

Tratam-se de questões atualmente consideradas, principalmente em virtude da “proeminência do Poder Judiciário (...), servindo de base à necessária remodelagem da clássica teoria da separação dos poderes”²⁵.

2. HARMONIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES

Sem adentrar a aprofundada distinção entre poder (que é uno e emana do povo) e funções (atribuições a cada órgão estatal), é corriqueira a identificação das funções estatais principais, quais sejam, legislativa, executiva e jurisdicional, como funções independentes entre si, cada qual com sua gama de competências. Tais funções-poderes convivem de forma harmônica, pois são distintas e específicas. Esta separação das atribuições, contudo, não é austera, havendo influências recíprocas em que cada poder. Ou seja, cada função-poder estatal, além de exercer suas atribuições, também interfere nas demais.

Trata-se do modelo de freios e contrapesos (checks and balances do Direito norte-americano), caracterizada por uma postura de mútuo controle de poderes, enquanto âncora modeladora do exercício do poder e salvaguarda da liberdade²⁶. Ao mesmo tempo que um poder controla o outro, acaba, também, limitando-o. E esta é, também, a intenção do modelo do “freios e contrapesos”. “Do que se trata então não é de limitação pelas formas dos actos, mas de limitação por regras que impeçam o poder de invadir (ou deixar invadir por outros poderes sociais)”, conforme explica Jorge Miranda²⁷. Por limitação material, entenda-se a limitação da ação dos governantes, preservando-se valores permanentes e superiores. Continua o doutrinador: “Limitação material significa disciplina do poder – inclusive do poder constituinte – contenção dos governantes e defesa dos direitos dos governados; traduz-se no respeito pela autonomia destes últimos; implica instrumentos jurídicos de garantia”²⁸. Daí o porquê, inclusive, da Constituição de 1988 inserir a separação de poderes, sob esta concepção (diga-se) como cláusula pétrea (artigo 60, parágrafo 4º, inciso III).

²⁵ TAVARES, Op. cit., p. 33.

²⁶ CARVALHO, Thiago Fabres. **A linguagem do poder e o poder da linguagem**: os paradoxos do judiciário no estado. Publicada eletronicamente em Datadez, Dezembro de 2004.

²⁷ MIRANDA, Op. cit., p. 318.

²⁸ Ibid.

Na compreensão de Montesquieu²⁹, a preocupação de se limitar o poder consistia no intuito de não permitir o seu abuso, vez que o poder cresce e se alarga, indo até onde encontra limites.

Os poderes estatais são, portanto, independentes e harmônicos entre si (artigo 2º, da Constituição de 1988). Não há, em princípio, nas palavras de Pontes de Miranda, “predominância de qualquer deles. O exercício de cada um dos três é que pode fazer um deles preponderar”³⁰.

Porém, é o exercício de cada um deles que pode fazer um preponderar sobre o outro, “ou porque tal exercício seja demasiado, de modo que um dos Poderes passe a superar os outros, ou porque os outros dão ao exercício a intensidade que seria normal”³¹. Pontes de Miranda, identificando uma crise no que tange à concretização dos preceitos da Constituição de 1946 e que, guardadas as peculiaridades do contexto histórico, pode ser identificada nos dias de hoje, afirmava que “A crise que sobreveio – no plano da democracia e no plano das finanças e da economia – resultou disso”. Continua: “Não é ao Poder Executivo que incumbe dar importância ao Poder Legislativo, ou reconhecer-lhe supremacia: só o próprio Poder Legislativo pode fazer-se tão importante quanto a Constituição de 1946 estatuiu que deveria ser”. E conclui: “só ele mesmo [Legislativo] poderia criar-se a supremacia no torneio de bem servir, que a Constituição de 1946 permitia aos três Poderes. (...) No mundo jurídico, os três poderes têm a mesma altura; no mundo fático, é mais alto o que mais merece” ou seja, “o que se conservou onde devia estar, enquanto os outros se baixaram de nível”³².

Feitas estas considerações, imperativo que se analise a atual crise entre Legislativo e Judiciário, refletida em julgados da Suprema Corte brasileira, o STF, à luz da Constituição de 1988, tomando-se por parâmetro a devida noção das atribuições de cada um destes Poderes.

²⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat.. **O Espírito das Leis** (Tradução de Fernando Henrique Cardoso). Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 35.

³⁰ MIRANDA, Pontes de. Independência e harmonia dos poderes. Publicado originalmente na Revista de Direito Público 20/9, abr-jun de 1972. Republicado em **Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República** (Coleção Doutrinas Essenciais, Volume IV). Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (Organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 65.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

3. O PODER LEGISLATIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL ATUAL

A função legislativa ou legiferante típica consiste na atividade de elaborar a lei, genérica e abstrato, impessoal e não-dirigida, com inovação da ordem jurídica. Por lei, compreende-se “nada mais do que forma”, segundo Clève³³. Trata-se da “forma de veiculação de uma decisão política emanada pelo Parlamento, composto por representantes de todas as classes sociais”. Sob esta perspectiva, continua o autor, a lei “configura o resultado de uma intensa luta política. O fator de democratização da sociedade que consegue trazer legitimidade para o universo político”³⁴. A lei é, assim, uma regra de comportamento, editada a partir do debate entre grupos sociais, por meio de seus representantes.

Mas se por um lado a lei é ou deve ser fruto da vontade popular, esculpida pelos representantes do povo, democraticamente escolhidos, não se pode perder de vista que a sociedade brasileira é pluralista. E essa pluralidade de vontades, representada no Parlamento, é, sem dúvida, transitória. Isso porque, transitórios são os mandatos políticos.

Portanto, se a lei representa, em tese, a vontade popular, segundo uma relação de forças, é certo afirmar, que essa tensão, sintetizada na lei, é momentânea, provisória e, principalmente, instável. “É por isso que, atualmente, o mundo vai sofrendo o influxo do que a doutrina chama de inflação legislativa ou motorização legislativa”. Os Estados contemporâneos possuem “uma vocação legiferante impressionante, notadamente aqueles Estados regedores de sociedades não estratificadas, como é o caso da brasileira”³⁵.

Mas não é só o Estado a ditar regras de comportamento.

A nova ordem mundial é marcada pela heterotopia, “isto é, pela pulverização e multiplicidade dos centros de decisão política e empresarial, que não mais se limitam as fronteiras geopolíticas dos Estados nacionais, estando

³³ Esclarece-se, aqui, que o autor refere-se a várias “tentativas” de se compreender o que é a lei; primeiro sob o prisma do direito alemão, depois sob a análise do direito francês, incluindo sua conceituação alheia ao seu conteúdo. Optou-se por adotar a conceituação trazida por Clève nas passagens antes transcritas, por se entender melhor elucidar o conceito de lei, do ponto de vista clássico. A seguir, neste artigo, tal conceito será objeto de re-análise.

³⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A lei no Estado Contemporâneo. *In* **Direito Constitucional: Organização dos Poderes da República** (Coleção Doutrinas Essenciais, Volume IV). Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (Organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 150.

³⁵ *Ibid.*

espalhados em diversos lugares do mundo”. E conclui: “Entidades privadas nacionais e supranacionais também passaram a regulamentar os comportamentos”³⁶. Multiplicam-se, assim, as esferas normativas, retirando do Estado o monopólio normativo, acentuando a crise da lei.

Porém, a maioria dos países desenvolvidos do mundo vive esse processo de globalização e inserção de novas regras de comportamento não editadas pelo Estado, em momento em que preceitos fundamentais mínimos já haviam sido protegidos, no plano jurídico, e concretizados, no mundo dos fatos. “Em países de modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado”, explica Cambi, “como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição”³⁷.

A crise da lei, hoje, é evidente. “Tem-se se visto que, muitas vezes, o Congresso Nacional legisla demais em certas matérias deixando, curiosamente, de lado outras que estão a exigir um comando normativo que as integre”³⁸. Sabe-se que a Constituição de 1988 possui uma série de normas constitucionais de eficácia contida e limitada. Se as primeiras são passíveis de execução, vindo o legislador infraconstitucional a restringir sua eficácia, as segundas, por definição, são normas constitucionais de princípios e dependem de outras providências para que possam produzir efeitos essenciais objetivados pelo legislador constituinte³⁹. Não raras vezes, a inércia do Congresso Nacional impede a execução do ideal constitucional.

Neste caso, o programa constitucional, definidor de valores maiores, resta relegado a um segundo plano de importância, pois a inércia do legislador, neste caso, deve-se a juízos políticos.

A tal inércia legislativa, soma-se, para contribuir com o agravamento da chamada “crise da lei”, os escândalos de corrupção que dominam, dia-a-dia, os noticiários da mídia nacional. Em um país em que é expressiva a desigualdade social, em que o Estado é “incapaz de sequer promover efetivamente os direitos fundamentais de primeira geração”, exige-se “firmeza do Poder Judiciário no

³⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocedimentalismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 179.

³⁷ Ibid., p. 181.

³⁸ CLÈVE, A lei no..., p. 160.

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 20.

cumprimento das disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988⁴⁰, defende Cambi.

A inércia do Legislativo, ao tratar de algumas questões de relevo social, acaba transferindo o debate político para arena diversa, qual seja, a do Poder Judiciário, identificando-se aqui um conflito (talvez aparente) entre estes dois Poderes, conflito este verificado em alguns casos concretos e polêmicos que foram objeto de julgamento pelo STF, nos últimos anos.

4. CONTROLE JURISDICIONAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Para melhor compreensão do atual papel do Poder Judiciário, imperativa uma breve análise histórica.

No campo do Direito, o século XIX e início do XX serviram para a consolidação do paradigma jurídico positivista. Sob ele construiu-se um modelo argumentativo “liberal-individual-normativista”⁴¹, pela qual a lei é vista como “lei-em-si-mesma”, abstraída de suas condições histórico-sociais.

Sustentando esse modelo individual-normativista existe um campo hermenêutico jurídico, disseminado pela Filosofia da Consciência, pautada na lógica do sujeito cognoscente e objeto cognotivo, pela qual o sujeito de direito, defronte ao objeto a ser analisado, limita-se a descrevê-lo, utilizando a linguagem como mero instrumento dessa relação entre sujeito-objeto⁴².

Segundo essa concepção epistemológica, a atividade judicial é concebida como mera administração da lei pelo Judiciário, instituição tida como neutra, imparcial e objetiva, ficando o intérprete, aplicador do Direito, convertido a um simples burocrata do Direito Positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão ou a orientação dos comportamentos jurídicos, e sim a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo “técnico”, isto é, sem preferências valorativas e imunes a questões político-sociais, o jurista atua limitado pelas garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo paradigmático liberal-burguês do Estado de Direito

⁴⁰ CAMBI, Op. cit, p. 181.

⁴¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 293.

⁴² Ibid.. p. 294.

Positivo: "...ele [o jurista] desempenha também o papel de um profissional competente na integração dos atores considerados 'disfuncionais' na vida social"⁴³.

Já no início do século XX, surgiram críticas ao modelo positivista, destacando a necessidade de se incorporarem valores sociológicos e econômicos ao conceito de norma, numa idéia ampliada acerca das fontes jurídicas⁴⁴ e que aponta as fraquezas de um sistema formal desvinculado de ideais finalísticos.

E a partir da segunda metade do século passado, uma nova dogmática incorpora os valores abandonados pelo positivismo, numa nova fase de jurisprudência de valores, contestando-se o vazio axiológico e teleológico criado pela legalidade formalista. Tal concepção propaga-se na doutrina, principalmente alemã, que reorganizava o seu Direito Constitucional sob a ótica da democracia substancial, notadamente com Alexy⁴⁵ e Canaris⁴⁶, este último definindo, claramente, o Direito como um sistema aberto de valores, ou seja, expresso por meio de princípios dotados de força normativa.

O pós-positivismo consagra, assim, o encontro da norma com a ética, inaugurando no mundo jurídico as idéias de justiça e legitimidade consubstanciadas em princípios, assim chamados os valores vividos pela sociedade em determinada época e lugar. Nesta linha de raciocínio, o jurista americano Ronald Dworkin⁴⁷ trabalha com uma perspectiva do direito enquanto pacto pré-interpretativo referente às práticas sociais que serão consideradas jurídicas numa certa sociedade, ressaltando que tais práticas deverão ser analisadas tomando-se por base princípios fundamentais eleitos pela própria comunidade. No desenvolvimento de processo interpretativo, é necessário adequar os preceitos estabelecidos, coerentemente, à interpretação do direito.

Para Alexy, o silogismo judicial não encerra o entendimento jurídico e não são prescindíveis juízos de valor da parte do julgador. Será necessário, porém, promover meios racionais de explicação desses juízos de valor, de modo que se atinja uma reorganização racional dos preceitos argumentativos usados no debate jurídico.

⁴³ FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 29-30.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, **Revista de Direito Administrativo**. Ano V, nº 225, jul-set 2001. p. 33-34

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 66-67.

⁴⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução Menezes Cordeiro Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 246.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.36.

Ensina que o julgador deve “fixar uma teoria do discurso para o objeto proposto, fundamentando as proposições normativas”, acarretando “a produção de um discurso racional, valendo ressaltar que, mesmo não sendo este resultado absoluto, traria uma racionalidade na decisão.”⁴⁸

O zelo pela formalização, característico do positivismo, bem como a concepção fechada e impermeável do Direito, predominantes por quase dois séculos, passam a ser colocados em dúvida frente à complexidade das relações jurídicas e sociais. Era “uma noção de positividade que não nos restitui, senão opacamente, a complexidade que a ordem jurídica tem por dever organizar”. Paolo Grossi continua sua crítica: “Deve ser superada a idéia de que o direito é feito mediante leis e que somente o legislador é ‘jusprodutor’, capaz de transformar tudo em direito, quase como um Midas dos nossos dias”⁴⁹. O século XX é ainda palco de novas propostas filosóficas⁵⁰ com importantes reflexos no mundo jurídico e na concepção de justiça⁵¹.

Nesta mesma linha é a doutrina de Daniel Sarmento, para quem “a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais”. No lugar de “concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e

⁴⁸ ALEXY, Op.cit. p. 183.

⁴⁹ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 98.

⁵⁰ Pode-se citar o existencialismo jurídico que nada mais é do que do que um dos desdobramentos dos estudos filosóficos existencialistas sob a seara do Direito. Há no existencialismo um profundo humanismo. “O existencialismo concluiu pela impossibilidade de qualquer moral objetiva’, porque não há uma ‘natureza humana’. O homem se ‘faz’; ele é a regra absoluta do bem, a medida de todas as coisas. A única realidade do domínio moral é a ‘subjetividade’ humana.” (CORREIA, Alexandre Augusto. **O existencialismo e a consciência contemporânea**. Anuário da Faculdade de Filosofia da PUC-SP (Sede Sapientiae). São Paulo: Editora PUC-SP, 1949. p. 5.) A justiça, para o existencialismo, não é uma lição falaciosa, mas sim um valor pelo qual se tenha que lutar e que se deve, constantemente, praticar.

⁵¹ Para Hannah Arendt, por exemplo, a justiça está relacionada aos efeitos de um julgamento que cumpre ou não os preceitos ditados pelos institutos jurídicos e, assim, a noção de justiça não está ligada à noção distributiva de justiça, pois a distribuição de bens pertenceria à esfera econômica e não à esfera política. (ABREU, Maria Aparecida. **Hannah Arendt e os limites do novo**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p. 20). Pode-se citar, ainda, a proposta perelmaniana que, destacando o papel da argumentação no julgamento, ressaltava que o julgador possui o papel de construir e completar o sistema jurídico, que, por sinal, tendo em vista as lacunas e as antinomias jurídicas, não é um sistema fechado, mas aberto: “O juiz não é a boca da lei, aplicador neutro e desideologizado das normas jurídicas, como se quis no pensamento derivado da Revolução Francesa” (PERELMANN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 401)

possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma “teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal”, enfatiza-se a “centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiqüidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.”⁵²

Importa, entretanto, para os fins do presente estudo, identificar (ou, pelo menos, tentar identificar) a atual extensão da função jurisdicional, no ordenamento jurídico brasileiro, frente à crise institucional que vive o Poder Legislativo.

5. A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO (E DO STF) FRENTE À INÉRCIA DO LEGISLATIVO E A CRISE INSTITUCIONAL INSTAURADA

A função legiferante que, antes, numa concepção de Estado monocrático, bastava para a adequada gestão da coisa pública, veio sendo substituída por uma concepção de Estado telocrático, ou seja, um Estado que se vincula à obrigação de concretizar o programa estabelecido na norma, criando instrumentos aptos e voltados à efetivação dos direitos previstos nos preceitos esculpido pelo legislador⁵³.

A concretização desses direitos pelo Poder Judiciário tem ocorrido por meio do controle feito pelos órgãos jurisdicionais, à luz da Constituição, da eficiência e eficácia de políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos sociais dos cidadãos.

O controle jurisdicional de políticas públicas tem sido objeto de discussões contrapostas e que tem origem, basicamente, nas idéias contrapostas de Habermas e Dworkin. Para a corrente procedimentalista de Habermas, um “Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo”⁵⁴.

⁵² SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233 – 272.

⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In MILARÉ, Edis. (Coordenação) **Ação civil pública**, Lei 7.347/85, 15 anos. São Paulo: RT, 2001. p. 15.

⁵⁴ HABERMAS, **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. p. 173.

Além de identificar uma possível ofensa ao princípio da separação dos poderes no modelo de Estado prestador de serviços sociais, o procedimentalismo de Habermas aponta para um prejuízo à democracia participativa toda vez que o Judiciário intervém em políticas públicas, como explicado por Cristóvam: “O juízo de constitucionalidade de políticas públicas acaba por dificultar o exercício da cidadania participativa, favorecendo a desagregação social e o individualismo”. O cidadão, “colocando-se na posição de simples sujeito de direitos, assume uma posição passiva perante o Estado, uma espécie de cidadão-cliente, perante o Judiciário fornecedor de serviços”.⁵⁵

Ou seja, a intervenção do Judiciário conduz, segundo Habermas, a uma postura apática do cidadão, alheio às discussões inerentes ao regime democrático, pois se mostra dispensável sua participação, já que o juiz lhe assegura aquilo de que necessita. Neste caso, a Constituição deve assegurar instrumentos de participação e comunicação democrática, instrumentos estes que devem ser resguardados e concretizados pelo Judiciário, sendo este seu papel e não o de fornecedor de serviços⁵⁶.

A corrente substancialista, que busca amparo no pensamento de Dworkin, por outro lado, defende que o Estado constitucional “exige uma redefinição do papel do Poder Judiciário, porquanto, com a evolução do Estado, as leis para o Estado das políticas públicas, resta ao Judiciário a função de assegurar a implementação dos direitos fundamentais”⁵⁷.

O controle jurisdicional de políticas públicas, fenômeno também chamado de judicialização da política, tem por objetivo garantir a supremacia da Constituição, princípio fundamental – e que consiste no próprio papel do Judiciário – e que prevalece, inclusive, em relação à separação de funções estatais.

Rebatendo o argumento procedimentalista de que a justiciabilidade acaba por tornar os cidadãos meros clientes do Judiciário, alheios à democracia participativa, Cristóvam esclarece que, na verdade, “o Poder Judiciário se transforma em instância de efetivação da cidadania participativa, um canal aberto aos cidadãos para pleitearem a implemento de ações governamentais voltadas à efetivação dos direitos

⁵⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Considerações acerca do controle jurisdicional de políticas públicas. In OLIVEIRA, Pedro Miranda; ABREU, Pedro Manoel (Coordenação). **Direito e Processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 242.

⁵⁶ HABERMAS, **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. p. 9-10

⁵⁷ CRISTÓVAM, Op. cit., p. 243.

sociais” ou até mesmo para questionarem as ações que, por ventura, sejam contrárias aos primados da justiça social.

Transportando os ensinamentos acima para o papel que vem exercendo o Judiciário brasileiro, em especial o STF, ao longo dessas últimas duas décadas, percebe-se que a Corte Suprema brasileira tem atuado como verdadeira concretizadora dos preceitos constitucionais, frente a inação legislativa.

Alguns casos e julgados são paradigmáticos.

Cite-se, por exemplo, o caso do Mandado de Injunção. Trata-se de ação constitucional concedida sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

Quanto aos efeitos da decisão em mandado de injunção, a posição não-concretista⁵⁸, por muito tempo, foi a dominante na jurisprudência do STF (cite-se, por exemplo, a decisão proferida no MI 107-DF). Por se tratar de posicionamento que não permitia o exercício do direito e, praticamente, esvaziava a eficácia da ação constitucional em questão, o STF sofreu muitas críticas.

Posteriormente, o STF passou a adotar em alguns casos concretos a posição concretista individual. Ou seja, fixava-se um prazo, instigava-se o Legislativo a editar norma regulamentadora em tal lapso temporal fixado e, caso descumprida a determinação, o autor da ação exerceria o direito, da forma como especificasse o STF. No julgamento do MI 721/DF, o Pleno do STF, acompanhando o voto do Ministro Relator, Marco Aurélio, deferiu ao impetrante o direito à aposentadoria especial em regime próprio, suprindo a omissão legislativa, na regulamentação do art. 40, parágrafo 4º, da Constituição, determinando a aplicação de dispositivo que regulava semelhante matéria, no regime geral de previdência.

Por fim, recentemente, em 2008, no julgamento dos MI 670, 708 e 712 em que se buscava assegurar o direito de greve a determinadas categorias de servidores representadas pelos impetrantes dos referidos mandados de injunção, o STF assegurou o direito de greve para os servidores públicos, determinando a aplicação da lei de greve da iniciativa privada (Lei 7.783/89). Ocorre que a aplicação da lei, em regulamentação ao direito até então pendente de disciplina, não se restringiu às categorias representadas pelas entidades impetrantes, mas sim, valeu

⁵⁸ Segundo a qual a decisão do STF apenas decretaria a mora do poder público (em regra, o Poder Legislativo), sem especificar de que forma o cidadão poderia exercer o direito pendente de regulamentação.

para todo o funcionalismo público nacional. O STF, portanto, passou a consagrar a corrente concretista geral⁵⁹.

Esse ativismo judicial, suprindo-se a inércia do Congresso Nacional, esteve presente no julgamento de outras questões de relevo. Também em 2008, reconhecendo eficácia normativa ao princípio da moralidade – porém sem qualquer disciplina específica sobre a matéria – o STF edita a Súmula Vinculante n. 13⁶⁰, com inegável eficácia normativa. Pela referida súmula, a Corte Suprema declara inconstitucional a prática de nepotismo, ou seja, a nomeação de parentes para cargos de comissão ou função de confiança.

Outro exemplo, é a regulamentação do aviso prévio proporcional. Contido no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição de 1988, o pagamento proporcional do aviso prévio, ao tempo de serviço, estava pendente de regulamentação até a edição da Lei 12.506/11. Ao longo desse período, o tema foi objeto de questionamento no STF por meio de vários mandados de injunção, nos quais trabalhadores exigiam uma solução para a omissão legislativa. O STF, no MI 943, decidiu por aplicar a lei em questão, de modo a suprir a omissão legislativa, mesmo a casos anteriores ao advento da referida lei.

Já em 2011, verifica-se mais um evidente caso de transferência do debate político do âmbito do Congresso Nacional para o Poder Judiciário. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, os Ministros do STF, por unanimidade, reconheceram a possibilidade de constituição de união estável para casais do mesmo sexo. Ou seja, casais em relação homoafetiva passam a constituir família, com a mesma proteção jurídica das relações heteroafetivas.

Apesar de pendentes vários projetos de lei e de emenda à constituição, no Congresso, para disciplinar a matéria, o Legislativo optou por manter-se inerte, evitando o desgaste de um debate político aberto sobre o tema.

⁵⁹ Ou seja, a decisão reveste-se de normatividade geral, estando o STF por legislar, produzindo norma de eficácia geral, até que sobrevenha lei sobre a matéria.

⁶⁰ Diz a súmula: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Esta decisão do STF, porém, chama a atenção, pelo fato da Constituição da República dizer, literalmente, que a união estável é reconhecida como aquela formada entre homem e mulher (artigo 226, parágrafo 3º).

Nas referidas ações de controle concentrado de constitucionalidade, o STF esteve, ao que parece, por reconhecer a existência de inconstitucionalidade superveniente por omissão. Ou seja, se em 1988, efetivamente só existia união estável entre homem e mulher (até porque o tema foi amplamente debatido na assembléia constituinte), a evolução dos valores sociais passou a admitir a união entre pessoas do mesmo sexo. O poder constituinte derivado reformador, que deveria ser usado com o fim de adaptar a Constituição aos novos preceitos sociais, acabou sendo negligenciado pelo Congresso Nacional que, como visto, manteve-se inerte. Suprindo tal inércia e concretizando princípios como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o STF atuou como concretizador da Constituição. Conforme explicou Cristóvão, “o Poder Judiciário se transforma em instância de efetivação da cidadania participativa, um canal aberto aos cidadãos para pleitearem a implemento de ações governamentais voltadas à efetivação dos direitos”⁶¹.

Esse ativismo judicial, já exposto anteriormente, calcado e plasmado na esteira do *neoconstitucionalismo*, vem encontrando frontal resistência na classe política, que se insurge contra os supostos *ataques* do Judiciário, àquilo que chama de *soberania do voto*, para fazer referência à legitimidade dos atos dos legisladores, porquanto fundados em mandato de representação política democraticamente conquistado pela escolha livre e consciente do cidadão eleitor...

Clara demonstração disso foi a PEC nº 33, apresentada pelo eminente Deputado Federal Nazareno Fonteles (contra o que o parlamentar chama de *despotismo legislativo do STF*), cujo texto segue no rodapé⁶², e que, em suma se

⁶¹ CRISTÓVAM, Op. cit., p. 243.

⁶² Íntegra da PEC 33:

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

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

Artigo 2º. O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação
“Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

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

§2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas,

presta a limitar os poderes conferidos pela Constituição da República, à Suprema Corte do País. Mais que isto: a proposta legislativa afronta cláusula pétrea constitucional, na medida em que viola a separação dos poderes, expressamente insculpida no inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 60, da Lei Maior.

O discurso pretensamente justificador de tal aberração legislativa patina no já ultrapassado e inconsequente argumento de que “o Judiciário não conta com a legitimação popular, obtida única e exclusivamente pelo voto”. Há que se frisar, entretanto, que esse é apenas um argumento político, frágil e inconsistente, porquanto os membros do Judiciário são sim, ainda que indiretamente, escolhidos pelo povo, cujos critérios de seleção são expressa e soberanamente estabelecidos na ordem constitucional, através de rígido e exaustivo processo de avaliação técnica e psicológica (requisito indispensável àquele que pretende se lançar na atividade de interpretação da norma jurídica, vislumbrando seus limites e possibilidades).

Também não se trata de sobreposição de um poder sobre o outro de invasão às atribuições do outro. Como disse Pontes de Miranda, em passagem antes citada, “só ele mesmo [Legislativo] poderia criar-se a supremacia no torneio de bem servir, que a Constituição (...) permitia aos três Poderes. (...) No mundo jurídico, os três poderes têm a mesma altura; no mundo fático, é mais alto o que mais merece” ou

acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

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

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

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

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

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

"Art. 102. ...

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

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

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

seja, “o que se conservou onde devia estar, enquanto os outros se baixaram de nível”⁶³.

Rebatendo a tentativa de se restringir a atuação do STF, o Ministro Gilmar Mendes chegou a tecer ácidas críticas à PEC 33, em entrevista à Revista Exame: “Não há nenhuma dúvida, [a proposta] é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [parlamentares] rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal”⁶⁴.

Clara, pois, a crise institucional instaurada na realidade brasileira.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma liberal, inspirador de todo o constitucionalismo moderno, ainda mantém intactos alguns pilares da doutrina constitucional, especialmente no que diz com os mecanismos de controle e limitação dos poderes, na esteira da potencialização normativa de um estatuto libertário e emancipatório em que deve se revelar a ordem fundante de um Estado.

Não por outra razão que a rigidez constitucional retrata uma preocupação sobremaneira com a preservação - formal e material - da obra legislativa maior; deflui-se, deste sistema, o sentido garantístico do ordenamento superior (próprio do referido paradigma liberal) que recomenda a intangibilidade - ainda que relativa - do **pacto social**. Assim, a rigidez não só dificulta o processo de reforma, mas, no que necessário, estabelece limites extremos, impondo, inclusive, a petrificação de alguns preceitos, intocáveis pela manifestação do próprio poder constituinte derivado.

Das características dos sistemas rígidos, duas conclusões, desde logo, podem ser extraídas: (a) a Constituição é fruto da vontade última do legítimo e incondicional titular do poder constituinte originário - o povo, **cuja vontade se sobrepõe às lideranças parlamentares**, às quais se impõe efetiva limitação ao poder de reforma da Constituição; (b) a limitação ao poder de reforma demonstra, inequivocamente, a **desconfiança da sociedade em relação ao sistema político-representativo**⁶⁵, já que os poderes conferidos aos representantes eletivos guardam

⁶³ Ibid.

⁶⁴ MENDES, Gilmar. Publicado na Revista Exame, disponível em <http://exame.abril.com.br/brasil/politica/noticias/mendes-diz-que-e-melhor-fechar-stf-se-aprovar-a-pec-33>, acesso em 28.07.13.

⁶⁵ Sobre o tema, consultar LOEWENSTEIN, Op. cit., p. 203-205.

limites rigorosos que não permitem o exercício arbitrário do poder.

Este caráter ganha corpo, ainda, em face do descrédito do Poder Legislativo e na estrutura político-partidária que o Brasil enfrenta neste momento. Não raro, a mídia tem trazido à tona vários episódios políticos escandalosos, provocando o estremecimento da relação eleitor/eleito, o que, inclusive, acabou, somando-se a outros fatos, por desencadear, recentemente, uma sucessão de protestos populares, que se alastrou por todo o País⁶⁶.

Evidentemente que, diante desse quadro de flagrante fragilidade da estabilidade institucional, é preciso resgatar um mínimo de segurança e respeito ao *pacto social*, o que propicia e recomenda a atuação mais firme e corajosa do Poder Judiciário, tanto no que diz com a realização de direitos fundamentais, travestidos, até então, de *normas programáticas* no texto constitucional, e absolutamente desprezadas pelo legislador ordinário, como no que diz com a limitação aos abusos legislativos, cometidos em face da *lex suprema*, consolidando a postura do Supremo Tribunal Federal como Corte jurisdicional de efetiva guarda e proteção da Constituição.

Esse ativismo judicial, já exposto anteriormente, calcado e plasmado na esteira do *neoconstitucionalismo*, vem encontrando frontal resistência na classe política, que se insurge contra os supostos *ataques* do Judiciário, àquilo que chama de “*soberania do voto*”, para fazer referência à legitimidade dos atos dos legisladores, porquanto fundados em mandato de representação política democraticamente conquistado pela escolha livre e consciente do cidadão eleitor...

Clara, pois, a crise institucional instaurada na realidade brasileira.

Entretanto, como toda crise representa uma grande oportunidade para o crescimento, não é demais lembrar que as bases do constitucionalismo moderno, mais que nunca, devem se manter intactas, notadamente no que diz como os freios e contrapesos, na medida em que delas depende a estabilidade e a harmonia entre os Poderes, e, por via de consequência, a paz social.

⁶⁶ Neste sentido, noticia Daniel Sarmiento, em local já citado, que “O livro de Alberto Carlos Almeida, **A Cabeça do Brasileiro**, lançado em 2007, contém pesquisas feitas sobre uma série de temas, com pessoas de todas as classes sociais e regiões do país. Uma das pesquisas é relativa à avaliação das instituições. Dentre as treze avaliadas, as duas que obtiveram menor aprovação foram os partidos políticos (avaliação positiva de 28% dos entrevistados) e o Congresso (avaliação positiva de 36% dos entrevistados)”. (ALMEIDA, Antonio Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro:Record, 2007. p. 187).

O pleito social por uma ampla reforma política revela inquestionável falência do atual modelo de representação política que, diante de tantas mazelas, busca – desordenadamente – coibir a *interferência* do verdadeiro titular do poder: sua Excelência, o Cidadão!!! E os principais instrumentos institucionais capazes de potencializar o controle popular e a fiscalização dos atos legislativos inconstitucionais são os mecanismos jurisdicionais de proteção dos parâmetros normativos fundantes da ordem estatal, insculpidos na Carta Constitucional.

Nessa medida, o chamado *ativismo judicial*, ponderado, criterioso e cauteloso, perfaz-se inquestionavelmente necessário à manutenção da ordem, à proteção dos interesses do cidadão, e à realização plena dos direitos fundamentais. Não apenas, aliás, aqueles descritos no artigo 5º da Constituição de 88, mas, notadamente, os direitos relativos à legítima representação política, ao controle e fiscalização dos atos praticados na esteira do exercício do mandato eletivo e aos direitos do administrado.

Diante do quadro que se vislumbra, da realidade sócio-política brasileira, é possível arriscar dizer que finalmente está-se a percorrer, ao longo desses 25 anos da Constituição cidadã, um caminho delicado e corajoso, mas necessário e indispensável ao crescimento de uma sociedade livre e emancipada, dentro dos exatos propósitos idealizados pelo ainda atual pensamento iluminista.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maria Aparecida. **Hannah Arendt e os limites do novo**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALMEIDA, Antonio Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro:Record, 2007.

ALMOND, Gabriel; COLEMAN, J. The politics of developing areas. *Apud* QUEIROZ, **Os actos políticos do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, **Revista de Direito Administrativo**. Ano V, nº 225, jul-set 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocedimentalismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução Menezes Cordeiro Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Considerações acerca do controle jurisdicional de políticas públicas. *In* OLIVEIRA, Pedro Miranda; ABREU, Pedro Manoel (Coordenação). **Direito e Processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CORREIA, Alexandre Augusto. **O existencialismo e a consciência contemporânea**. Anuário da Faculdade de Filosofia da PUC-SP (Sede Sapientiae). São Paulo: Editora PUC-SP, 1949.

CARVALHO, Thiago Fabres. **A linguagem do poder e o poder da linguagem**: os paradoxos do judiciário no estado. Publicada eletronicamente em Datadez, Dezembro de 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A lei no Estado Contemporâneo. *In* **Direito Constitucional**: Organização dos Poderes da República (Coleção Doutrinas Essenciais, Volume IV). Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (Organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1985.

_____. **O poder judiciário no Brasil**: paradoxos, desafios, alternativas. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitucion**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Poder constituinte reformador**: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira. São Paulo: RT, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In MILARÉ, Edis. (Coordenação) **Ação civil pública**, Lei 7.347/85, 15 anos. São Paulo: RT, 2001.

MENDES, Gilmar. Publicado na Revista Exame, disponível em <http://exame.abril.com.br/brasil/politica/noticias/mendes-diz-que-e-melhor-fechar-stf-se-aprovar-a-pec-33>, acesso em 28.07.13.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. 2.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat.. **O Espírito das Leis** (Tradução de Fernando Henrique Cardoso). Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

PERELMANN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

QUEIROZ, **Os actos políticos do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 1990.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. 7. ed. São Paulo: Hemus.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Por um constitucionalismo inclusivo**: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina “tripartite” dos poderes do Estado. *In* **Direito Constitucional**: Organização dos Poderes da República (Coleção Doutrinas Essenciais, Volume IV). Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (Organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TELLES JUNIOR, Goffredo. O Poder do Povo *In* **Direito Constitucional**: Teoria Geral do Estado (Coleção Doutrinas Essenciais, Volume II). Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (Organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975. v. 1: Teoría constituyente.