

PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLATADOR POSITIVO E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira¹

José Albenes Bezerra Júnior²

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a temática em torno da capacidade do Poder Judiciário atuar como legislador positivo, examinando todos os elementos intrínsecos a tal procedimento à luz da Constituição Federal, da efetividade dos direitos fundamentais, da separação dos poderes e da reserva de consistência. De forma a materializar o conhecimento necessário ao desenvolvimento do trabalho, buscamos fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais, com escopo de lastrear todas as exposições realizadas. Compreendemos a capacidade do Poder Judiciário atuar como legislador positivo como um desdobramento do controle de constitucionalidade, uma vez que a inércia do Poder Legislativo em regular as normas constitucionais gera uma inconstitucionalidade, afetando a aplicação e a normatividade dos direitos fundamentais. Daremos ênfase a inaplicabilidade da dificuldade contramajoritária e enalteceremos o caráter pluralista e democrático que permeia as decisões da Suprema Corte, refletindo os interesses dos grupos sociais envolvidos na questão e como forma de representar o direito das minorias excluídas do processo democrático.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Legislador Positivo; Constituição Federal de 1988; Dificuldade Contramajoritária; Amicus Curiae; Reserva de Consistência.

ABSTRACT

The following study aims to analyze the issues around the capacity of the Judicial Power to act as a positive legislator, examining all the intrinsic elements to this procedure, having the Federal Constitution, fundamental rights effectiveness, separation of powers and the consistency reserve as a guiding light. In the pursuit of the necessary knowledge for the development of this study, doctrinal, legal and jurisprudence references were sought after in order to validate the initial hypothesis. With the understanding that the capacity of the Judicial Power to act as a positive legislator comes as an offshoot of the constitutionality control, since the inertia of the Legislative Power to regulate the constitutional norms creates a unconstitutionality, affecting the implementation and normativism of the fundamental rights. Emphasis will be given to the inapplicability of the counter-majoritarian difficulty and also will be shown the pluralistic and democratic aspects of the decisions made by the Supreme Court, reflecting the interest of the social groups involved in the matter and as a formula to represent rights of the minorities excluded from the democratic process.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: andremaciel@supercabo.com.br

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: jalbenes@hotmail.com

Keywords: Judicial Activism; Positive Legislator; Federal Constitution of 1988; Counter-majoritarian difficulty; Amicus Curiae; Consistency reserve.

1 INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal assumiu uma posição de prestígio, detendo o posto de guardião da Carta Constitucional. Sendo assim, passa a Corte Suprema a atuar no controle de constitucionalidade, garantindo a força normativa constitucional e a efetivação dos Direitos Fundamentais, abraçando uma postura compatível com o chamado Ativismo Judicial.

Todavia é necessário questionar: Como pode a Corte Constitucional, componente máximo do Poder Judiciário, ultrapassar os limites impostos pelo princípio da Separação dos Poderes, consagrado pela Lei Maior, adentrando a esfera de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo? É constitucional tal invasão? De que maneira essa postura do dito tribunal tem haver com a realização dos Direitos Fundamentais? Quais os requisitos e pressupostos para tanto?

No presente trabalho, busca-se responder aos quesitos supra, direcionando o estudo a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, ou seja, a penetração da Corte Constitucional no âmbito do Poder Legislativo, partindo de uma reflexão acerca de todos elementos envolvidos e ofertando um painel racional com as conclusões encontradas.

Inicialmente abordamos o conceito e a importância dos Direitos Fundamentais, também de um ponto de vista histórico quanto na sua contextualização e enaltecimento por nossa Carta Magna, enxergando qual posição ocupa no ordenamento pátrio.

Prosseguiremos com o estudo da Separação dos Poderes, sob a ótica da teoria original, qual sua função no contexto histórico que a originou e como se encontra situada nos dias atuais, sob a égide do neoconsitucionalismo.

Em seguida abordamos a capacidade do Poder Judiciário em atuar como legislador negativo, tendo por base a teoria do controle de constitucionalidade concentrado de Hans Kelsen.

Passaremos, então, a estudar os pressupostos e a possibilidade de atuação do Judiciário como legislador positivo, elencando uma série de requisitos e colacionando julgados do Pretório Excelso que demonstram o exposto.

Por fim, analisaremos a Reserva de Consistência como limite da atuação da Corte Suprema e a necessidade de fundamentação da decisão judicial.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ab initio, cumpre-nos destacar e esclarecer alguns pontos sobre os direitos fundamentais, uma vez que constituem o ponto de partida de nosso estudo. Os direitos fundamentais constituem um manto protetor que envolve os particulares diante de exacerbações do poder estatal, com o condão de corrigir a hipossuficiente dos indivíduos perante o Estado. Nessa trilha, transcreveremos o belo conceito esposado por Dimoulis e Martins:

Direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidas em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (DIMOULIS e MARTINS, 2012, pág. 40).

A origem dos direitos fundamentais remonta as declarações de direito do final do século XVIII, as quais destacam-se a *Bill of Rights* e a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Sobre o primeiro manifesto, elucidam os juristas supra-mencionados:

No ano da Declaração da independência das 13 ex-colônias da Inglaterra na América do Norte proclamou-se, no Estado da Virgínia, em 12 de junho de 1776, uma ‘Declaração de Direitos’ (*Bill of Rights*). Em seu texto, foram enunciados direitos tais como a liberdade, a autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade, a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal. (DIMOULIS e MARTINS, 2012, pág. 12).

No que toca ao segundo texto, destacam:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi redigida na França em 26 de agosto de 1789 e adotada definitivamente em 2 de outubro 1789, é um texto em muitos aspectos parecido com as Declarações norte-americanas. Nela, encontram-se o reconhecimento da liberdade, da igualdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão, da liberdade de religião e do pensamento, além de garantias contra a repressão penal. (DIMOULIS e MARTINS, 2012, págs. 12 e 13);

No Brasil, a primeira menção aos direitos fundamentais deu-se na Constituição do Império de 1824, a qual tinha previsão, em seu art. 179 e incisos, de direitos parecidos com os proclamados pelos textos americano e francês. Posteriormente, com a Carta de 1891, há um avanço, dado o seu art. 72 prever, além dos direitos da Constituição anterior, o reconhecimento dos direitos de reunião e associação, dando respaldo constitucional as garantias penais e ao *habeas corpus*, ampliando o alcance constitucional aos estrangeiros residentes no país. Depois, com a Constituição de 1934, surge a incorporação ao texto constitucional dos direitos sociais e a criação dos instrumentos processuais do mandado de segurança e a da ação popular. Inovações só voltam ocorrer com a Constituição Federal de 1988, com um rol mais extenso e tendo por característica a diluição dos direitos fundamentais por todo o texto constitucional, apesar de haver uma grande concentração no Título II, cujo nome é “Dos direitos e garantias fundamentais”. Portanto, na Lei Maior temos a presença dos direitos e garantias individuais, prescritos pelo art. 5º; direitos sociais esculpidos no art. 6º; previsão constitucional para o direito trabalhista no art. 7º.

Quanto às espécies de direitos fundamentais, adotaremos a classificação tríplice de Georg Jellinek, uma vez que é um sistema que “não perdeu até hoje sua atualidade e pertinência, pois permite distinguir de forma satisfatória entre três categorias de direitos fundamentais.” (DIMOULIS e MARTINS, 2012, pág. 53). Logo, ficam os direitos fundamentais divididos em:

2.1 DIREITOS DE *STATUS NEGATIVUS*:

São os direitos que possibilitam ao indivíduo resistir a uma pretensão estatal, representando uma barreira que impede o estado de adentrar na esfera individual. Assim, tais direitos não só protegem o indivíduo como servem de *ratio* ao poder do Estado, trazendo em si um imperativo de abstenção.

2.2 DIREITOS DE *STATUS POSITIVUS*:

Nesta categoria estão os direitos denominados de sociais ou prestacionais. Esta espécie de Direito Fundamental prevê uma obrigação ao Estado, que deve usar de suas atribuições para garantir a máxima eficácia das normas constitucionais. Outrossim, fica-lhe entregue a incumbência de agir no sentido norteado pela Constituição, uma vez que é direito positivo do cidadão ter melhorada sua condição de vida, na forma das políticas públicas.

Além de auferir a obrigação de uma prestação material, o referido grupo também prevê uma obrigação de prestação legislativa, uma vez que há normas constitucionais de eficácia limitada, as quais dependem da confecção de uma norma infra-constitucional para regulamentar sua aplicabilidade.

2.3 DIREITOS DE *STATUS ACTIVUS*:

Tratam-se de direitos que ofertam a possibilidade do cidadão participar na esfera política estatal, seja de forma ativa, interferindo no Estado, manifestando-se sobre os rumos políticos. Nesta senda, o cidadão passa a gozar da prerrogativa de influenciar o Estado, podendo ser enxergado sob a forma de duas capacidades, as quais integram o instituto do sufrágio: a de votar e ser votado. Noutro pórtico, o cidadão ainda pode participar de forma direta no processo legislativo, contribuindo à formação da vontade política. No caso de nossa Carta Constitucional, são elencados os institutos da Ação Popular (elaboração legislativa de iniciativa de particulares), do Plebiscito (convocação popular para se manifestar sobre a criação de um ato administrativo ou lei específica) e do Referendo (semelhante ao instituto retro, entretanto, a manifestação popular dar-se no intuito de ratificar os termos já deliberados).

Para o nosso estudo, daremos ênfase aos direitos de *status positivus*, uma vez que iremos nos ater a capacidade do Poder Judiciário atuar como legislador positivo em caso de inércia ou descumprimento do Poder Legislativo em prestar a tutela jurisdicional. Nessa trilha, quando não é editada a norma que dará eficácia e efetivação a um direito fundamental, comprometendo a força normativa da Constituição, cria-se uma inconstitucionalidade que deve ser corrigida. Inclusive, cumpre-nos frisar que o entendimento da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais remonta ao julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, ocorrido em 1803 nos Estados Unidos e que serve de marco para o ativismo judicial, criando o modelo de *judicial review*. Dissertando sobre o tema, Dimoulis e Martins lecionam:

[...] os juízes norte-americanos tornaram-se garantidores da supremacia constitucional e, necessariamente, dos direitos fundamentais contidos no texto constitucional, tendo a incumbência de declarar a inconstitucionalidade de toda norma estatal que atentasse contra tais direitos. Isso constitui um importantíssimo passo na construção do constitucionalismo e da própria dogmática dos direitos fundamentais. Declarando-se competente para fiscalizar o respeito aos direitos fundamentais com o poder de afastar leis votadas pela maioria dos representantes do povo, o Judiciário deixou claro que o legislador ordinário não tem o poder de definir (restringir) conforme seu arbítrio os direitos fundamentais. Pode e deve ser fiscalizado pelo

Judiciário, sendo certas decisões legislativas invalidadas em prol da proteção de indivíduos ou minorias.” (DIMOULIS e MARTINS, 2012, págs. 13 e 14).

Isto posto, faz-se mister questionar sobre a resolução de uma lacuna legal, pelo Judiciário, em relação ao que toca os limites estabelecidos pela Separação dos Poderes.

3 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes ganha força no caótico cenário do Estado Moderno, onde os constantes abusos do poder estatal, concentrado nas mãos do monarca, sufocavam as liberdades individuais. Desta sorte, para reestabelecer o equilíbrio político no cenário revolucionário que culminou na ascensão da burguesia ao poder, bem como garantir o que veio a ser a base do constitucionalismo democrático, fez-se a separação dos poderes estatais em três esferas distintas e autônomas entre si: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Pontua Dalmo Dallari:

É importante assinalar que essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos. (DALLARI, 2003, pág. 215)

Entende Bonavides que o princípio da separação caracterizava-se por ser técnica de limitação ao poder. Sobre o tema, disserta:

[...] a divisão dos poderes, que tinha como objeto precípua servir de escudo aos direitos da liberdade, sem embargo de sua compreensão rigorosamente doutrinária conduzir ao enfraquecimento do Estado, à dissolução de seu conceito, dada a evidente mutilação a que se expunha o princípio básico da soberania.

[...]

A lição dos povos que padeceram os abusos do absolutismo explica, por conseguinte, a elaboração daquela técnica sedutora que imperou, por mais de século, no constitucionalismo clássico. Devemos entendê-la, pois, como arma de que se valeu a doutrina para combater sistemas tradicionais de opressão política. (BONAVIDES, 2007, pág. 72)

Apesar de ter sido institucionalizada no sistema jurídico-constitucional da Revolução Francesa, a origem do dito princípio pode ser encontrada nos estudos de Aristóteles, nos quais dissociava o poder em três entidades: a assembleia geral, o corpo de magistrados e o corpo

judiciário. (BONAVIDES, 2000, pág. 137). Apesar do referido filósofo fazer menção, a verdadeira construção da Separação dos Poderes deu-se de forma gradativa, conforme explicação de Dallari:

Mas a concepção moderna de separação dos poderes não foi buscar em Aristóteles sua inspiração, tendo sido construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos políticos-sociais. (DALLARI, 2003, pág. 217)

Além de Aristóteles, contribuíram igualmente com estudos sobre o tema os filósofos Marsílio de Pádua, Grotius, Wolf, Puffendorf, Bodin, Swift e Bolingbroke, tendo conseguido uma boa aproximação da teoria separatista de Montesquieu. (BONAVIDES, 2000, pág. 136). Outro teórico que deve ser mencionado é John Locke, cuja obra contém o primeiro esquema sistematizado para a separação dos poderes. Sintetizando o prefalado sistema, elucida Dallari:

[...] Locke aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como ‘o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras. (DALLARI, 2003, pág. 217)

No que cinge ao aspecto teórico, é em Montesquieu que a separação dos poderes encontra seu maior expoente. Em sua obra, ele delimita três instituições que formam o sistema que conhecemos hoje. Na medida em que realiza tal partição, ele distribui as competências do Estado a cada um dos poderes, tendo por interesse não uma maior eficácia, mas sim uma menor intervenção na esfera individual do cidadão. (DALLARI, 2003, pág. 218). Desta sorte nasce a separação tripartite dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Sintetizando as funções de cada um, colacionamos a seguinte lição de Paulo Bonavides:

Através do poder legislativo fazem-se leis para sempre ou para determinada época, bem como se aperfeiçoam ou ab-rogam as que já se acham feitas. Com o poder executivo, ocupa-se o príncipe ou magistrado (os termos são de Montesquieu) da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões. O terceiro poder – o judiciário – dá ao príncipe ou magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil. (BONAVIDES, 2000, pág. 139)

Mediante a teoria de Montesquieu, o instituto em comento se espalhou por diversas Constituições, tendo sido atrelado à existência do Estado Democrático a uma previa mitigação do poder estatal, que só poderia ser efetivada pelo sistema da tripartição, dando origem ao

dogma da separação. Ademais, o modelo separatista ganhou uma nova conotação com a elaboração do sistema de freios e contrapesos, o qual é muito bem explicado por Dallari:

Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral, é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, por todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada uma permanecer nos limites de suas respectiva esfera de competências. (DALLARI, 2003, pág. 219)

No que toca a Ordem Constitucional pátria, a Separação dos Poderes é encontrada no art. 2º de nossa Constituição Federal, o qual transcrevemos, *ipsi literis*: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Por derradeiro, é inegável que no decorrer da evolução do Constitucionalismo, a Separação dos Poderes tomou novos contornos. Se no Estado Liberal havia uma predominância do Poder Legislativo, uma vez que o Executivo e o Judiciário estavam amarrados a densa legalidade que pairava a época, hoje temos uma nova ótica no Estado Democrático de Direito, o qual alia Pós Positivismo e Neo-Constitucionalismo. Num sistema em que há o controle de constitucionalidade e a conferência do Poder Judiciário a posição de Guardião da Constituição, tem-se uma supremacia deste poder perante os demais. Portanto, cabe ao Judiciário à avaliação da constitucionalidade dos atos do Executivo e Legislativo e, em sede de Ativismo Judicial, suprir a ausência desses poderes, quando da inércia surgir uma inconstitucionalidade ou ofensa a direito fundamental.

4 O PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR NEGATIVO

A base da jurisdição constitucional, instituto que pressupõe o controle repressivo de normas inconstitucionais, o que podemos denominar de função legislativa negativa, tem sua base na doutrina de Hans Kelsen. O jurista austríaco cuja teoria influenciou a elaboração da Constituição da Áustria, que ao ser promulgada em 1920, inovou trazendo a possibilidade de

uma Corte Constitucional, competente para analisar a constitucionalidade dos poderes executivos e legislativos. Para tanto, prevê a existência de um órgão colegiado, dotado de independência funcional dos demais poderes.

Logo, dada à idoneidade necessária para o desempenho de tal função, uma vez que é irracional e ineficaz confiar aos próprios órgãos controlados o mecanismo de controle, torna-se o Poder Judiciário legitimado para o exercício de tal contenção. A premissa para tanto reside no fato de que:

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. (KELSEN, 2003, pág. 240)

Nessa latitude, a jurisdição constitucional deve ser desempenhada pelo Tribunal Constitucional, o qual Kelsen elege como “Guardião da Constituição”, contrariando a ideia totalitarista de Carl Schmitt.

Assim, todos os atos que revistam a forma legal, independente de serem leis, atos administrativos e do procedimento adotado para sua constituição, são passíveis de apreciação pela jurisdição constitucional, anulando, assim, eventuais fugas ao controle, uma vez que é possível muito bem editar um ato administrativo e através dele fazer valer uma disposição inconstitucional. Ou seja, basta que haja uma subordinação entre o ato e a Constituição para que ocorra a incidência do exposto retro.

Portanto, pode-se concluir que a extensão da competência do Tribunal Constitucional é idêntica à competência administrativa do estado, pouco importando se trata-se de conteúdo normativo geral ou individual. No que tange a regulação dos atos dos próprios tribunais, transcrevemos, *in verbis*, o pensamento de Kelsen:

No simples fato de um ato jurídico ser produzido por um tribunal, vê-se uma garantia suficiente de sua regularidade. Que essa regularidade consiste imediatamente ou mediamente numa constitucionalidade, não é, de modo geral, motivo suficiente para retirar esses atos das jurisdições de direito comum e atribuir seu conhecimento a um tribunal constitucional especial. Mas os atos individuais produzidos pelas autoridades administrativas, mesmo se imediatamente subordinados à Constituição, tampouco devem ser submetidos ao controle do tribunal constitucional, mas sim, pelo menos em princípio, ao dos tribunais administrativos. (KELSEN, 2003, pág. 161).

E prossegue:

Restariam, pois para a jurisdição constitucional unicamente os atos jurídicos individuais que são obra do Parlamento, quer revistam a forma de uma lei, quer a de um tratado internacional; mas é como leis

ou regulamentos que entram em sua competência. (KELSEN, 2003, pág. 161).

Nesses termos, ao fazer o juízo acerca da constitucionalidade sobre uma lei ou sobre um decreto legal, a Corte Constitucional atua como um legislador negativo, sendo inclusive, esta em tese sua função típica. Ao suprimir do Ordenamento uma norma tida como inconstitucional, a Corte o faz sem inovar as normas jurídicas já existentes. Para produzir sua alçada, o tribunal constitucional conta com um critério específico, que é tão somente analisar a validade do ato em questão, restringindo-se tão somente a este aspecto, sem fazer qualquer juízo do conteúdo e seus aspectos, uma vez que Kelsen tem por temerosa tal análise, uma vez que estaria relacionada a subjetividade principiológica que resta positivada na Constituição. (KELSEN, 2003, pág. 169).

Cumpra destacar o caráter político da jurisdição constitucional, que na ótica do Mestre Austríaco, uma vez que o termo “política”, em sua má utilização, vai além de um “exercício de poder” ou de uma “função legislativa.” (KELSEN, 2003, pág. 250). Considerando a essência das lides, que partem de uma sobreposição conflituosa de interesses, sejam eles ordem de poder ou de política, a via judicial torna-se a ideal para dirimi-las, uma vez que a apreciação de controvérsias é um dos elementos que compõem a atividade jurisdicional. Tão logo, afirma:

Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, portanto um poder que dá a função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. (KELSEN, 2003, pág. 251).

E completa:

...entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito. (KELSEN, 2003, pág. 259).

No tocante a atividade jurisdicional, como o juiz é investido no cargo para dirimir as lides, que em sua essência constituem uma sobreposição conflituosa de interesses, de poder, ou de política, torna-se efetivada a aplicação do Direito no caso em concreto, contudo, com eficácia restrita as partes. Logo, a sentença passa a ser uma norma individual, não-positiva. Para que a sentença, em sede de jurisdição constitucional, possua efeito geral, ela não consiste na criação do Direito per si, mas sim na aplicação deste, conforme elucidada:

A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e, mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que a sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do Direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional (KELSEN, 2003, pág. 153).

Sobre o tema, contribui Marinoni, notando que Kelsen deixou por lacuna a possibilidade de criação judicial do Direito, no caso concreto, resumindo-se na “aplicação de norma geral não positiva”. (MARIONI, 2008, pág. 104).

O abandono do modelo supra pela nossa Corte Constitucional é explicado detalhadamente por Daniel Sarmento:

[...] esta mudança de paradigma se reflete vivamente na jurisprudência do STF. São exemplos eloquentes a alteração da posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como “normas programáticas”, e hoje submetidos a uma intensa proteção judicial, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandando de injunção, e a progressiva superação da visão clássica kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao “legislador negativo”, com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição, constitucional, que permitiram a participação dos *amici curiae*, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF (SARMENTO, 2011, págs. 93 e 94).

É prudente enfatizar que Kelsen é um dos expoentes da teoria clássica de jurisdição e ferrenho defensor do Positivismo Jurídico, portanto, seu modelo encontra-se defasado e em desuso, eis que o Estado Democrático de Direito que hoje vigora alia-se ao pós-positivismo, que constitui a reaproximação do Direito com a moral, trazendo novas possibilidades a atividade jurisdicional e rompendo com dogmas e tabus positivistas que outrora eram intocáveis. Portanto, o Controle de Constitucionalidade contemporâneo vai além da análise do caráter formal da constitucionalidade, fazendo vistas, com igual valor, ao conteúdo material do ato vergastado, possibilitando inclusive um deslocamento do Poder Judiciário para as esferas de atuação dos demais poderes, em homenagem ao sistema de ativismo

judicial em que vivemos. Noutro pórtico, foi a partir da sua semente e consequente evolução do Direito Constitucional, junto a Ciência Política que chegamos hoje ao modelo de Controle de Constitucionalidade que vigora sob a égide da nossa Constituição Federal.

5 O PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO

Com a reaproximação entre Direito e Moral proporcionada pelo pós-positivismo, o advento do Estado Democrático de Direito e a supervalorização dada aos Direitos Fundamentais, várias regras exegéticas começaram a serem questionadas, ao mesmo passo que os juízes passaram a ter uma discricionariedade maior na interpretação da lei, deixando de ser tão um mero aplicador legalista para torna-se agente ativo da efetivação política e social.

Um dos pontos que é fartamente debatido é a capacidade do Poder Judiciário atuar como legislador positivo. Considerado um tabu, em especial sob a ótica da separação dos poderes em sua interpretação clássica, o Juiz, em tese, jamais poderia inovar o rol normativo do ordenamento, sendo-lhe vedado substituir a vocação política do Poder Legislativo por seus próprios atos decisórios e sentenças. Dentro de nossa Magna Carta, o princípio da separação dos poderes repousa no já falado artigo 2º, que se restringe a tão somente nomear os poderes, sem fazer qualquer vedação à possibilidade do Judiciário atuar como legislador positivo.

É bem verdade que o Poder Judiciário não pode atuar como legislador de forma a romper com a democracia, nem ir contra a Ordem Constituição vigente. Para que se admita que o Judiciário rompa essa barreira, e principalmente em sede de jurisdição constitucional, atue de forma excepcional, criando a norma e o Direito com eficácia para toda sociedade, é preciso analisar uma série de fatores que condicionam tal postura.

O primeiro ponto a ser levantado é a presença de uma inconstitucionalidade. Na medida em que os demais poderes quedam-se inertes, deixando o Legislativo de elaborar uma lei para dar eficácia e regulamentar um dispositivo constitucional; ou pelo Executivo não implementar as políticas públicas necessárias à efetiva prestação material, cria-se uma inconstitucionalidade, posto representar uma afronta aos Direitos Fundamentais relacionados ao caso.

O segundo ponto a ser debatido é a necessidade de correção destas inconstitucionalidades. Como exposto anteriormente, a principal atribuição do Tribunal Constitucional, no Estado Democrático de Direito, é examinar os atos dos poderes executivo e legislativo, analisando sua constitucionalidade, tanto em seus aspectos materiais quanto

formais. Logo, faz-se mister que a omissão seja sanada, sob pena de prejudicar gravemente a força normativa da Constituição e suas garantias. Nessas condições, tem a jurisdição constitucional por obrigação sanar tal enfermidade jurídica.

Num país como o Brasil, seria utópico acreditar que uma mera determinação, mesmo que da mais alta corte, tenha poder coercitivo para fazer mover os poderes legislativo e executivo, em especial considerando o excesso de burocracia que permeiam as entranhas de ambos. Isto posto, sob pena de pactuar com a ofensa a Constituição, passa a Corte Constitucional a atuar sob o prisma do Ativismo Judicial, restando legitimada para apresentar a norma aplicável ao caso concreto ou efetivar a política pública que estiver sendo negligenciada, perdurando sua legitimidade até que o poder responsável cumpra com o que lhe é obrigado.

O terceiro ponto consiste na necessidade de fundamentação da decisão, também denominada de Reserva de Consistência. Ao passo em que a Corte Constitucional insere-se nas funções tidas como típica dos demais poderes, ela passa a praticar atos de ordem política, que em tese deveriam ser praticado por aqueles eleitos pelo processo democrático. Todavia, temos de destacar que a política elaborada pelo Judiciário não é de ordem deliberativa, e nem pautada em ideologias específicas, mas sim baseada na hermenêutica constitucional. Assim, para dar lastro as suas decisões e respeitar a democracia, deve o Tribunal Constitucional valer-se dos princípios contidos na própria Carta para fundamentar seus atos.

Por fim, o quarto ponto reside nos efeitos da decisão que sana a supracitada inconstitucionalidade. Na perspectiva das lentes exegéticas, o Direito criado pelo Juiz, dentro do caso concreto, teria eficácia *inter-pars*, restrito as partes contendentes. Ocorre que, na medida em tratamos de um Estado Democrático de Direito, pautado por ideias Pós-Positivas, ainda mais considerando a seriedade dos Direitos Fundamentais e das Garantias Constitucionais, as decisões da Corte Constitucional deve ter e tem eficácia *erga-omnes*, incidindo sua normatividade por todo o corpo social. Considerando os mecanismos elencados em nossa Constituição, o único que foge a esse efeito é o Mandado de Injunção, cuja eficácia é direcionada tão somente as partes contendentes, uma vez que trata-se de remédio constitucional. Entretanto, não há qualquer óbice de que seus efeitos sejam direcionados a uma categoria específica, uma vez que é possível que órgãos e entidades de classe impetrem a referida ação em sua modalidade coletiva.

O Supremo Tribunal Federal, egrégio Guardião da Constituição³, vem adotando um posicionamento, em seus julgados recentes, compatível com a postura ativista declinada ao norte. É sadio transcrever uma lúcida explanação do emérito ministro Gilmar Ferreira Mendes sobre os instrumentos manejados em sede de Controle de Constitucionalidade e seu reflexo na Corte:

“Todo esse complexo *instrumentarium* de controle de constitucionalidade está a recomendar a todos os partícipes do processo de elaboração de leis especial cautela no exame da constitucionalidade das proposições normativas. Mesmo aqueles que se orientam por parâmetros de índole marcadamente pragmática devem estar advertidos de que, já do prisma estritamente prático, eventual ofensa à Constituição não deverá trazer qualquer utilidade, pois é muito provável que se suspenda a eficácia do dispositivo questionado antes mesmo de sua aplicação inaugural. Um levantamento na jurisprudência do STF indica que, entre 5 de outubro de 1988 e 27 de maio de 1998, 99 disposições federais e 602 preceitos estaduais tiveram a sua eficácia suspensa, em sede de cautelar. No mesmo período, 174 disposições estaduais e 27 normas federais tiveram a sua inconstitucionalidade definitivamente declarada pelo Supremo Tribunal no âmbito do controle abstrato de normas. Esses números ressaltam a importância do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Eles demonstram também que, enquanto pretendo “*legislador negativo*”, o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de “*legislador positivo*”. É que o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas. Tudo isso eleva o controle de constitucionalidade à condição de elemento fundamental da teoria da legislação e da técnica legislativa. Todos os órgãos encarregados de tarefa nomogenética ou legiferante devem ater-se, detidamente, no exame da constitucionalidade da proposta formulada sob pena de verem frustrados significativos esforços de formulação ou reformulação legislativa. Isso significa que as pessoas encarregadas da elaboração legislativa deverão ter sempre presente a existência de um órgão de controle, de um Tribunal que dispõe de competência não só para decretar a invalidade de eventual decisão legislativa, mas também para suspender, cautelarmente, a eficácia de qualquer providência adotada. Vê-se, assim, que a prática constitucional (jurisprudência, “*obiter dicta*”) desenvolvida no âmbito do controle judicial de constitucionalidade passa a ser referência obrigatória para a tarefa de elaboração legislativa.” (MENDES, 1999)

Outrossim, colacionamos, para análise, julgados marcantes do Supremo Tribunal Federal que comprovam os argumentos declinados ao norte.

O primeiro a ser mencionado e no qual transparece a atuação como Legislador Positivo é a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, na qual o Ministro Sidney Sanchez foi relator e em sede de decisão cautelar, posteriormente ratificada pelo julgado

³ Art. 102, Constituição Federal. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]

datado de 11 de fevereiro de 1998, blindou o art. 1º da Lei 9.494/97 do controle incidental de inconstitucionalidade. As decisões fundadas no questionamento da constitucionalidade do dispositivo legal retro, que disciplina a aplicação de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública, tiveram sua eficácia suspensa.

Nessa esteira, temos o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, na qual a Suprema Corte debateu sobre a interrupção terapêutica da gestação na hipótese de anencefalia do feto, terminando por decidir sobre a descriminalização da prática abortiva. Neste julgado, por tratar-se de um natimorto, sem viabilidade vital e que, portanto não guarda em si o bem jurídico tutelado pela tipificação em tela, não merecendo assim respaldo penal. De modo transversal, reconhecendo que há direitos fundamentais inatos à gestante, e estes sim, devem gozar de proteção. Assim, foi criado o precedente legal, permitindo que a gravidez de fetos anencéfalos fosse interrompida, sem qualquer perigo de perseguição criminal. Portanto, apesar de carência de previsão legal do Código Penal, agiu o Supremo Tribunal, inovando o ordenamento, criou a referida exceção, baseando-se na hermenêutica constitucional e nos Direitos Fundamentais intrínsecos a matéria.

Finalmente, exploraremos a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao Mandado de Injunção. O *writ* tem como intuito possibilitar o gozo de direitos que dependem de uma norma regulamentadora para que sejam exercidos, desse modo, coordenando o Legislativo a preencher a lacuna legal existente, sendo cabível exclusivamente diante de um caso concreto, como remédio constitucional, diferente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que trata de controle abstrato de constitucionalidade. Cumpre, inicialmente, esclarecer que em relação ao remédio em comento, a doutrina se divide em duas linhas: Concretistas e Não Concretistas. Para a corrente Não Concretista, a única obrigação do Poder Judiciário seria declarar a Omissão Legislativa, deixando para o Legislativo a edição da norma regulamentadora, fazendo atenção ao modelo clássico da tripartição dos poderes. Esse pensamento norteou no passado o entendimento do Supremo Tribunal Federal e demonstrava a ineficácia do Mandado de Injunção, que não conseguia produzir os efeitos desejados. Igualmente, a corrente Concretista afirma que a função do Judiciário não se resume a uma mera declaração, mas sim a edição dos parâmetros nos quais o direito será exercido, até que a lacuna legislativa seja suprida pelo Legislativo. No tocante a eficácia do Mandado de sede Concretista, há nova divergência doutrinária, havendo filiados à denominada Concretista Geral que entende haver o Mandado de Injunção eficácia *erga-omnes*; e a Concretista Individualista que afirma a eficácia *inter-pars*, dividindo-se em Concretista Individual Direto, onde os parâmetros são produzidos de pronto pela Corte e a

Concretista Individual Intermediária que aduz que tal elaboração só pode ser feita diante da inércia comprovada do Legislativo.

No M.I. nº 584, a Corte reconheceu a inércia do Congresso Nacional, fixando prazo de mora para que a Casa elaborasse a lei necessária para a regulamentação do artigo 192, § 3º da Constituição. Todavia, conforme trata-se de prazo impróprio, e por inexistir um meio de coagir o Poder Legislativo a legislar, a decisão não foi cumprida, uma vez que foi adotado o entendimento esposado no M.I. nº 361, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que ao Judiciário cabia tão somente a fixação do prazo. Posteriormente o dispositivo constitucional alvo foi revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003.

Apesar da impossibilidade de coação, no M.I. nº 284, definiu a Corte que a mora legislativa enseja responsabilidade por omissão do Estado, com fulcro no que dispõe o artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Trazendo uma breve mudança de entendimento, o M.I. nº 232 determinou que findado o prazo fixado para que o Congresso Nacional legislasse, passa o impetrante a gozar da prerrogativa pleiteada, independente da existência de norma geral e abstrata.

A grande guinada deu-se no julgamento dos M.I. 670, 708 e 712, que versa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis. Os remédios foram interpostos, respectivamente pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará. Todos apresentaram com fulcro na inexistência de legislação regulamentadora. Anteriormente, o entendimento abraçado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do M.I. 20 era de que o artigo 37, VII da Constituição era norma de eficácia limitada, assim fazia necessário a edição de uma lei para regulamentar o gozo e a viabilidade dos servidores fazerem greve. Transcrevemos a emenda da decisão do *writ* retro, no qual atuou como relator o Min. Celso de Melo:

Por maioria de votos, o Tribunal deferiu o pedido de mandado de injunção, nos termos do voto do relator, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em regulamentar o art. 37, VII, da Constituição Federal e comunicar-lhe a decisão, a fim de que tome as providências necessárias à edição de lei complementar indispensável ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis, vencidos, em parte, o Min. Carlos Velloso, que também reconhecia a mora do Congresso Nacional e, desde logo, fixava as condições necessárias ao exercício desse direito, e os Mins. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que não conheciam do pedido. Votou o Presidente. Procurador-geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção n.º 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 22/11/1996).

Com o julgamento das ações mencionadas, o Supremo Tribunal Federal atuou como legislador positivo, em postura ativista, determinando a aplicação da Lei nº 7.789/89, eis que esta regulamenta o direito de greve no setor privado, bem como estendendo os efeitos a todo funcionário público, consagrando, assim, sua filiação a corrente concretista.

Dando prosseguimento a este posicionamento, sobreveio o julgamento M.I. 721, que trata da aposentadoria especial dos servidores públicos, sendo impetrado em face da ausência de lei complementar que estabeleça os requisitos e critérios diferenciados que são necessários para a plena eficácia do artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição. Em decisão, a Corte entendeu ser aplicável, uma vez que não há regulamentação, a Lei nº 8.213/91. Cosoante os debates que deram vida as inovação, apresentamos abaixo o voto do relator Min. Marco Aurélio, acostado aos autos do referido *writ*:

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos Tribunais do Trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que consoante prevê o § 2º do artigo 114 da constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 1, de 01/02/2008).

E complementamos com as sábias palavras do Min. Celso de Mello, presente no M.I. 708:

Não se pode tolerar sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem vem se negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 1, de 06/11/2007).

Prevendo acusações de uma eventual usurpação da Separação dos Poderes, pontuou nas folhas do M.I. 721, o Min. Eros Grau, no sentido de que o Judiciário não possui

uma função legislativa, mas sim normativista, de elaborar a norma e aplicá-la no sentido de concretizar a própria Constituição. Lancemos vistas a sua observação:

O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, § 4º, da Constituição, função *normativa*, porém não *legislativa*. [...] A classificação mais freqüentemente adotada das funções estatais concerne aos ofícios ou às autoridades que as exercem. Trata-se da classificação que se denomina *orgânica* ou *institucional*. Tais funções são, segundo ela, a *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional*. Se, porém, pretendermos classificá-las segundo o critério *material*, teremos: a função *normativa* --- de produção das normas jurídicas [textos normativos]; a função *administrativa* --- de execução das normas jurídicas; a função *jurisdicional* --- de aplicação das normas jurídicas. [...] A função *legislativa* é maior e menor do que a função *normativa*. Maior porque abrange a produção de atos administrativos sob a forma de leis [lei apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o]; menor porque a função *normativa* abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo. Daí que a função *normativa* compreende a função *legislativa* [enquanto produção de textos normativos], a função *regimental* e a função *regulamentar*. Quanto à *regimental*, não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário, visto incumbir-lhe também, e por imposição da Constituição, a de formular supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 1, de 01/02/2008).

Outra atuação da Suprema Corte como legislador positivo ocorreu por intermédio de precedentes judiciais, com as Súmulas Vinculantes nº 11 e 13, as quais versam sobre temas ainda não enfrentados pelo Poder Legislativo, mas que foram trazidas ao crivo do Judiciário em ações que repercutiram até a dita corte. A primeira súmula instituiu como exceção o uso de algemas pelos agentes de segurança, sendo lícita sua utilização somente nas hipóteses de resistência a prisão, fundado receio de fuga e perigo a integridade física própria ou alheia. Nos termos em que foi editada, tal súmula inovou ao disciplinar algo que até o momento não tinha sido alvo de observação do legislador.

Por sua vez, a segunda trás a vedação ao nepotismo, auferindo graus de parentesco e critérios dentro dos quais resta obstada a contratação e nomeação. Igual como na Súmula Vinculante nº 11, a matéria ainda não havia sido apreciada pelas casas do Congresso Nacional, novamente ocorrendo a inovação normativa do ordenamento pátrio.

Por fim, nos resta concluir com uma observação: apesar de a norma ser criada pelo Tribunal, a mesma é feita com base nos pedidos dos causídicos. Ou seja, a norma e o Direito que afloram das decisões é criado nos termos da lide, uma vez que é vetado ao Juiz julgar além do petitório apresentado na peça inaugural. Nesse sentido, a criação normativa pelo Poder Judiciário, apesar carecer das ideologias políticas do sistema eletivo, é pautada nos interesses da própria população, que vendo seu direito tolhido pelos eleitos, busca a justiça para ver-lhe satisfeito e salvaguardado.

6 RESERVA DE CONSISTÊNCIA E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

O instituto da reserva de consistência tem origem germânica, residente na obra do emérito Peter Häberle. (HÄRBELE, 2002, pág. 42). Este jurista lança mão de um termo cunhado por Jürgen Habermas, com o escopo de traçar um parâmetro hermenêutico para a fundamentação das decisões judiciais, que deverão ter um caráter pluralista e abrangente, reflexos de uma sociedade aberta. Apesar de seu sentido não ser esgotado na necessidade de fundamentação da decisão judicial, a reserva de consistência tem nesse desdobramento seu principal seu mais forte elemento, uma vez que cabe ao julgador a demonstração cabal de argumentos lógicos e racionais que justifiquem sua decisão. Na medida em que se impõe a obrigação de fundamentar a decisão, cria-se um mecanismo de autocontenção para o Juiz.

Noutro pórtico, podemos enxergar o limite que o Juiz pode atingir como o da própria lide, bastando à devida fundamentação para que eleve-se ao infinito possibilitado pelo processo. (HÄRBELE, 2002, pág. 42). Portanto, na medida em que a Corte Constitucional atinge a reserva de consistência como um requisito, passa a ter sua abrangência normativa como algo ilimitado. Na seara constitucional, em tratando-se de decisões que suprem a lacuna deixada pelo Legislador, a fundamentação dar-se-á de modo plural e democrático, alicerçada nos próprios princípios constitucionais que norteiam a Carta Maior. Nesta senda, mormente o caráter plural da fundamentação, faz da autocontenção não somente a *ratio*, mas também contribui para a formação de uma decisão democrática, possibilitando a inovação normativa pertinente a uma postura legislativa positiva.

No tocante a legitimidade democrática do Poder Judiciário, faz-se mister pontuar um instituto denominado dificuldade contramajoritária. Em precisa lição, explica Daniel Sarmento:

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido questionada em razão da apontada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, que decorre do fato de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade. (NETO e SARMENTO, 2013 pág. 130).

Afora a presença do referido instituto, tem-se sua inaplicabilidade uma vez a legitimidade do poder judiciário repousa em nossa própria Lei Maior, posto esta atribuir tal poder a jurisdição constitucional, colocando o Supremo Tribunal Federal na posição de guardião da Constituição. Seguindo a linha de raciocínio, trazemos a sofisticada explicação de Luís Roberto Barroso:

Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. (...) o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um forum de princípios - não de política - e de razão pública - não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. (BARROSO, 2013).

Ademais, a aplicação da dificuldade contramajoritária é igualmente impossibilitada pela presente crise da democracia representativa e a natural desconfiança que há, diante da imensa corrupção, inércia e ineficácia do poder legislativo. Contribuindo como um escape a esse cenário, o Supremo Tribunal Federal passou a julgar conforme a opinião pública, representando de forma cristalina as ânsias populares, como ilustra a seguinte ressalva: “O agigantamento do tribunal constitucional no Brasil se deu mais pela desconfiança e omissão existentes nos outros poderes do que nos seus próprios méritos.” (MELO, 2008, pág. 196)

Além dos argumentos declinados ao norte, trazemos a baila o instituto do *amicus curiae*, que não só contribui para a legitimidade democrática das decisões judiciais, mas também faz florescer o caráter pluralista dessa. A dita figura tem origem no direito norte-americano, sendo atuante desde o Século XX e mais recentemente passou a ter força em nossa corte constitucional. Em nossa legislação pátria, o instituto apesar de não ser mencionado expressamente, é resgatado conforme vemos no art. 7º da Lei 9.868 (BRASIL, 1999):

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Ao *amicus curiae* cabe intervir assistencialmente no feito, sendo facultada a manifestação de entidades representativas que possuam pertinência temática com a controvérsia em questão, atuando como interessados na causa, na forma de memoriais. Outrossim, com a abertura para que setores da sociedade que tenham interesse participem, aumenta-se a consistência da própria decisão, dando-lhe lastro democrático, uma vez que os julgadores são assistidos pelos memoriais anexados aos autos. Em outras palavras, o *amicus curiae* tem o condão de refletir o interesse público e dos demais terceiros que serão atingidos, direta ou indiretamente, pela decisão, enquadrando-se na teoria da sociedade aberta de Häberle. O dito jurista explica:

O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são os participantes fundamentais no processo de ‘*trial and error*’, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, por todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (Apenas_ a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*) as necessidades e possibilidades da comunidade, que constado do texto, que antecede os textos constitucionais ou subjazem a eles. (HÄRBELE, 2002, págs. 42 e 43).

Outro elemento da reserva de consistência que merece ser observado é o que toca o caráter político-ideológico em relação aos fatores reais de poder. Inicialmente, cumpre-nos apresentar o pensamento de Konrad Hesse. O referido jurista entende haver uma dialética na constituição, apontando que há um ser e um dever ser dentro da própria carta, ressaltando que esta é “determinada pela realidade social, e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela” (Hesse, 1991, pág. 15), assim delineando um caráter de condicionamento mútuo. Ao nomear tais polos, lança mão dos termos “constituição real” e “constituição jurídica”, o primeiro sendo a expressão da conjuntura de determinantes, considerando-se aqui os elementos sociais, políticos, culturais e econômicos expressos que resultam nos reais fatores de poder, enquanto a segunda constitui as disposições, orientações políticas e comandos contidas no corpo da Magna Lei que ordenam a realidade social, os quais denomina “vontade de Constituição”.

Em seguida, pontua que a força normativa constitucional depende do equilíbrio desses dois elementos, dado que “somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver” (Hesse, 1991, pág. 16) já que “A norma constitucional somente logra atuar se procurar construir o futuro com base na natureza

singular do presente.” (Hesse, 1991, pág. 18). Logo o limite da normatividade resulta diretamente dessa equação do embate entre a conformação sociopolítica ao poder constitucional e os limites impostos pelas forças naturais oriundas da própria sociedade, restando assim a Constituição se prender a realidade concreta. Aos conflitos que advenham, sua solução deve ser orientada pelos pressupostos realizáveis da constituição jurídica, de modo que somente se não puderem mais serem realizados, deverá ser adotada uma solução política, ocorrendo então a vitória da constituição real.

Partindo da premissa que a Corte Constitucional está agindo dentro de suas atribuições, frisamos que os fatores reais de poder não são inovados na decisão desta, uma vez que não há prevalência de um teor político-ideológico, mas tão somente irradiação de luz principiológica. Em sede da atuação ativista como legislador positivo, a corte tão somente leva esses fatores em consideração e com base nos pressupostos realizáveis, que ora identificaremos como os princípios constitucionais, dará vida a uma decisão que irá aumentar o rol normativo do ordenamento. A função da corte ao atuar de forma ativista e corrigir as lacunas dos demais poderes não só constitui-se como um desdobramento do controle de constitucionalidade, no intuito de guarnecer direitos fundamentais, como antes fora apresentado, mas também representa uma verdadeira efetivação da própria constituição.

No que cinge aos pressupostos realizáveis, entendemos que os mesmos consubstanciam-se nos princípios constitucionais. Ao nortear o desfecho dos processos nos princípios constitucionais, a Suprema Corte possibilita uma maior proteção à sociedade, uma vez que, por não estar ligada a ideologias políticas, tem como possibilitar a integração dos direitos das minorias e demais setores excluídos do rito democrático, uma vez que há a possibilidade de o processo político-legislativo somente exprimir o interesse majoritário, ferindo direitos fundamentais pertinentes. Desta forma, atinge-se o pensamento proposto por Ronald Dworkin, emérito jurista que coloca os direitos fundamentais em um patamar superior, pondo em cheque a soberania popular. (DWORKIN, 2001, págs. 25 até 32). Para tanto, Dworkin garante um caráter deontológico aos princípios, de modo que garantam a promoção do bem estar geral, (DWORKIN, 2001, pág. 101), uma vez que tornam-se padrões jurídicos obrigatórios que orientam a busca racional do Juiz (DWORKIN, 2002, pág. 36), proporcionando decisões coerentes, integras e próximas da moralidade, tendo como base a interpretação construtiva.

7 CONCLUSÃO

Nosso objetivo foi apresentar um panorama sobre a possibilidade do Poder Judiciário atuar como legislador positivo, tendo como ponto de partida a importância e concretização dos direitos fundamentais. Para tanto, buscamos substrato no estudo bibliográfico e na análise jurisprudencial, tendo encontrado os seguintes resultados que se seguem.

Compreendemos que os Direitos Fundamentais tem uma posição importante no sistema constitucional, uma vez que são a pedra de toque que norteia e orienta a atuação dos poderes, a organização estatal e social, afim de salvaguardar as garantias individuais. Passamos a adotar a classificação de Jellinek, dando ênfase a espécie de direitos prestacionais, os quais se dividem em materiais e legais. Assim, é obrigação do Estado prestar as políticas públicas para o desenvolvimento social, além de editar as leis que darão eficácia às normas constitucionais. No momento que o Poder Legislativo falha em editar uma lei que dará efetividade a um direito, ou deixa de enfrentar um determinado tema, cria uma inconstitucionalidade que deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário. Assim, a resolução dessa inconstitucionalidade representaria a edição de uma norma ou criação de um direito, de modo a suprir a lacuna deixada.

Ocorre que a dita resolução, teoricamente, esbarra no dogma da Separação dos Poderes. Em nossa pesquisa, encontramos que tal princípio está em queda, uma vez que assumiu contorno diverso do dogma fundado no Estado Liberal. Portanto, a Separação dos Poderes adquiriu um delinear diferente, em face das influências do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, dando uma posição de prevalência ao Poder Judiciário, que graças ao Controle de Constitucionalidade e a guarda da Constituição, passa a ter função preponderante perante os demais poderes.

Então, começamos a análise do Poder Judiciário atuar como legislador negativo, no modelo criado por Hans Kelsen e partimos então para a análise da atuação como legislador positivo, encontrando os seguintes requisitos: a) existência de uma inconstitucionalidade por omissão legal; b) necessidade de correção desta; c) a incidência da reserva de consistência; d) a eficácia *erga-omnes* da decisão. Então, passamos a analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de Mandados de Injunção, observando que inicialmente a Corte ficava restrita a declarar a mora do Senado, sem tomar ações. Contudo, na medida que a eficácia do instrumento ficou afetada pela desídia do Congresso, passou a Suprema Corte a indicar qual o direito aplicável ao caso concreto. Apresentamos ainda a existência de julgados que a Corte se adiantou ao Poder Legislativo e inovou o ordenamento, elaborando normas

sobre temas ainda não enfrentados pela esfera legislativa e que precisavam de regulamentação.

Por fim, estudamos a reserva de consistência, que nada mais é que o limite que o Poder Judiciário pode chegar, em razão necessidade de fundamentação da decisão que cria a dita norma. Visualizamos também a inaplicabilidade da dificuldade contramajoritária e a existência de um caráter democrático e plural nas decisões da Corte, uma vez que a figura do *amicus curiae* proporciona a participação dos setores da sociedades que tenham interesse na demanda. Noutro pórtico, também encontramos que a decisão da Corte Constitucional tem grande valor na defesa dos direitos das minorias, que muitas vezes não possuem representação no processo democrático.

E por derradeiro, concluímos que o Judiciário é um palco político tão eficaz como o Congresso Nacional, uma vez que as demandas que resultam na atuação, da Corte Suprema como legislador positivo, significam uma representação direta da necessidade da população, uma vez que o direito à ser aplicado será criado diretamente nos termos da lide.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 09/09/2013

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

BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm Acesso em: 09/09/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 22/11/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 1, de 06/11/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 1, de 01/02/2008

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª Ed – São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed - São Paulo: Malheiros, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. Ed – São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001 .

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1ª ed – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Teoria geral do processo**. 3º ed. ver e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELO, Marconi Antas Falcone de. **Justiça constitucional: o caráter jurídico-político das decisões do STF**. São Paulo: Método, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas**. Revista Jurídica virtual. Ano 01. v.01, mai. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm Acesso em: 31 de março de 2013.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: A questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autoconexão judicial**. In: FELLET, André Luiz Fernandes. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes. NOVELINO, Marcelo. PAULA, Daniel Giotti de. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.