



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO E PODER JUDICIÁRIO**

LUÍS DAVID NASCIMENTO DOS SANTOS MARTINS

**TUTELA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS: AUTOCONTENÇÃO E ATIVISMO EM
JULGADOS PARADIGMÁTICOS**

**FORTALEZA
2023**

LUÍS DAVID NASCIMENTO DOS SANTOS MARTINS

**TUTELA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: AUTOCONTENÇÃO E ATIVISMO EM JULGADOS
PARADIGMÁTICOS**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Público e Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Público e Poder Judiciário

Orientadora: Professora. Dra. Zaneir
Gonçalves Teixeira

FORTALEZA
2023

M379t MARTINS, Luís David Nascimento dos Santos.
Tutela jurídico-constitucional na efetivação dos direitos fundamentais:
autocontenção e ativismo em julgados paradigmáticos. / Luís David Nascimento dos
Santos Martins. – 2023.

103 p.

Monografia (Especialização) – Tribunal de Justiça do Estado do
Ceará, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Especialização em
Direito Público e Poder Judiciário, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Dra. Zaneir Gonçalves Teixeira

1. Poderes constituídos. 2. Direitos fundamentais. 3. Ativismo judicial. I. Título.

CDDIR 341.27

Bibliotecário: Jackson Clayton dos Anjos Lima CRB-3/1686

TUTELA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: AUTOCONTENÇÃO E ATIVISMO EM JULGADOS
PARADIGMÁTICOS

Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Direito Público e
Poder Judiciário da Escola Superior
da Magistratura do Estado do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do
título de Especialista em Direito Público
e Poder Judiciário

Aprovada em: 28/08/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. (Orientadora) Zaneir Gonçalves Teixeira
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (Esmec)

Prof. Dra. Mariana Dionísio de Andrade
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Prof. Dr. Rafael Gonçalves Mota
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

AGRADECIMENTOS

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará pelo apoio e incentivo a minha formação continuada, concedendo minha bolsa de auxílio.

À Escola Superior da Magistratura pelo suporte às atividades acadêmicas desenvolvidas durante a especialização.

À Profa. Dra. Zaneir pelas excelentes orientações e pela dedicação no acompanhamento do presente estudo.

Ao Senhor Jesus, a quem devoto eterna adoração, gratidão, e louvor em todos os momentos.

À minha amada família, bênção de Deus em todos os meus dias.

Aos colegas de turma pelas sugestões e debates nas aulas.

RESUMO

Ao proceder um cotejo científico sobre a independência harmônica dos Poderes Constituídos ante a tutela jurídica dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, é imprescindível observar fatores sociais, políticos e normativos que circunscrevem a problemática proposta. Em um Estado com distorções sociais tão evidentes como o Brasil, é possível tecer muitas conjecturas acerca da ação e omissão dos órgãos públicos na busca do tão conceituado “bem comum” da sociedade, constituindo fato a grande insatisfação do povo com a incapacidade dos seus governantes em elaborar políticas públicas efetivas. No tocante às normas, estas buscam abstratamente efetuar o interesse de todos aqueles que se privaram de seus direitos naturais e “pactuaram” a formação de um Estado, buscando a efetivação de um interesse comum. No ápice destas normas, está a Constituição Federal, e realizando a pesquisa do tema proposto, observa-se o crescimento do que se denomina “ativismo judicial” entre os órgãos do Poder Judiciário. Denotando um viés de interpretação mais principiológico do que normativo, investigou-se o possível comprometimento do princípio da separação como consequência da postura tomada pelos intérpretes das normas. Debruçando-se sobre a separação dos poderes, as atribuições do Poder Judiciário, e a independência e harmonia que deve haver entre os três poderes, verifica-se que é muito tênue a linha que divide um suposto “auxílio institucional” do Poder Judiciário aos outros dois Poderes de uma também suposta invasão de competências. Entretanto, a tarefa do Poder Público em dar efetividade às normas Constitucionais é complexa, e quase sempre fica por conta do Poder Judiciário decidir e garantir, quando conclamado a sair de sua inércia, a plena eficácia das normas, bem como colmatar as lacunas da lei. Ademais, o caráter eminentemente político das normas constitucionais e a adoção de uma hermenêutica pós-positivista, que sobrepõe princípios às normas, vem fomentado a discussão doutrinária acerca de uma possível invasão de competências. Por fim, faz-se referência à inconstitucional omissão do Poder Público e a defesa da Constituição Federal por parte de seu órgão de superposição, o Supremo Tribunal Federal, apresentando-se, como estudo de caso a tese firmada no julgamento da ADO 26 e do Mandado de Injunção 4733, pela qual o Pretório Excelso estendeu a tipificação criminal prevista na Lei 7.716/1989, inicialmente restrita aos crimes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional às condutas discriminatórias comumente denominadas “homofobia”. Após o referido estudo, verificou-se os benefícios e prejuízos que podem haver ao Estado Democrático de Direito quando um dos Poderes exaure suas prerrogativas e adentra no rol de competências dos demais Poderes, mesmo que sob pretexto de proteção à Lei Maior.

Palavras-chave: Poderes Constituídos. Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial. Diálogo Constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. O ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	14
1.1 Dos estudos clássicos à aplicação atual da separação dos poderes.....	19
1.2 Das atribuições constitucionais do Poder Judiciário.....	24
1.3 Da independência e harmonia do Poder Judiciário com os demais poderes.....	27
1.4 A evolução histórico-jurídica do constitucionalismo e a expansão da jurisdição constitucional.....	31
2. DA EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	37
2.1 Constituição Federal, a eficácia de suas normas de direitos fundamentais e o Poder Judiciário.....	43
2.2 Interpretação e integração do ordenamento jurídico pelo Poder Judiciário.....	47
2.3 O Estado Constitucional de Direito e o acoplamento dos sistemas jurídico e político pela Constituição.....	55
3. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE À OMISSÃO LEGISLATIVA NO BRASIL: ESTUDO DE CASOS PARADIGMÁTICOS DO ATIVISMO JUDICIAL.....	61
3.1 Ativismo Judicial como contraposição à omissão legislativa.....	65
3.2 Jurisdição constitucional, autocontenção judicial e garantia de direitos fundamentais.....	79
3.3 Julgado sobre homofobia e transfobia: ativismo ou garantia de direitos fundamentais?.....	87
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
BIBLIOGRAFIA.....	99

INTRODUÇÃO

A relação do indivíduo com o Estado apresenta uma prolífica dinâmica ao longo da história. Desde a formação da organização social que se conhece por Estado, até os dias de hoje, houve momentos diversos, díspares inclusive: de um absolutismo monárquico que justapunha lei e vontade do governante – aquela a serviço desta –, o Poder estatal se viu, em momento histórico posterior, condicionado por balizas normativas representativas do “bem comum” de uma sociedade.

A perspectiva jurídica dessa histórica dinâmica cidadão-Estado é bem analisada dentro do estudo do Constitucionalismo, o qual tem a Separação dos Poderes como inarredável instrumento de contenção do poder estatal. É certo que o Poder estatal é uno, mas se encontra sistematicamente dividido em uma linha vertical, pela qual se atribuem competências aos entes que compõem a República Federativa do Brasil, e, em um plano horizontal, a repartição do Poder se dá entre os poderes constituídos: Executivo, Legislativo e Judiciário.

O texto constitucional apresenta, de forma detalhada, as atribuições e competências dos entes da Federação e as funções típicas e atípicas concernentes aos Poderes constituídos, de forma que a Separação dos Poderes não represente um enclausuramento funcional, mas sim constitua um modelo harmônico de cooperação entre estes.

Observa-se, todavia, que mesmo com aprimoradas técnicas jurídicas de repartição e exercício de funções no exercício do Poder estatal, remanescem, ainda, muitos pontos a serem jurídica e politicamente aperfeiçoados para a concretização do bem comum de uma sociedade. Atualmente, é notória a insatisfação da sociedade com a ineficiência de grande parcela das políticas públicas adotadas pelos governantes, notadamente quanto às omissões legislativas e administrativas no gerenciamento da res pública.

As omissões legislativas e administrativas sob comento acentuam-se quando se verifica a acentuada atividade legiferante do Parlamento. Tal afirmação, antitética à primeira vista, se revela plenamente consonante às omissões do Poder Público ante aos anseios da sociedade: legisla-se muito, mas as normas elaboradas estão aquém de uma normatização que leve a uma pacificação social.

Da mesma forma, não se pretende dizer que o Poder Executivo não empreenda forte empenho administrativo no exercício de suas funções, mas, da mesma forma que acontece com a atuação do Legislativo, o bem comum da sociedade revela-se como um objetivo secundário da Administração Pública.

Entretanto, inobstante à dinâmica administrativa-legiferante que se observa, temas de alta relevância social ainda padecem de omissão normativa, de forma que, na ausência de um comando normativo geral e abstrato, a população busca, junto ao Poder Judiciário, uma solução *inter partes* e concreta para as suas demandas, com fundamentação jurídica imediata ao texto constitucional.

Importante destacar que o legislador constituinte, ciente do sobreposto protagonismo do texto constitucional no contexto da retomada democrática no Brasil – já no final da década de 1980 –, preconizou, elementos processuais viabilizantes da eficácia do texto constitucional, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Os instrumentos processuais em comento vertem um importante direcionamento do poder constituinte originário quanto à efetividade das normas ali positivadas: distando substancialmente de uma carta política de recomendações, a Lei Maior deve ter seus preceitos concretamente efetivados, sob pena de afronta direta, pelo Poder Público, à Constituição Republicana.

Depreende-se, contudo, que, mesmo com a conveniente positivação, pelo poder constituinte originário, de normas constitucionais protetoras da efetividade do próprio texto constitucional, a realidade denota não haver grande empenho do Poder Público em concretizar aquilo que reza o texto constitucional.

Diante do contexto posto, resta ao cidadão comum levar ao conhecimento do Poder Judiciário a violação ou o não cumprimento de direitos positivados, e este não pode se omitir à prerrogativa da prestação jurisdicional: mesmo diante de uma lacuna na lei, o magistrado tem em mãos outras fontes do direito, como a analogia, o costume, e os princípios gerais do direito.

É possível extrair, já destas linhas introdutórias, que o contexto da jurisdição constitucional na República Federativa do Brasil bem se coaduna com as modificações político-jurídicas decorrentes do período Pós-Segunda Guerra Mundial, denominado “Neonconstitucionalismo” ou “Constitucionalismo Pós-Positivismo”.

Nesta senda, a reaproximação do direito e da moral, a evolução de uma nova hermenêutica constitucional, a consagração da força normativa da Constituição, e a expansão da jurisdição constitucional, exemplos de vetores filosóficos e teóricos deste aludido movimento constitucionalista, são facilmente perceptíveis na conjuntura político-jurídica do Brasil. Corolário disso, houve uma hipertrofia das funções típicas do Poder Judiciário.

rio, visto que a este Poder incumbe, além de julgar os casos concretos conforme a Lei, a averiguação da Lei com a unidade harmônica do ordenamento jurídico.

Na mesma toada, incumbe ao Poder Judiciário, com lastro na força normativa da Constituição, e no contexto da expansão da jurisdição constitucional, analisar omissões do Poder Público que representem ofensa a direitos e garantias preconizadas na Lei Maior.

Assim, vislumbra-se que o Poder Judiciário, inicialmente deficitário de legitimidade em razão da ausência da escolha, pelo povo, dos magistrados, apresenta-se como o Poder mais próximo dos anseios da sociedade: o gozo de um direito previsto na Constituição Federal de 1988, porventura pendente de regulamentação normativa ou atuação da Administração Pública, é mais facilmente alcançável pela população ao acionar o Poder Judiciário do que simplesmente esperar que os demais Poderes constituídos atuem de forma condizente às suas atribuições institucionais.

Ademais, a conjuntura jurídico-social em comento permite possível observar, já nessas linhas propedêuticas, o gradativo progresso do povo brasileiro na sua auto-percepção como sujeito de direitos. Ainda que não disponha de conhecimentos científicos próprios dos operadores do direito, o povo tem uma sensível consciência sobre as matérias das quais o Estado deve se abster, bem como daquelas em que o Poder Público deve atuar concretamente. Agindo o Estado contrário às regras constitucionais – atuando quando deveria se abster, ou abstendo-se quando deveria agir –, é junto ao Poder Judiciário que o povo busca a defesa de seus direitos.

Ante a complexa dinâmica das relações sociais, na forma brevemente indicada supra, percebe-se que a harmonia entre os Poderes constituídos pode ser abalada, visto que a atuação/abstenção inconstitucionais do Poder Público, assim declaradas pelo Poder Judiciário quando acionado concreta ou abstratamente, revela a aparente preponderância dos entendimentos judiciais à atuação dos demais Poderes.

Positivado no art. 2º, caput, da Constituição Federal de 1988, o Princípio da Separação dos Poderes é uma cláusula pétrea, e nem mesmo o poder constituinte derivado tem o condão de modificá-lo. Entretanto, adveio dos Estados Unidos da América uma teoria originalmente denominada “Checks and Balances”, ou Sistema de Freios e Contrapesos, de acordo com o qual os poderes são autônomos, mas devem funcionar harmonicamente. O quanto desta harmonia estaria comprometido na tutela dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, e até mesmo a inobservância à Separação dos Poderes, é o cerne deste estudo.

Apresentadas estas considerações iniciais sobre o imbróglio doutrinário e político da tutela constitucional dos direitos fundamentais e a independência harmônica dos Poderes constituídos, busca-se responder, no decorrer deste trabalho monográfico, o questionamento fundamental: As respostas jurisdicionais do Poder Judiciário às demandas inerentes aos direitos fundamentais, têm apresentado viés usurpatório das funções típicas dos demais Poderes constituídos?

A relevância do presente estudo decorre da urgente necessidade que há em tornar efetivas as normas constitucionais, e que a atuação/abstenção dos Poderes Executivos e Legislativo, constitucionalmente incumbidos da tarefa de realizar políticas públicas, acaba por justificar a postura do Poder Judiciário em “exceder” suas prerrogativas para tornar efetivos os mandamentos da Constituição de 1988. Intenta-se demonstrar, na presente pesquisa, que: não há o comprometimento da harmonia dos três Poderes quando o Poder Judiciário adota uma postura dita “ativista”, podendo, na verdade, contribuir com os demais Poderes constituídos na defesa do texto constitucional; que há a legitimidade democrática das decisões do Poder Judiciário ao efetivar os direitos fundamentais, à luz da titularidade do poder que emana do povo; o binômio “demanda – jurisdição constitucional” pode se apresentar como expressão do exercício do Poder pelo povo, ostentando a resposta jurisdicional, assim, uma natureza de instrumento de exercício da soberania popular.

Em razão disso, tem-se como objetivo geral analisar a harmonia das decisões do Poder Judiciário com as atribuições típicas dos demais Poderes constituídos, demonstrando os benefícios resultantes à sociedade em decorrência do exercício da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais.

O recorte temporal que baliza o presente estudo, sem olvidar a indispensável indicação dos aspectos históricos-jurídicos que culminaram na fase do constitucionalismo denominada “neoconstitucionalismo”, ater-se-á ao exercício da jurisdição constitucional a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Quanto ao recorte espacial, considerando que a jurisdição constitucional se espalha por toda a Federação, a pesquisa tem contorno espacial de abrangência nacional.

No primeiro capítulo deste trabalho, a pesquisa analisa os estudos clássicos e atuais acerca da Separação dos Poderes, as atribuições constitucionais do Poder Judiciário, a independência harmônica do judiciário com os demais poderes constituídos, e, por fim, a evolução histórica do constitucionalismo até o contemporâneo contexto de expansão da jurisdição constitucional.

Nesta primeira abordagem, é primordial apresentar um breve esboço histórico acerca da complexa estrutura social que é o Estado. A prévia explanação das ideias elaboradas pelos teóricos do Estado, bem como o contexto de suas produções, permite uma compreensão mais abrangente sobre a relação dos indivíduos com o Estado, a unicidade do Poder e sua sistemática tripartição, e a premente necessidade da harmonia entre os Poderes constituídos no exercício de suas funções.

Após, debruça-se o estudo sobre as atribuições constitucionalmente incumbidas ao Poder Judiciário. Considerando-se a pormenorizada repartição de competências e atribuições dentre os órgãos do Poder Judiciário, corolária da estrutura analítica da Constituição Republicana de 1988, a pesquisa apresenta, de forma sintética, a forma de funcionamento do Poder Judiciário, permitindo uma melhor visualização sobre a função que cada um dos Órgãos componentes do Judiciário exerce.

Na sequência do estudo, após a prévia abordagem sobre as teorias do Estado, e a respeito das funções e competências do Poder Judiciário, debruça-se a pesquisa sobre a independência harmônica da atuação do Judiciário com os demais poderes constituídos, mormente no exercício de sua típica função jurisdicional.

Finalizando o estudo sobre o funcionamento do Poder Judiciário no Brasil, contextualiza-se o movimento político-jurídico posterior ao término da Segunda Guerra Mundial, especificamente quanto à expansão da jurisdição constitucional, esta resultante de transformações na Teoria do Direito.

No segundo capítulo, enfatiza-se a necessidade de tornar eficazes as normas constitucionais, a colmatação das lacunas da lei e os limites da atividade interpretativa dos magistrados, e o caráter eminentemente político das normas constitucionais.

Em coesão com o estudo feito na primeira parte da pesquisa, o segundo capítulo se inicia analisando a eficácia das normas constitucionais. Verifica-se que, ultrapassada a concepção de que as normas constitucionais revestem-se de mera recomendação política, a força normativa aplicada ao texto constitucional converge, junto à expansão da jurisdição constitucional, ao constitucionalismo lapidado no período Pós-Segunda Guerra Mundial.

Segue o estudo direcionado, então, à análise da atividade do Poder Judiciário na colmatação de lacunas normativas no ordenamento jurídico, destacando-se os métodos que a própria lei indica como vetores jurídicos a serem observados pelos magistrados na solução dos casos lacunosos.

Arremata-se esta segunda trilha da pesquisa com a explanação do viés político que permeia as normas constitucionais. Trazendo a baila as informações anteriormente estudadas na pesquisa, verifica-se que o Poder Judiciário restou incumbido, no contexto de expansão da jurisdição constitucional, a dar a máxima efetividade ao intento preconizado pelo poder constituinte originário, e, assim agindo, exerce a complexa atividade de acoplar, nos casos concretos, os sistemas jurídicos e políticos.

No terceiro capítulo, abordam-se a judicialização da política e das relações sociais resultantes da expansão da jurisdição constitucional, da inconstitucionalidade por omissão e inércia do poder público, e da atuação do Supremo Tribunal Federal a defesa da Constituição Federal.

Pertinente ao primeiro tópico do derradeiro capítulo, a pesquisa se aprofunda na complexidade que envolve a expansão da jurisdição constitucional. Rememorando-se um dos pilares do constitucionalismo, que são as garantias individuais do cidadão perante o Estado, depreende-se que, desde sua gênese, a jurisdição constitucional tem forte impacto político. Sem olvidar a autorreferência dos sistemas político e jurídico, a jurisdição constitucional se depara com o entrelaçamento destes, revelando-se a complexidade da atuação do Poder Judiciário, que, em julgados que ostentem viés político, deve resolver a situação de conflito sem se imiscuir na seara política – nem legislando, nem resolvendo o mérito de políticas públicas –, e, concomitantemente, considerar os efeitos políticos e sociais das decisões prolatadas.

Analisa-se, após, o desalinhamento das omissões do Poder Público com a inerente efetividade das normas constitucionais. O ajuizamento de questões que visem assegurar a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos revela-se um meio mediato e superveniente de participação político-democrática do povo: o jurisdicionado, ao acionar o Poder Judiciário, busca obter do Poder Estatal – uno por emanar todo do povo, mas horizontalmente dividido entre os Poderes Constituídos –, a concretização dos preceitos normativos positivados pelos representantes eleitos do povo.

Estando um ou dois dos Poderes Constituídos inertes, recai sobre aquele juridicamente acionável a concretização dos direitos reclamados. Nessa toada, a pesquisa analisa a atuação do Supremo Tribunal Federal na defesa dos preceitos constitucionais, indicando, como notório exemplo, a tese firmada na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção 4.733, que, diante da omissão normativa quanto à defesa dos direitos da população LGBTQIA+, torna aplicável os tipos

penais e penas previstas na Lei 7.716/1989 aos crimes de ódio comumente denominados “homofobia”.

Ao fim do terceiro capítulo, a pesquisa busca indicar que o diálogo entre os Poderes Constituídos revela-se como a melhor forma de garantir a unicidade a independência harmônica dos Poderes. Estando o Poder Legislativo ou o Poder Executivo em mora com a efetivação de direitos fundamentais, a atuação concreta do Poder Judiciário não se apresenta como desarmonia entre os Poderes, mas, sim, de cooperação convergente à realização do bem comum social.

1. O ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Uma análise mais aprofundada sobre o Estado e a separação dos poderes constituídos exige uma contextualização histórica e filosófica para que haja um real entendimento sobre o assunto. A formação da organização social conhecida por Estado possui ampla proximidade com os estudos sobre a inclinação do homem à vida em sociedade. Filósofos gregos já teciam suas conjecturas sobre este assunto, como se depreende da conhecida frase de Aristóteles (1991, p. 04), “o homem é naturalmente feito para a sociedade política”.

Este célebre pensamento viera a tornar-se um verdadeiro adágio, conhecido até mesmo por quem se dedica aos estudos de disciplinas diversas, fato esse que dá mais respaldo ainda à sua ideia, pois mesmo quem não se ocupa da ciência política, dela possui algum entendimento, por mais esparso que seja. Buscaram os filósofos, então, compreender essa “sociabilidade humana”: seria a vida em sociedade uma tendência natural ou haveria um comum interesse compartilhado entre os homens, em outras palavras, um pacto implícito e inconsciente de união para se fortalecerem?

Acerca das teorias da sociedade como objeto de um acordo entre partes, ou como um fator resultante da própria natureza humana, observa Dalmo de Abreu Dallari (2005, p.11) “é importante considerar que a existência desse impulso associativo natural não elimina a participação da vontade humana”, concluindo mais à frente que “a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana”. Os estudos envolvendo homem-sociedade continuaram a desenvolver-se, e conforme leciona o professor Paulo Bonavides (2006, p.66, grifo original):

O emprego moderno do nome Estado remonta a Maquiavel, quanto este inaugurou *O Príncipe* com a frase célebre: ‘Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados’. Apesar do uso que fez Bodin, depois, do termo República na mesma acepção, o que ficou com a obra do escritor florentino foi a palavra Estado, universalmente consagrada pela terminologia dos tempos modernos e da idade contemporânea.

Desta leitura depreende-se, então, que Maquiavel foi o responsável pela atual acepção que se tem da palavra Estado, havendo, entretanto, uma grande dificuldade em encontrar uma definição aceita com unanimidade pelos doutrinadores. De acordo com o ensinamento de Sahid Maluf (1979, p.36, grifo original);

Não há nem pode haver uma definição de Estado que seja geralmente aceita. As definições são pontos de vista de cada doutrina, de cada autor. Em cada definição se espelha uma doutrina. Um dos mais profundos tratadistas do direito público, que foi Bluntschli, há mais de cem anos, reconheceu ser impossível deduzir um conceito de Estado sem distinguir o *Estado-idéia* (ou Estado-instituição) do Estado como entidade histórica, real, empírica. O primeiro pertence à reflexão filosófica, e o segundo é o que se estuda no domínio dos fatos e da realidade. (grifo do autor)

Conceitua Dalmo de Abreu Dallari (2005, p.119) “estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”, mas, atento à dificuldade em concretizar a referida terminologia, antes de chegar a este conceito “definitivo”, faz uma minuciosa análise sobre a soberania, o território, o povo, e a finalidade e Funções do Estado, ou seja, os elementos constitutivos do Estado.

Inicialmente, focalizando o elemento soberania, toma-se emprestado, para conceituação desta, as palavras de Paulo Dourado de Gusmão, (1962, p.215, grifo original):

Soberania é o poder de autogovernar-se, de autodeterminar-se sem a interferência de outro poder, de outro grupo de pressão, de outro Estado, ou de outra ordem jurídica. É o poder originário, que soberanamente governa e disciplina juridicamente uma população que se encontra em seu território. Manifesta-se em uma ordem jurídica fundamental (Constituição), o que soberanamente o limita (autolimitação) e que institui a forma de governo. Distingue-se, nas federações, da *autonomia*, por ser esta um poder de governo derivado da Constituição Federal, não sendo assim poder originário. Como consequência, a autonomia é poder limitado, cuja extensão é prevista na Constituição Federal, que lhe serve de fonte.

Com relação ao segundo elemento, pode-se definir território como, seguindo as palavras de Aderson de Menezes (1992, p.94) “a base física, o âmbito geográfico, a zona espacial em que ocorre a validade da ordem jurídica”. De bom alvitre salientar que trata-se de conceito deveras complexo, de forma que a pesquisa ateve-se a esta definição apenas para não estender-se nestas linhas propedêuticas, de forma a trazer uma sucinta denominação dos elementos constitutivos do Estado sem desembocar em outras digressões teóricas.

O terceiro componente da organização social denominada Estado é o povo, cuja definição é também bastante complexa e um estudo superficial acerca do elemento retrocitado pode caracterizá-lo, erroneamente, como sinônimo de Nação, e conforme adverte e preconiza Paulo Nader (2004, p.127, grifo original):

A população que vive em um Estado pode caracterizar-se como *povo ou nação*. O conceito de ambos, porém, não se confunde. Denomina-se *povo* aos habitantes de um território, considerados do ponto de vista jurídico, como indivíduos subordinados a determinadas leis e que podem apresentar nacionalidade, religião e idéias diferentes. *Nação* é uma sociedade formada por indivíduos que se identificam por alguns elementos comuns, como a origem, língua, religião, ética, cultura, e sentem-se unidos pelas mesmas aspirações. Enquanto que o povo se forma pela simples reunião de indivíduos que habitam a mesma região e se subordinam à soberania do Estado, a nação corresponde a uma coletividade de indivíduos irmanados pelo sentimento de amor à pátria. Essa coesão decorre de um longo processo histórico. Conforme afirmam os autores, *povo é uma entidade jurídica e a nação é uma entidade moral*.

A doutrina não é unânime quanto à aceitação da finalidade e função social do Estado como um elemento essencial deste (DALLARI, 2005, p.103). Entretanto, trata-se de um elemento que, constitutivo ou não do Estado, é de suma importância.

A insatisfação do povo com as políticas adotadas pelos governantes pode culminar em revoluções sociais notórias como as havidas na França, em 1789, e a Revolução Russa, em 1917. Por mais que a organização de um Estado seja complexa, dos próprios conceitos acima citados é perceptível que o poder emana do povo, e este possui seus anseios e aspirações. Caso o Poder Público esteja agindo de forma díspar do intento do povo, este pode desencadear relevantes mudanças sociais.

A respeito disso, é fato de manifesto conhecimento que a Revolução Francesa é o marco histórico de transição do Antigo Regime, das Monarquias Absolutistas, para o Estado Constitucional. À exaustão, repete-se que tornar concreto os anseios do povo, que encontram-se abstratamente garantidos no ordenamento jurídico, é condição *sine qua non* para a manutenção da ordem social.

É tomando a “finalidade social” como referencial inicial que abordar-se-á a separação dos poderes. A história oficial narra que o poder absoluto do Rei Luís XVI ainda se alicerçava na teoria do direito divino dos reis, governando a França sem nenhum empecilho à sua autoridade, situação esta que passou a ser questionada pela sociedade diante da insolúvel crise financeira provocada pela desordem administrativa. Nesse período, a organização da sociedade francesa era estamental, e o povo, terceiro estamento, ou terceira ordem, sustentava a sociedade com o pagamento de tributos, uma vez que as duas classes sociais que lhes eram superiores usufruíam isenção tributária. Diante da conjuntura social em tela, os Iluministas, vieram a criticar o absolutismo, deixando clara a inadequação da ordem social e política à economia, o que acabou por transformar o Iluminismo na bandeira ideológica da Revolução (VICENTINO; DORIGO, 2001, p. 291-293).

Diante dos problemas acarretados pelo absolutismo monárquico não só na França, mas também em boa parte da Europa, surgiram então estudos com o viés de frear o despotismo estatal, que encontrava-se perfeitamente delineado ao se agregar todas as funções estatais ao crivo “racional” de um só homem.

O ser bíblico “Leviatã”, que dá nome à obra de Thomas Hobbes, parece ter tomado forma nos Estados Absolutistas. A contrário senso desta ideologia hobbesiana, todavia, encontram-se pensamentos de vários Iluministas, e dentre estes estão Jean Jacques Rousseau, John Locke e o Barão de Montesquieu.

Nesse contexto, começam a surgir e desenvolverem-se doutrinas sobre o pacto social, que culminaria com a formação do Estado, definindo-se as funções e finalidades estatais, e a elaboração de axiomas sobre o controle do Poder estatal, que, por fim, desaguaria na Separação dos Poderes do Estado e no Constitucionalismo, ambos intrinsecamente ligados, não havendo como falar de um sem mencionar o outro.

Pertinente ao Constitucionalismo, e tomando-se por referência a doutrina de André Ramos Tavares, trata-se de termo polissêmico que pode ser entendido sob quatro perspectivas: a de um movimento político-social, de remotas origens históricas que visa, em especial, limitar o poder arbitrário; a da imposição de que haja cartas constitucionais escritas; o de indicação dos propósitos mais latentes e atuais da função das constituições nas diversas sociedades, e, por fim; como a evolução histórico-constitucional de um determinado Estado (2020, p. 72).

Considerando a riqueza doutrinária do termo, na forma exposta supra, tomar-se-á como base para a conceituação de Constitucionalismo, neste primeiro momento da pesquisa, a sua acepção de movimento político-social que visa a limitação do poder estatal.

Karl Lorwestein (1970, *apud* Lenza, 2020) identifica a gênese do constitucionalismo já entre os povos hebreu e grego. Assim, o surgimento do Constitucionalismo ocorre durante a Antiguidade clássica, entre os hebreus, cujo estabelecimento de um Estado teocrático atribuía aos profetas a fiscalização do exercício do poder político pelos governantes, tendo como referência os limites bíblicos. Ainda no período da Antiguidade, se destaca a experiência das Cidades-Estado gregas e o exercício da democracia direta, onde o poder político era igualmente dividido entre os cidadãos ativos.

Na Idade Média, a Magna Carta, de 1215, é o referencial maior do Constitucionalismo, o qual ressurgiu como movimento de conquistas de liberdades individuais (Tavares, 2020).

No Constitucionalismo Moderno, houve a edição de importantes documentos consagradores de direitos individuais, como o *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689 (FERNANDES, 2017), estes oriundos do constitucionalismo inglês. Ressalte-se que, a par dos retrocitados documentos, a divisão do poder também permeou, substancialmente, o Constitucionalismo Moderno, conforme ensina André Ramos Tavares (2020, p. 83):

Sinteticamente, tem-se que o constitucionalismo moderno revela-se na ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo. [...] Assim, desde que haja uma divisão do poder, o que fatalmente implicará sua limitação e controle, estar-se-á em harmonia com uma das principais exigências do constitucionalismo.

Na trilha histórica da evolução do constitucionalismo, o Constitucionalismo Contemporâneo denota uma ideia de “totalitarismo constitucional consecutório da noção de constituição programática” (Bulos, 2007).

Em didática explanação, Pedro Lenza (Lenza, 2019) leciona que:

Fala-se em ‘totalitarismo constitucional’ na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e realçando o sentido de Constituição dirigente defendido por Canotilho.

Trata-se de momento histórico do constitucionalismo em que as balizas dirigidas estabelecidas nas normas constitucionais programáticas permeiam, inclusive, aquelas disposições constitucionais de eficácia imediata – como o direito à propriedade, que é direito fundamental previsto já no *caput* do art. 5º da Lei Maior, e especificado nos seus incisos XXII e XXIII –, assim o fazendo com o escopo de lhe alargar a eficácia social.

Exemplificando essa irradiação das normas constitucionais, notadamente aquelas de conteúdo programático, pode-se citar o que a doutrina civilista (Farias, Netto, Rosenvald, 2017) denomina “publicização do direito civil ou dirigismo contratual”:

[...] a constitucionalização do Direito Civil não afetou a natureza *privada* da norma de Direito Civil. É o caso da propriedade que se mantém, a toda evidência, *privada*, tendo, agora, de cumprir uma *função social*, por conta do comando constitucional (CF, art. 5º, XXII e XXIII). Lado outro, é possível detectar, na contemporaneidade jurídica, situações nas quais o legislador percebe a necessidade de interferência estatal em determinadas relações privadas, com o propósito de garantir o equilíbrio e igualdade entre as partes, eliminando desigualdades fáticas oriundas das

diferentes posições econômicas das partes. Ou seja, penetra o Poder Público em uma relação eminentemente particular, para garantir a igualdade e o equilíbrio entre as partes, eliminando desigualdades fáticas oriundas das diferentes posições econômicas das partes. É o exemplo da atuação das agências reguladoras que estabelecem limites para o reajuste de preços em determinadas relações privadas, como nos contratos de planos de saúde. Trata-se de um verdadeiro *dirigismo contratual por parte do Poder Público*. (grifo nosso).

A análise do totalitarismo constitucional, exemplificado com o dirigismo contratual, é elucidativa do que a presente pesquisa objetiva: o Poder Público age com base na previsão constitucional da “função social da propriedade”; essa “função social”, todavia, é conceito jurídico indeterminado, a ser apreciado e aplicado, pelo Poder Público, no caso concreto. Assim, havendo conflito entre aquilo que o Poder Público entende como “função social” e o que o particular entende como injusta limitação ao seu direito à propriedade, será o Poder Judiciário quem determinará, ao fim, a tese preponderante.

Tal ilação se faz com o desiderato de indicar, já nesta propedêutica abordagem, a complexidade da atuação do Poder Judiciário no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Decisões judiciais que envolvem questões jurídicas mais sensíveis, como aquelas referentes a conflitos entre direitos fundamentais – propriedade e função social, conforme exemplo doutrinário supra – podem resultar em efeito diverso daquilo que o Poder Público vislumbrava na sua atuação administrativa e/ou legislativa, nisto residindo a gênese do denominado ativismo judicial.

1.1 Dos estudos clássicos à aplicação atual da separação dos poderes

A Constituição Federal de 1988 aduz, em seu art. 2º, que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário”. Encontra-se expressamente positivado o princípio da separação dos poderes, que ostenta natureza normativa de cláusula pétrea em vista do disposto no art. 60, § 4º, inciso III, da Lei Maior.

Em uma análise adstrita aos três primeiros artigos da Constituição Republicana de 1988, o supracitado artigo funciona tanto como pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito e da titularidade do poder do povo, tratados no artigo primeiro da Constituição Republicana, como também como uma “via de acesso” para concretude fática das normas programáticas de que trata o artigo terceiro. Em suma, a separação dos poderes garante a manutenção do Estado Democrático de Direito e possibilita, por meio de um fracionamento institucional do Poder do Estado, a implementação não só das

normas programáticas elencadas no artigo terceiro, mas de todas as normas de direitos fundamentais que dormitam na Constituição.

A forma de separação dos poderes conhecida é resultado do aperfeiçoamento de teorias que datam dos tempos dos filósofos gregos. Com relação ao estudo de Aristóteles sobre a matéria, leciona Aderson de Menezes (1992, p.246):

O sábio de Estagira, escrevendo que há em todo governo três partes das quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares, disse que a primeira, formada pelos cidadãos em geral, corpo deliberante e verdadeiro soberano do Estado, delibera sobre os negócios públicos, decidindo soberanamente da guerra, da paz, da aliança, da ruptura dos tratados, promulga as leis, pronuncia a sentença de morte, o exílio, o confisco, examina as contas do Estado; que a segunda, composta de magistrados, exerce a magistratura, com função de deliberar sobre certos assuntos, julgar e ordenar com autoridade especial, além de encarregar-se das rendas e defesa do Estado; e que a terceira, integrada por juízes, compreende tribunais que têm a seu cargo os julgamentos para a aplicação da justiça.

A ideia de conter e dividir o poder estatal não é unanimidade entre os filósofos e teóricos do Estado. Como exemplo dessa dissidência teórica, podem-se citar Nicolau Maquiavel, Jacques-Bénigne Bossuet, e Thomas Hobbes, teóricos do absolutismo monárquico.

Maquiavel, em sua obra *O Príncipe*, defende a separação entre a moral e a política, vistas como esferas inconciliáveis, sendo as razões do Estado superiores a tudo; para que o interesse do Estado seja efetivado, justifica-se a utilização de artimanhas, violência, e até mesmo políticas ardis. Na defesa do interesse do Estado, “os fins justificam os meios”, célebre adágio associado à teoria de Maquiavel. Quanto ao Bispo Jacques Bossuet, há uma relação muito próxima entre o poder real e Deus, de forma que as decisões reais seriam inspiradas por Deus e, conseqüentemente, acertadas, infalíveis. O direito divino seria o fundamento e legitimação do poder real. Thomas Hobbes, autor de *Leviatã*, defende que o Estado Absoluto era uma superação ao estado de natureza. A sociedade tenderia ao caos e desarticulação em consequência do egoísmo insito ao ser humano. Para superar este caos do estado de natureza, os homens cederiam seus direitos a um soberano, renunciando às suas liberdades individuais em prol da sobrevivência social. (VICENTINO; DORIGO, 2001, p. 212-213).

Já o pensador inglês John Locke contrapõe-se ao pensamento de Hobbes: para este último, sem o estado civil a sobrevivência humana correria riscos, enquanto Locke, em giro oposto, diz que o pacto social apenas solucionaria lacunas como a da necessidade de um juiz comum. Hobbes foi o primeiro a teorizar um modelo

contratualista, e para ele, o poder era absoluto, indivisível e irrevogável. Na contramão desta teoria, Locke defende a divisão do poder para garantir a defesa do povo, o que viria mais tarde a influenciar o pensamento de Montesquieu. A separação dos poderes toma mais forma na filosofia de Locke, que contempla os Poderes Legislativo, Executivo e o Poder Federativo. Nessa Separação de Poderes de Locke, o Poder Legislativo é o mais importante, e não há o Poder Judiciário, que viria a ser idealizado na obra de Montesquieu. (CARVALHO, 2003, p. 29-42).

O estudo acerca da separação dos poderes, como se observa, tem longa história e muita conjectura teorizada. Das ideias primordiais da separação dos poderes, até sua negação e conseqüente defesa da concentração do poder nas mãos de um soberano, seja pela vontade divina, seja por um pacto social, há uma extensa bibliografia a ser comentada, mas é com a obra de Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, que se consolida uma divisão horizontal do Poder estatal. De fato, a teoria da separação dos Poderes não tem sua gênese na obra de Montesquieu, mas sua obra “Do Espírito das Leis” é a referência imediata à separação dos poderes e, também, ao constitucionalismo, pois muitos são os momentos da História relacionados a esta célebre obra.

Montesquieu dividiu sua obra em “livros”, onde faz diversos estudos políticos e sociais, mas é no Livro XI que está contida a teoria da separação dos poderes. Inicia o Capítulo VI do seu Livro XI preconizando (Montesquieu, 1979, p.148-149):

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.

Em sua obra, Montesquieu adverte sobre a necessária harmonia que deve haver entre os Poderes constituídos. Ao relatar os riscos de um poder com mais prerrogativas que o outro, o autor da obra atenta para o perigo que há quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo encontra-se jungido ao executivo, não existindo liberdade e havendo o iminente risco de estabelecerem-se apenas leis tirânicas a seres executadas tiranicamente. Da mesma forma, estando o Poder Judiciário ligado ao legislativo, o juiz tornar-se-ia legislador, sendo o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos exercido de forma arbitrária. Executivo e judiciário ligados

tornariam o juiz capaz de atos de opressão. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes. Montesquieu ilustra sua ideia citando a Itália, onde os três poderes, à época da elaboração de sua obra, eram reunidos, relatando que havia menos liberdade nas citadas Repúblicas da Itália do que em algumas monarquias. (MONTESQUIEU, 1979, p.149).

A leitura do parágrafo supra leva a entender, em um primeiro momento, que Montesquieu preconizava a ideia de total segregação dos poderes; entretanto, mais à frente de sua obra, Montesquieu cita exemplos da influência e harmonia que deve haver entre os poderes. O célebre autor acredita que haja a necessidade de um poder regulador dos demais – ressalta-se aqui que Montesquieu reputava o poder de julgar, de algum modo, nulo – e a parte do corpo legislativo composta de nobres poderia incumbir-se desta ingerência. Este órgão regulador seria hereditário, o que ensejaria a utilização de técnicas jurídicas de prevenção a desvios funcionais. Portanto, nas coisas que poderiam corrompê-lo, como leis referentes à arrecadação de dinheiro, ele só tomaria parte na legislação por sua faculdade de impedir, e não por sua faculdade de estatuir. Com esta faculdade de impedir, o “órgão regulador dos demais” poderia anular uma resolução tomada por qualquer outro, disto tomando forma o instituto do direito de veto. Preconiza ainda que seja o Poder Executivo quem regulamente a convocação do legislativo, bem como a duração de suas assembleias, teorizando ainda acerca do direito de veto do executivo sobre as normas do legislativo, pois, caso tal instituto não existisse, o poder legislativo seria despótico e findaria com os demais poderes. (MONTESQUIEU, 1979, p.151-152).

Vê-se delineado, já no Espírito das Leis, de Montesquieu, que os Poderes devem ser separados para evitar o despotismo destes, mas a fiscalização destes entre si é essencial ao correto funcionamento. Na toada dessa fiscalização recíproca entre os poderes constituídos, na busca de otimizar a realização do “bem comum”, Montesquieu (1979, p.152) defende o direito/dever do Poder Legislativo em fiscalizar de que maneira as leis promulgadas devem ser executadas.

A separação dos poderes foi introduzida com grande rigor nas revoluções americana e francesa, mas logo percebeu-se sua inviabilidade. A independência total dos poderes constituídos pode causar uma autonomia que os desvirtuem da vontade política que deve informar toda a organização estatal. Advém, daí, a necessidade de coordenação entre eles, visando harmonizá-los e contê-los dentro da cadeia de fins aos quais o Estado deve servir. Isto explica a realidade da divisão flexível das funções entre os órgãos

correspondentes. Judiciário e Legislativo exercem funções administrativas, evidenciando-se que os órgãos estatais não exercem apenas suas funções próprias, mas desempenham também funções atípicas, ou seja, própria de outros órgãos. O esquema inicial rígido foi substituído por outro onde cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado, sendo um em caráter prevalente e outro em caráter meramente subsidiário ou excepcional (BASTOS, 1990, p.301).

Também fazendo referência à separação dos poderes em sua atual concepção, ensina J.J Gomes Canotilho (1993, p.64):

garantia institucional da independência e segurança pessoal do juiz; separação institucional entre legislativo e executivo; princípio da reserva da lei em matéria da liberdade e da propriedade; sistema de balanço recíproco de poderes com o fim de cooperação e controlo (*checks and balances*) (sic).

Corroborando o que já fora exposto até agora, cita-se também as palavras do Ministro da Corte Suprema Alexandre de Moraes (2006, p.377):

[...] O Direito Constitucional Contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição dos Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado freios e contrapesos (*checks and balances*).

O sistema de separação de poderes, consagrado em várias Constituições, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária conhecida como sistema de freios e contrapesos. De acordo com esta teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: gerais e especiais. Os atos gerais só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, consistindo na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, sobre quem exatamente elas incidirão. Como o Poder Legislativo só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, assim não dispendo de meios para cometer abusos de poder para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou um grupo particular. Somente após a emissão da norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O Poder Executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de agir discricionariamente, sendo limitado pelos atos gerais emitidos pelo Poder Legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário (DALLARI, 2005, p.220-221).

Diante da abalizada doutrina colacionada, entende-se que a separação dos poderes é um instrumento fundamental para o controle do poder estatal. O Poder estatal, uno por emanar todo do povo, é institucionalmente cindido para que os exercentes dos Poderes instituídos não ajam além ou aquém da legitimante vontade do povo.

Em sua acepção moderna, a separação dos poderes é permeada pela teoria dos freios e contrapesos, desenvolvida nos Estados Unidos, e que vislumbra justamente a independência harmônica entre os poderes constituídos, evitando potenciais atuações despóticas oriundas de uma desmedida autonomia, e visando o melhor funcionamento destes na consecução do bem comum visado pela sociedade.

1.2 Das atribuições constitucionais do Poder Judiciário

Exposta a doutrina da “separação institucional” dos Poderes constituídos, especificar-se-ão as atribuições do Poder Judiciário. A repartição das prerrogativas de cada um dos Três Poderes encontra supedâneo normativo na Lei Maior.

Compulsando a Constituição Federal, as atribuições do Poder Judiciário encontram-se positivadas entre os artigos 92 ao 126. Inicialmente, convém mencionar os órgãos que compõem o Judiciário, assim estabelecidos na Constituição Federal:

- Art. 92 – São órgãos do Poder Judiciário:
- I – o Supremo Tribunal Federal
- I-A – o Conselho Nacional de Justiça
- II – o Superior Tribunal de Justiça
- III – os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais
- V – os Tribunais e Juízes do Trabalho
- V – os Tribunais e Juízes Eleitorais
- VI – os Tribunais e Juízes Militares
- VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios

Cada órgão possui suas atribuições e limites estabelecidos constitucionalmente, assim preconizados nos artigos que seguem ao dispositivo supracitado, mas, como parte de um todo, possuem como atividade precípua a “função jurisdicional”, e tal qual se depreende do ensinamento de José Afonso da Silva (2010, p.553), “os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama função jurisdicional ou simplesmente jurisdição”.

Gize-se, em bom alvedrio, que o Conselho Nacional de Justiça, Órgão do Poder Judiciário instituído a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, inobstante sua

premente relevância, é um órgão correicional, sem função jurisdicional, cingindo-se seu mister constitucional ao controle administrativo e financeiro do Judiciário.

Debruçando-se, doravante, sobre a função típica do Poder Judiciário, emerge a necessidade de conceituar *jurisdição*.

Jurisdição é um conceito geral do direito, aplicável a todos os ordenamentos jurídicos, ou, pelo menos, a um grande número deles. A jurisdição é justamente a instância que realiza a função de interpretar e aplicar, coativamente, as normas jurídicas de modo terminal, garantindo a certeza e a segurança dos direitos de que carece a sociedade para reproduzir-se na história. Atividade indispensável ao ordenamento jurídico, transforma proposições normativas abstratas e gerais em disciplina efetiva de fatos concretos e reais. O **art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988** veda a existência de atos, de qualquer natureza, imunes à censura jurisdicional, preceituando que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser excluída da apreciação do judiciário. Implicitamente, **este dispositivo define a jurisdição como função terminal no processo de aplicação do direito, já que o judiciário é o complexo orgânico a que a Constituição atribui o verdadeiro exercício da jurisdição** (ROCHA, 1995, p. 18-25. Grifo nosso).

Conclui-se, inicialmente, que a função primordial do Poder Judiciário é a jurisdição, mas tal função não é exclusiva do referido Poder, bem como este não tem sua atividade adstrita à atividade jurisdicional. Em funções atípicas, e estritamente nas hipóteses traçadas pelo legislador constituinte, o Judiciário também legisla e administra, citando-se como exemplos as disposições preconizadas no arts. 93, *caput*, e 99, da Constituição Republicana de 1988. Do mesmo modo, o Poder Judiciário não exerce a jurisdição com exclusividade, de forma que se observa, na prática, a concretude da teoria dos freios e contrapesos no Ordenamento Jurídico pátrio.

Um eminente exemplo da jurisdição exercida pelo Poder Legislativo encontra-se positivado nos arts. 51, inciso I, e 52, inciso I, da Constituição Federal de 1988: pelo primeiro dispositivo, a Câmara dos Deputados autoriza a instauração de processo contra o Presidente da República, Vice-Presidente e Ministros de Estado, e a segunda norma confere ao Senado Federal a competência para processar e julgar, dentre outras autoridades, o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de Responsabilidade. O Poder Executivo, por sua vez, exerce atividade jurisdicional atípica na seara do “contencioso administrativo”.

Mencionada a atribuição precípua do Poder Judiciário, que é a jurisdição, bem como suas atividades excepcionais em legislar e administrar, cuida-se, na sequência, da atribuição do Poder Judiciário a que este trabalho mais se direciona, que é a da efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos na Constituição Federal no exercício de sua função jurisdicional típica.

O Poder Judiciário, uma vez acionado para apreciar eventual lesão ou ameaça a direito dos cidadãos frente ao Poder Público, tem o dever de decidir a crise jurídica do caso concreto, e essa atuação na seara da jurisdição constitucional vem, gradativamente, revelando uma sensível preponderância institucional do Judiciário sobre os demais Poderes Constituídos.

A inércia do Poder Público já seria motivo suficiente para se chegar ao objetivo principal desta pesquisa monográfica, que é a análise da harmonia da jurisdição constitucional do Poder Judiciário frente aos demais Poderes constituídos, mas este estudo será melhor trabalhado na última parte da pesquisa.

Por enquanto, para se chegar ao motivo que vem levando o Judiciário à adoção de uma práxis mais politizada, será utilizada como centro de debates a própria atribuição constitucional do exercício da jurisdição.

O judiciário é o terceiro dos poderes na lição clássica de Montesquieu, e teoricamente não possuiria a importância política dos demais poderes, mas ocupa um lugar de destaque com relação aos demais quando se analisa sua atuação na tutela de direitos individuais e sociais do povo. Nos países que adotam o sistema da jurisdição una, como o Brasil – diversamente do que ocorre nos países onde vigora um contencioso administrativo que atribui à Administração a função de processar e julgar lides entre a Fazenda Pública e os administrados, também denominado pela doutrina como sistema “dualista” de jurisdição –, onde toda a função jurisdicional, ressalvadas poucas exceções, está sob o pálio do Poder Judiciário, sobressai a importância do terceiro poder, a quem é confiada a tutela dos direitos subjetivos até mesmo contra o Poder Público, e que tem a função de efetivar os direitos e garantias individuais, abstratamente inscritos na Constituição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO; 2005, p. 165-167).

Da abalizada doutrina citada, observa-se que o Poder Judiciário, embora não tenha substancialmente função política, finda por ser o Poder que garante ao povo, ao exercer sua função jurisdicional típica, a fruição dos direitos individuais e políticos dos cidadãos.

Ilustrado-se a afirmação com um caso concreto, a análise do marco temporal referente à demarcação das terras indígenas encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de questão que ostenta exponencial relevância jurídica e social, inerente ao direito dos povos indígenas, e cuja apreciação incumbe unicamente ao Órgão guardião da Constituição Federal. Dito em síntese: os demais Poderes constituídos atuarão em conformidade com o que a Suprema Corte decidir sobre o marco temporal da demarcação das terras indígenas.

Da inafastabilidade jurisdicional, a qual o judiciário tem como função primordial, à defesa da própria Constituição, observa-se o mister verdadeiramente político do exercício da atividade jurisdicional.

Sem olvidar o déficit de legitimidade popular do Poder Judiciário, cujos agentes não são diretamente escolhidos pelo povo, a desídia funcional dos demais Poderes constituídos tem direcionado o povo a buscar, na via jurisdicional, meios concretos de fruição de direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Apresenta-se, assim, um movimento de “democracia reativa”, cuja participação popular, via acionamento do Poder Judiciário, revela a reação do povo, titular do Poder, à inércia dos Poderes constituídos na condução das políticas públicas. Na conjuntura posta, que alberga o exercício da jurisdição constitucional ante a inércia dos demais Poderes, observa-se que o Poder Judiciário sai da inicial condição de Poder deficitário de legitimidade popular para uma situação de protagonismo institucional.

Entrementes, o exercício da jurisdição, atribuição precípua do Poder Judiciário, transcende o sistema jurídico e alcança, também, o sistema político, mormente quando se está diante de uma atuação desidiosa dos demais Poderes constituídos.

1.3 Da independência e harmonia do Poder Judiciário com os demais poderes

Após a abordagem acerca da separação dos poderes e das atribuições do judiciário, analisam-se os aspectos fáticos e legais da independência e harmonia deste poder com os demais poderes. Ao trazer em seu texto as atribuições de cada um dos poderes, a Constituição também traz as formas de controle de cada um dos poderes, para que estes funcionem sem excessos e haja um equilíbrio funcional entre eles, uma vez que o poder do Estado é uno, e a separação dos poderes seria, na prática, apenas uma divisão funcional das incumbências estatais.

O Poder Judiciário, para exercer sua função jurisdicional com a devida presteza, necessita de garantias e autonomias em relação aos demais poderes. Mas, além de garantias que propiciem sua autonomia, a Constituição também trouxe formas de controle das atividades do Poder Judiciário: ao mesmo tempo que este fiscaliza, exercendo a jurisdição, a legalidade dos atos realizados pelos demais poderes, legislativo e executivo também são incumbidos da prerrogativa de fiscalizar o judiciário, em homenagem à comentada teoria dos freios e contrapesos.

As garantias do Poder Judiciário destinam-se a emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial. Cabe ao judiciário o último controle da atividade estatal, seja esta implementada por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo. A Constituição de 1988 dotou os tribunais, então, de um poder de autogoverno consistente na eleição de seus órgãos diretivos, elaboração de regimentos internos, autonomia administrativa e financeira, e provimento dos cargos de magistrados, dentre outras atribuições. Sua organização deve ser disciplinada pelo Estatuto da Magistratura, estabelecida por lei complementar, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal e observando os princípios previstos na própria Constituição. Aos magistrados, a Constituição trouxe três importantes garantias: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Pela primeira garantia, o magistrado só perde seu cargo mediante sentença judicial transitada em julgado; a inamovibilidade garante que o juiz não seja removido do cargo *ex officio*, bem como não seja afastado da apreciação de um dado caso ou de determinado processo, sendo possível a remoção apenas se houver interesse público e mediante decisão da maioria absoluta do respectivo Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça; e, por fim, a irredutibilidade de vencimentos assegura a independência dos magistrados, vetando qualquer decisão legislativa com o intuito de afetar os subsídios pagos aos magistrados (MENDES; COELHO; BRANCO; 2009, p. 974-978).

Ao mesmo tempo que garante a autonomia funcional do Poder Judiciário, a Constituição traz formas de controle externo desse poder. Contemplando a reciprocidade de controles, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades administrativas do Poder Judiciário deverá ser realizada pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, no âmbito nacional. Além disso, a escolha e investidura da cúpula do Poder Judiciário sofrem rigoroso controle por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. No caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, estes são nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pela

maioria absoluta do Senado Federal. Esses mesmos Ministros poderão ser processados e julgados pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade. Evidencia-se, portanto, a ingerência dos demais poderes com relação ao Poder Judiciário, tudo em conformidade com a Constituição Federal de 1988 (MORAES, 2007, p. 486).

Além das disposições constitucionais que versam sobre a autonomia e controle do Poder Judiciário, é pertinente tecer um comentário que coaduna com o tema desta pesquisa: o Projeto de Emenda Constitucional nº 03/2011, arquivado apenas em razão do término da legislatura em que fora proposta, na forma do art. 105, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Disponível no sítio virtual da Câmara dos Deputados (2023, *on line*), a “ementa” do referido Projeto de Emenda aduz a nova redação a ser dada ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal, onde se “estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. O autor da referida PEC, Deputado Nazareno Fonteles, faz menção ao art. 49, caput e inciso V, da Constituição, que autoriza expressamente a competência do Poder Legislativo em sustar atos do Poder Executivo que excedam o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa. Dessa forma, o Deputado intenta exercer o mesmo controle sobre atos do Poder Judiciário, sob o argumento de equilíbrio entre os Três Poderes.

Em seu trâmite, a PEC 03/2011 chegou a ser aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, somente vindo a ser arquivada, repise-se, em razão do término daquela legislatura.

Na mesma toada, citem-se o trâmite da PEC 155/2015, de autoria do Deputado Marco Feliciano, bem como a iniciativa do Senador Marcos Rogério (2023, *on line*) em recolher assinaturas no Senado Federal que propiciem o trâmite de mais um Projeto de Emenda à Constituição no sentido de atribuir ao Poder Legislativo o poder de sustar atos do Poder Judiciário.

Se alguma das Propostas de Emenda à Constituição vier a positivar-se no ordenamento jurídico pátrio, esta também não restaria imune ao controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário, perfazendo-se então um formato de sobreposição deste no “controle do poder pelo poder”. Ao Poder Judiciário incumbiria a análise da constitucionalidade da arvorada Emenda à Constituição, de forma que, no caso concreto, quem daria o ultimato jurídico sobre a validade da atuação do poder constituinte reformador seria o próprio Poder ao qual se visa sustar eventuais atos exorbitantes.

Pertinente à atuação harmônica com o Poder Executivo, os magistrados componentes do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar são nomeados pelo Presidente da República, consoante previsões dispostas nos arts. 101, parágrafo único, 104, parágrafo único, 111-A e 123, respectivamente, da Constituição Republicana.

A participação do Executivo se dá, também, na nomeação de parcela dos Conselheiros que compõem o Conselho Nacional de Justiça e dos Magistrados do Tribunal Superior Eleitoral, conforme arts. 103-B, § 2º, e 119, inciso II, da Lei Maior.

Depreende-se, do teor das normas constitucionais que preconizam a composição dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, a pretensão do poder constituinte originário em oxigenar de legitimidade popular o Poder que tem como função típica aplicar o direito ao caso concreto. Assim, um representante eleito – o Presidente da República –, agindo, em tese, na fidedigna representação dos anseios do povo, nomeia os magistrados das Cortes Superiores do Poder Judiciário e espraia, sobre este, a legitimidade oriunda do voto do cidadão.

Da situação exposta, delinea-se o dinamismo que há na autonomia e harmonia dos três poderes. Mesmo havendo previsões constitucionais de autonomia e controle externo entre estes, o viés político que permeia esses três poderes dá azo à criação de novos dispositivos que versem sobre a congruência funcional do Executivo, Legislativo, e Judiciário.

Tratando da independência harmônica do Poder Judiciário com os demais Poderes constituídos, aduz André Ramos Tavares (2020, p. 1.192/1.193) leciona:

No *declarar o Direito* deverá, preliminarmente, defender a Constituição, inclusive contra as leis editadas em desrespeito a ela [...] Declarar o Direito é declará-lo tendo como justa medida a Constituição [...] Reconhece-se hoje, ademais, ao Judiciário a tarefa (poder) de *controlar* os demais poderes do Estado, podendo-se falar, assim, de uma função de controle, inclusive tendo como parâmetro máximo a Constituição.

Em arremate, tratando de forma sucinta sobre o protagonismo que o Poder, ao qual incumbe dizer o direito no caso concreto, tem sobre os demais, leciona Otto Bachof (*apud* Tavares, p. 1.193) que o “aumento da função de controle significa um incremento acentuado do poder do juiz e, necessariamente, uma diminuição proporcional do poder do Legislativo e do Executivo. Esse fato é indiscutível”.

É dizer: o complexo organismo social denominado Estado, em sua formatação Estado Democrático de Direito, deve pautar seus atos não apenas em

conformidade à Lei formal, mas principalmente à Constituição. Conforme visto, a própria Lei – baliza abstrata e genérica da atuação do Poder Público – deve coadunar, hierarquicamente, aos vetores normativos preconizados na Constituição, e, assim, o Poder incumbido de guardar os mandamentos constitucionais exerce uma elevada ingerência sobre os atos dos demais Poderes constituídos.

1.4 A evolução histórico-jurídica do constitucionalismo e a expansão da jurisdição constitucional

Em linhas introdutórias deste tópico, impende remontar à prefacial menção que se fez acerca da relação do indivíduo com o organismo social “Estado”. A Teoria da Separação dos Poderes exsurge, nessa senda, de produções teóricas de tratadistas que vislumbravam desenvolver técnicas jurídicas e políticas de contenção do poder estatal.

O movimento social que intenta a limitação do Poder estatal apresenta-se, conforme a doutrina de André Ramos Tavares (2020, p. 72), como uma das acepções do polissêmico termo “constitucionalismo”. Assim, apresentou-se na pesquisa o entrelaçamento que há entre o constitucionalismo e as teorias acerca da Separação dos Poderes.

A pesquisa aborda, doravante, o “constitucionalismo” em uma dupla acepção, fazendo uma justaposição dos sentidos de “movimento de evolução histórico-constitucional de um Estado”, com o da “busca pela limitação do poder arbitrário” (Tavares, 2020, p. 72), contextualizando-o à expansão da jurisdição constitucional e ao protagonismo do Poder Judiciário no Estado Constitucional de Direito.

O constitucionalista Bernardo Gonçalves (2017, p. 29/30), com lastro na concepção sociológica de Constituição desenvolvida por Ferdinand Lassalle, alude à existência da Constituição em todas as épocas e em todos os lugares. Explana a teoria a partir do questionamento “[...] quais as matérias fundamentais (fundantes, basilares) para que consigamos enxergar determinadas comunidades (sociedades ou Estados)?”.

Aponta o proeminente autor três elementos passíveis de responder ao questionamento:

a. Identidade: noção de pertencimento do indivíduo àquele todo que compõe uma determinada sociedade, hodiernamente juridicizado como a Nacionalidade de um indivíduo);

b. Organização social: estruturação da titularidade e exercício do poder, a forma como se dá a reprodução social nessa linha estruturante, e singularidade organizacional que a diferencia de demais sociedades;

c. Valores subjacentes: regras de “dever-ser” pre-constituídas, frutos de um processo histórico indutivo de uma consciência individual-coletiva sobre o que se pode e o que não se pode fazer naquela sociedade.

Sobre a onipresença jurídica da Constituição nas sociedades, o autor arremata sua doutrina com um esmerado silogismo: a conjugação dos três elementos acima indica a formação de organismos sociais e políticos denominados Estados; se eles existem, foram, então, constituídos; e a Constituição é, portanto, remontando ao pensamento aristotélico, o resultado desta forma de ser de uma coletividade.

Assim se compreende, portanto, que o constitucionalismo, visto como “evolução histórico-constitucional”, perpassa toda a história do ajuntamento social humano, desde as primevas coletividades até as complexas estruturas sociais, jurídicas e políticas subjacentes ao moderno conceito de Estado.

Conforme previamente explanado nas linhas introdutórias do capítulo prefacial desta pesquisa, e corroborando a tese suso aludida da presença da Constituição em todos as épocas e lugares de ajuntamentos humanos, a doutrina constitucionalista (Lenza, p. 102/108) indica a existência de instrumentos jurídicos voltados à limitação do poder governamental desde as sociedades da Antiguidade histórica.

Observa-se, ainda, que constitucionalismo perpassa a história da humanidade em uma linha ascendente de eficácia. Os tímidos meios de limitação do poder, já presentes desde as civilizações da Antiguidade histórica, abrem espaço para o gradativo burilamento teórico do constitucionalismo.

O poder estatal, antes exercido como expressão da vontade pessoal do soberano, passa a ser submetido ao que prescreve a Lei. A Lei, elaborada pelos pares sociais eleitos como representantes do povo, se apresenta, nesse momento, como fonte primeira e exclusiva do Direito. Formatava-se, neste momento histórico-constitucional, o Estado Legalista, no qual o Judiciário teve sua função jurisdicional limitada à mecanicista atividade de aplicar, ao caso concreto, a exata prescrição legal, sem espaço para interpretação ou atividade que inovasse o Direito positivado. (TAVARES, 2020, p. 94 a 100).

A atividade legislativa, contudo, não é capaz de pacificar, abstratamente, a larga complexidade das relações sociais. Ainda que considerando um determinado corpo

de Leis imbuído de legitimidade popular, as lacunas no ordenamento jurídico e a própria dinâmica das relações sociais indicam fortemente que o Direito não poder ter uma fonte normativa única.

Acerca do momento histórico de transição do Estado Legalista para o Estado Constitucional de Direito, leciona com maestria o constitucionalista Daniel Sarmento (2009, online):

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. **Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos.** Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX. Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. **A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis[...]** (grifos nossos).

Nessa moldura histórica, abordada com clareza solar na suso parafraseada doutrina, países europeus como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal mitigaram sua anterior perspectiva jurídica legicêntrica e se aproximaram da concepção constitucionalista adotada nos Estados Unidos da América¹.

Assim, as normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo – vistas, até então, como fonte primordial e quase exclusiva do Direito – passam a ser conformadas pelas balizas traçadas na norma fundamental do Ordenamento Jurídico: a Constituição.

Da doutrina em estudo, importante gizar, ainda, que as constituições europeias diferiram da Constituição estado-unidense quanto à extensão do seu conteúdo. Isso porquê a Carta Política dos Estados Unidos, de sintética extensão, ateu-se a formatar os

¹ Conforme explana Bernardo Gonçalves (2017, p. 33), é possível extrair, do emblemático caso “Marbury x Madison”, duas premissas que ainda hoje norteiam a Teoria da Constituição: a da suprallegalidade das normas constitucionais sobre o ordenamento ordinário, mesmo com relação àquelas normas que lhe forem cronologicamente posteriores, e a da defesa da supremacia da Constituição sobre todo o o ordenamento sendo feita, em regra, pelo Poder Judiciário.

contornos básicos da organização do Estado e prever apenas alguns direitos individuais, enquanto que as Constituições europeias posteriores ao término da 2ª Guerra Mundial, imbuídas de forte conteúdo axiológico, trataram de demais temas, como família, relações de trabalho, e economia. Entrementes, a conjugação da força normativa atribuída às Constituições, do seu protagonismo no Ordenamento Jurídico, da previsão de um extenso rol de direitos fundamentais nas cartas políticas europeias pós 2ª Guerra Mundial, e da tecitura semântica aberta das normas constitucionais mais relevantes, resultaram na hipertrofia da relevância política do Poder Judiciário (SARMENTO, 2009, ONLINE).

Desvela-se, nesse contexto, o traçado jurídico do movimento constitucionalista denominado “neoconstitucionalismo”. Tratando do neoconstitucionalismo, aduz Pedro Lenza (2019, p. 113):

Visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, **busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.** (grifo nosso).

Em referencial doutrina, contextualizando a transição do Estado Legalista para o Estado Constitucional de Direito, Luís Roberto Barroso apresenta os cânones do denominado “neoconstitucionalismo”:

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. [...] **O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito** (grifo nosso).

O excerto suso transcrito apresenta a transformação ocorrida no Estado na conjuntura do “Neoconstitucionalismo”, impulsionado no período posterior ao término da 2ª Guerra Mundial – marco histórico; a superação da anterior imiscibilidade dos conceitos jusnaturalistas e juspositivistas do Direito, cedendo lugar à reaproximação do positivismo jurídico com a moral e a ética – marco filosófico; e, dentro da Teoria do Direito, apresentam-se como marcos teóricos do neoconstitucionalismo o reconhecimento da força normativa da Constituição, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, e a expansão da jurisdição constitucional (op. cit).

Observa-se, assim, que a força normativa atribuída às Cartas Constitucionais posteriores ao término da 2ª Guerra Mundial, e a necessária proteção aos direitos fundamentais do povo inclusive em face do Poder Legislativo, ensejaram um protagonismo institucional do Poder Judiciário frente aos demais Poderes instituídos, mormente no que pertine à notória expansão da jurisdição constitucional.

Nesse sentido, preconiza Daniel Sarmiento (2009, online):

No neoconstitucionalismo, 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 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.

Sendo a Constituição a baliza normativa da atuação do Poder Público, incumbiu-se ao Poder Judiciário, como regra, dar a última palavra sobre a legitimidade da atuação dos representantes do povo nos Poderes Executivo e Legislativo, consubstanciando-se tanto a expansão da jurisdição constitucional no ordenamento jurídico pátrio como também um novo paradigma de acepção da doutrina da Separação dos Poderes.

Em digressão final do assunto tratado neste capítulo prefacial, observou-se que, sob a perspectiva histórica do constitucionalismo, os complexos organismos sociais denominados Estados tiveram pujantes transformações em suas estruturas políticas e jurídicas, culminando no movimento conceituado como “neoconstitucionalismo”. Nessa toada neoconstitucionalista, a independência harmônica entre os Poderes instituídos

também teve relevantes modificações, destacando-se, na primeira parte desta pesquisa, a transição do Estado Legicêntrico para o Estado Constitucional de Direito.

Cuida-se, no capítulo posterior, sobre os aspectos teóricos das normas constitucionais, com especial relevo à hermenêutica jurídica no contexto do neoconstitucionalismo.

2. DA EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Ao estudar de forma aprofundada o ordenamento jurídico, é necessário que se estabeleçam conceitos e critérios básicos sobre as normas jurídicas, bem como um “confronto” entre estas e as normas de natureza ética e moral, pois embora estas não se encontrem positivadas como lei, podem vir a manifestar um fato ou um costume e que venha a ser juridicamente positivada como norma jurídica.

Nesta confrontação entre norma moral e norma jurídica, encontra-se o dinamismo do direito, pois é cediço que o Poder Legislativo jamais exaurirá todos os anseios de uma sociedade por meio de leis, pois os próprios anseios do povo mudam conforme o tempo, são sujeitos às influências culturais próprias e estrangeiras, e a norma jurídica que hoje regulamenta determinado bem jurídico de forma eficaz pode não representar, amanhã, os anseios de uma sociedade.

Ao buscar o conceito da palavra norma, já se evidencia sua estreita ligação, mesmo de forma genérica, com o conceito de lei. O Dicionário Brasileiro Globo (FERNANDES; LUFT; GUIMARÃES, 1993) conceitua a palavra norma como (grifo nosso) “regra; preceito; modelo; *lei*; método [...]”, e tal conceito explica a associação imediata que se faz entre norma e lei. Se o próprio léxico pátrio já traz os dois vocábulos, norma e lei, como sinônimos, ficou a cargo dos juristas examinar os pormenores que diferenciam norma moral e norma jurídica. A rigor, até mesmo norma jurídica e lei possuem diferenças, conforme ver-se-á mais adiante.

É fato que tanto a norma moral quanto a norma jurídica possuem uma base ética. A doutrina busca diversos conceitos para diferenciá-las, mas a real distinção que há entre elas está no autorizamento, pois embora todas as normas sejam imperativas porque fixam as diretrizes da conduta humana, só a jurídica é autorizante, posto que é a única que oferece ao sujeito que tem um direito lesado a faculdade de exigir seu cumprimento e a reparação do mal sofrido. Observa-se, então, o caráter bilateral da norma jurídica, pois dirige-se a dois sujeitos: de um lado, impõe dever a determinada pessoa, e de outro, autoriza o lesado a exigir este dever. Já as demais normas são unilaterais, pois embora imponham deveres, não autorizam ninguém a empregar coação para obter o cumprimento delas. Entretanto, é imperioso ressaltar que embora se faça esta distinção entre norma moral e jurídica, não há como seccionar completamente os conceitos, visto que as normas jurídicas são, também, normas morais (DINIZ, 2006, p. 382-285).

Acerca do conceito específico das normas jurídicas, aduz Paulo Nader (2004, p.81, grifo original) “que são padrões de conduta social impostos pelo Estado, para que seja possível a convivência dos homens em sociedade [...] Em síntese, norma jurídica é a *conduta exigida ou o modelo imposto de organização social*”. Mais adiante, o doutrinador chama a atenção do leitor para a distinção entre norma jurídica e lei, pois esta última “é apenas uma das formas de expressão das normas, que se manifestam também pelo Direito costumeiro e, em alguns países, pela jurisprudência”.

As normas jurídicas não se apresentam na vida social sob uma forma única. Há diferenças formais e substanciais entre estas normas: tratando-se de normas de direito público, podem ser citadas como exemplos as normas de direito constitucional e administrativo, e no âmbito do direito privado, há normas de direito civil e empresarial, dentre outras (GUSMÃO, 1962, p.133).

As normas jurídicas, de acordo com sua aplicabilidade, receberiam a seguinte classificação: **normas de eficácia absoluta**, que seriam inatingíveis, não podendo ser prejudicadas nem mesmo pelo poder constituinte derivado, **normas de eficácia plena**, que trazem elementos suficientes para produzir efeitos imediatamente, mas suscetíveis de emenda constitucional, **normas de eficácia relativa restringível**, que possuem aplicabilidade imediata, mas podem ter seu alcance restringido pela atividade legislativa, e as **normas de eficácia relativa complementável**, que demandam normas posteriores para que possam produzir efeitos (DINIZ, 2006, p.391).

Todas essas normas jurídicas, seja qual for a forma em que se apresentem, são partes constitutivas do ordenamento jurídico. Diferenciando o ordenamento jurídico de um “sistema de leis”, e ressaltando sua amplitude, aduz Miguel Reale (2007, p. 191) que o ordenamento compreende “[...] as fontes de direitos e todos os seus conteúdos e projeções: é, pois, o sistema das normas em sua concreta realização, abrangendo tanto as regras explícitas como as elaboradas para suprir as lacunas do sistema”.

Sobre o ordenamento jurídico, Norberto Bobbio atenta para o fato de as normas jurídicas não existirem de forma isolada, mas em um contexto normativo com relações particulares entre elas, o qual o jurista define como “ordenamento”. Lecionando que “ordenamento jurídico (como todo sistema jurídico) é *um conjunto de normas*”, o doutrinador atenta para a pluralidade de normas que compõem o ordenamento. Essa pluralidade, típica de “ordenamentos jurídicos complexos”², derivados de uma fonte só, mas que não condizem com a experiência jurídica e histórica observada –, deve-se ao

² Além desse, o autor ressalta a existência de “ordenamentos jurídicos simples”.

fato das normas não derivarem de uma única fonte. A complexidade do ordenamento jurídico é consequência, portanto, da grande demanda normativa de uma sociedade, sendo impossível para um órgão ou poder, sozinho, satisfazê-la (BOBBIO, 1999, p. 19-38).

O jurista austríaco Hans Kelsen, ao debruçar-se sobre a “Dinâmica Jurídica” em sua obra *Teoria Pura do Direito*, preleciona a existência de uma “estrutura escalonada da ordem jurídica”. De acordo com essa estrutura, a Constituição estaria no topo da ordem jurídica, trazendo-a como norma fundamental que funciona como supedâneo de validade para as demais. O ordenamento é composto por normas hierarquicamente escalonadas, fundamentadas na Constituição. Nos Estados Modernos, as Constituições instituem órgãos legislativos para elaborarem normas gerais a serem aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas, bem como pode instituir um fato consuetudinário – esse último referindo-se ao direito consuetudinário –, como fato produtor de direito. Dessa forma, as normas gerais, as decisões judiciais que estabelecem a aplicação dessas normas ao caso concreto, de caráter individual, bem como o *costume*, no direito consuetudinário, integram também o ordenamento jurídico. Para Kelsen, até mesmo os negócios jurídicos, realizados por particulares em suas relações mútuas, também integrariam o ordenamento, desde que guardando observância às normas gerais e, primordialmente, à Constituição (KELSEN, 2006, 246-285).

E além dos estudos já apresentados acerca do ordenamento jurídico, insta ressaltar também a teoria tridimensional do ordenamento jurídico, do jurista brasileiro Miguel Reale, que não nega o caráter normativo do ordenamento, mas leva em consideração que as normas representam o momento culminante de um processo que é, essencialmente, inseparável dos fatos que estão em sua origem, e dos valores e fins que constituem sua razão de ser. O ordenamento jurídico, enquanto expressão de uma experiência social e histórica, é constituído por múltiplos complexos normativos entre si correlacionados. Tais complexos acham-se em contínua transformação, havendo um que se põe como o círculo envolvente dos demais, que é o complexo normativo constitucional. Este condiciona a vigência e eficácia das demais normas, mas delas é inseparável. O ordenamento jurídico vale, no seu todo, como uma exigência da razão, em função da experiência histórica (REALE, 2007, p. 192-197).

Expostas as teorias acerca do ordenamento jurídico e sua validade, não se intenta fazer uma avaliação axiológica de teorias tão abalizadas, mas tomando como referência a última proposição teórica apresentada – histórico-cultural ou tridimensional do

direito – visualiza-se, na prática, a influência de aspectos históricos e políticos no ordenamento jurídico relativos à sua vigência e eficácia. Em um dado momento histórico, determinada lei pode ter sua eficácia obtemperada por algum fato histórico, devendo essa ser revogada em face de uma novel norma que venha a, na prática, atender a um dado interesse social. Deste ponto, então, objetiva-se dissertar acerca da classificação das normas constitucionais no que tange à sua eficácia, pois, tal qual fora referenciado alhures, o ápice do ordenamento jurídico, seja ele admitido como uma pirâmide com normas gradativamente escalonadas, de acordo com Kelsen, ou como múltiplos complexos normativos entre si correlacionados, teoria tridimensional, é a Constituição que condiciona a vigência e eficácia das demais normas.

Debruçando-se sobre as classificações das normas constitucionais, algumas teorias merecem ser destacadas. Antes de apresentar sua teoria sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva (2003, p. 74, grifo original) menciona a classificação norte-americana:

[...] Normas constitucionais *self executing* (ou *self-enforcing*, ou *self acting*; auto-executáveis, auto aplicáveis, bastantes em si) são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto as normas constitucionais *not self-executing* (ou *not self-enforcing*, ou *not self-acting*; não auto-executáveis, não auto-aplicáveis, não-bastantes em si) são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias.

Ao elaborar sua classificação acerca das normas constitucionais, José Afonso da Silva partiu da premissa de que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia”. Assim, sua teoria distingue as normas constitucionais apenas no que concerne à amplitude de seus efeitos jurídicos. De acordo com sua teoria, há normas constitucionais de **eficácia plena e aplicabilidade imediata**, **normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata**, e **normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida**. As normas que se incluem na primeira categoria produzem todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição. Já o segundo grupo de normas, embora também produza imediatos efeitos, possui meios que permitem conter sua eficácia a certos limites. Quanto ao último grupo de normas, estes não produzem efeito imediato com a entrada em vigor da Constituição, tendo sido deixada pelo legislador constituinte ao legislador ordinário ou outro órgão do Estado a incumbência de regulamentá-las (SILVA, 2003, p. 82).

Ressalta-se, por fim, a classificação das normas constitucionais elaborada pelo jurista Luís Roberto Barroso, que classifica as normas constitucionais em **normas constitucionais de organização**, **normas constitucionais definidoras de direito**, e **normas constitucionais programáticas**. O primeiro grupo de normas destina-se à organização do poder estatal, criando e estruturando órgãos públicos, estabelecendo as prerrogativas e competências desses órgãos, aspirando, ainda, “à identificação e aplicação de outros atos normativos”. Já as normas constitucionais definidoras de direito estabelecem os direitos fundamentais dos indivíduos perante o Estado, e, por fim, as normas constitucionais programáticas são objetivam “estabelecer princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público”. Intenta o doutrinador, com essa classificação, diminuir a discricionariedade dos poderes públicos ao aplicar os preceitos constitucionais, propiciando ao judiciário um método mais científico ao interpretar a Constituição ante as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo (BARROSO, 2006, p. 89-114).

Em todas as classificações trazidas à baila, observa-se a existência de tipologias normativas que demandam completude regulamentadora por parte do legislador infraconstitucional. Os problemas gerados pela falta de regulamentação legal das normas que possuem aplicabilidade mediata chegaram ao ponto de causar um certo desequilíbrio institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário. A esse último são apresentadas demandas sociais concernentes à matéria ainda não regulamentada, gerando situações complexas onde existe o direito, mas sua fruição está comprometida. E há, por fim, uma questão complexa a ser resolvida: a Constituição traz expressamente o princípio da inafastabilidade jurisdicional, no seu art. 5º, inciso XXXV, o que garante a todos uma resposta estatal diante de uma querela entre particulares ou com o próprio Estado; por outro lado, há lacunas na lei, bem como normas que demandam regulamentação por parte de legislador ordinário.

Exercendo o cidadão o seu direito de ação, ele há de ter uma resposta, o que não só é constitucionalmente garantido, como é corroborado pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que estatui, em seu art. 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. A tênue linha que separa uma decisão judicial fundamentada em princípios gerais do direito de uma decisão que excede sua competência, tem sido alvo de embates doutrinários, e vem causando uma tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário. O Poder Judiciário não possui competência nem legitimidade para legislar, bem como uma postura ativista pode pôr em risco o Estado Democrático de Direito, uma vez que a

titularidade do povo em criar suas normas, por seus representantes eleitos, estaria sendo usurpada por outro poder. O desequilíbrio entre os poderes pode gerar danos à sociedade pois o judiciário acumularia as incumbências de julgar e legislar, malferindo inclusive os princípios constitucionais da soberania popular e da separação dos poderes.

Em contrapartida, é de bom alvitre mencionar que, embora seja o Poder Legislativo o que, historicamente, encontra-se mais próximo do povo, é ao judiciário que as pessoas procuram quando há necessidade de resguardar determinado bem jurídico em face do Estado ou de outrem. Não podendo este se eximir da obrigação de responder às demandas judiciais, utilizar os princípios constitucionais como norteadores e garantir a fruição de direitos não importa em prejuízo ao Estado Democrático de Direito e ao povo. A decisão judicial fundamentada nos princípios gerais do direito tem amparo legal, e para que haja real gozo dos direitos constitucionalmente garantidos, é mais benéfica uma decisão que venha a solucionar um caso de forma concreta do que uma decisão de natureza estritamente declaratória que apenas reafirme aquilo que já está expresso em lei, mas que não está apto, ainda, a ter eficácia para o povo.

Finaliza-se a inicial abordagem deste capítulo aduzindo-se que, de acordo com os cânones lecionados pelo Ministro Luís Roberto Barros acerca do neoconstitucionalismo, a força normativa da Constituição e a nova interpretação constitucional figuram, ao lado da expansão da jurisdição constitucional (estudada no capítulo anterior), como os outros dois marcos teóricos do aludido momento do constitucionalismo.

Entrementes, para além da ausência de regulamentação legal pelo Poder Legislativo sobre direitos e garantias constitucionais que demandam posterior proatividade legislativa, a utilização de técnicas jurídicas como as “cláusulas gerais”, e o reconhecimento da eficácia normativa dos Princípios, consubstanciam outro fator que fez migrar, para o Poder Judiciário, o protagonismo na resolução de demandas sociais. Consabe-se, por exemplo, ser indiscutível a eficácia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; todavia, a exata incidência deste Princípio no caso concreto não dormita apenas na consagração escrita no texto constitucional, mas também na interpretação jurídica a ele atribuída pelo órgão julgador.

Assim, o preenchimento do conteúdo jurídico das normas constitucionais principiológicas no caso concreto – vide exemplificação supra – faz com que a atividade judicante seja uma reverberação da atuação do Poder Constituinte Originário, sobrepondo-se tais decisões judiciais, em alguns casos, inclusive sobre a atuação do

Poder Constituinte Derivado Reformador. Nisso reside a teoria sobre a nova interpretação constitucional, e disso resulta o aumento da atuação do Poder Judiciário no sistema da política.

2.1 Constituição Federal, a eficácia de suas normas de direitos fundamentais e o Poder Judiciário

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada no decorrer de um período marcante na história do Brasil. Os diversos abusos de poder que ocorreram no período da ditadura militar ainda estão presentes na memória de quem viveu aquela época, marcado no corpo e na mente de quem foi torturado, e causam grande receio entre os que conhecem apenas por livros o que aconteceu nesse período. A Constituição de 1988 entrou em vigor após o período da ditadura, e além de salvaguardar a soberania do povo ao estabelecer que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, é, para muitos, um ícone do fim de um período de abuso de poder e repressão.

Relatam-se, a seguir, algumas palavras de Ulysses Guimarães (*apud* VELLOSO; ROSAS; AMARAL; 2005, p. 78-79) acerca da Constituição de 1988:

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é o seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã. Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar. A Constituição nasce do parto da profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade. Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração os impasses. O governo será praticado pelo Executivo e Legislativo. Eis a inovação da Constituição de 1988: Dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos. É a Constituição coragem. Andou, imaginou, inovou, ousou, viu, destruiu tabus. Tomou partido dos que só se salvam pela lei. A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.

Percebe-se assim que a Constituição Federal de 1988, ápice da redemocratização nos estertores da década de 1980, detém portentoso viés republicano, democrático, e de garantias de direitos fundamentais dos cidadãos. Entretanto, há doutrinadores entendem haver um descompasso entre os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, ante a realidade vivenciada no País desde a retomada democrática³. A exemplo disso, traz-se à baila o dispositivo relativo ao Salário Mínimo –

³ Importante gizar, nesse contexto, os conceitos ontológicos de Constituição, lecionados por Karl Löwenstein (Löwenstein, *apud* Gonçalves, 2017, p. 46/47): Constituições Normativas são aquelas em que o texto constitucional estaria assente à realidade vivenciada pela sociedade sob seu pálio normativo;

art. 7º, IV – segundo o qual todo trabalhador tem direito a “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social[...]”. Mais à frente, aduz o art. 226 que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Por fim, dispõe o art. 277, como dever da família, da sociedade e do Estado “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito[...]”. Confrontando o que é garantido à sociedade pela Constituição, com o que de fato lhe é proporcionado, perde-se, então, a credibilidade na Lei Maior do Estado (PINTO, 2005, p. 81-83).

Não bastando a existência de normas constitucionais que demandam regulamentação e completude por parte do legislador ordinário, há ainda as normas que são “cumpridas” de forma perfunctória, insuficiente para os anseios sociais e com o que propõe a Constituição. A complexidade do assunto induz uma verdadeira descrença da sociedade nos seus direitos. O fato é que mesmo as normas constitucionais de eficácia e aplicabilidade imediata não vêm correspondendo às necessidades sociais. O Poder Público proporciona ao povo, na verdade, condições de subsistência, longe dos ideais de dignidade humana incutidos na Constituição. A falta de eficácia das normas constitucionais, incluindo as normas de direitos fundamentais (melhor descritos *a posteriori*), causa prejuízos imediatos à sociedade – falta de moradia, condições de vida insalubres, salários-mínimos que não condizem com as necessidades de uma família –, bem como prejuízos mediatos, pois, à medida que estas normas vão se transformando apenas em ideais a serem alcançados, gera-se uma tensão política entre os três poderes, recaindo sobre o povo as consequências disso.

Atendo-se inicialmente às normas de direitos fundamentais, essas passaram por importantes avanços. Diversos fatores históricos impulsionaram o seu desenvolvimento: desde o Cristianismo, onde há a valoração do homem criado como a imagem e semelhança de Deus, e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la, perpassando teorias contratualistas que enfatizam a submissão da autoridade política à lei, até a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, e a Declaração francesa, de 1789, os fatos desencadearam-se de forma que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e,

Constituições Nominalistas ocorrem em Estados onde a realidade social não coaduna com o texto constitucional; e Constituições Semânticas, que, indo de encontro à essência do constitucionalismo no escopo de limitação do poder, serve para legitimar o poder autoritário. Entendo o constitucionalista Bernardo Gonçalves que a Constituição de 1988 se perfilha ao conceito de Constituição Nominalista.

depois, deveres perante o Estado. Esses direitos, em sua primeira geração, referem-se às liberdades individuais. Entretanto, a postura absenteísta do Estado não foi positiva com relação aos problemas sociais, surgindo então os direitos de segunda geração, estabelecendo uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos, dizendo respeito à assistência social, saúde, trabalho, lazer, etc. Em pó, surgem os direitos de terceira geração, priorizando a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos, e são concernentes à paz, ao desenvolvimento, meio ambiente, conservação do patrimônio histórico e cultural. Ocorrem ainda os direitos de quarta geração, referentes à democracia, informação, manipulação genética, dentre outros (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 266-268).

Do que fora mencionado na doutrina exposta, em especial no que tange à posição do indivíduo em primeiro ter direitos, e depois deveres perante o Estado, insta ressaltar o **princípio da solidariedade**. Embora esse princípio não contrarie a posição do indivíduo com relação ao Estado, ele ressalta a importância das contribuições individuais para que haja uma proteção coletiva. Trata-se de um dos princípios específicos da seguridade social – o principal deles –, e conforme leciona o doutrinador Fábio Zambite Ibrahim (2008, p.49):

[...] a solidariedade é também pressuposto para a ação cooperativa da sociedade, sendo condição fundamental para a materialização do bem-estar social, com a necessária redução das desigualdades sociais [...] Não há como se demandar do Poder Público a completa implantação das premissas do estado social. A sociedade deve atuar também, diretamente, de modo que os objetivos da Constituição não sejam perdidos.

Efetivar direitos sociais demanda custos aos cofres públicos, e, depreende-se, do princípio da solidariedade, que o indivíduo deve contribuir diretamente para a implementação destes direitos. Essa obrigação do indivíduo de contribuir para que os direitos sejam efetivados não desdiz o que se expôs quanto aos direitos fundamentais e à posição do indivíduo quanto ao Estado, mas coaduna a obrigação de efetivar as políticas públicas, esta por parte do Poder Público, com o interesse da sociedade em ver seus direitos implementados.

O fato de o indivíduo ter, diante do Estado, primeiramente direitos, e assumindo deveres somente em pó, conforme fora retrocitado, traduz apenas uma pequena parcela da importância dos direitos fundamentais. O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetro de organização e limitação dos poderes constituídos. Em um primeiro momento, pode se apresentar a vinculação do Poder

Legislativo a estes direitos. Não é somente a atividade legiferante que deve guardar coerência com os direitos fundamentais, como pode haver uma vinculação de caráter positivo deste poder em editar normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa. A inércia do legislador em satisfazer uma imposição de concretização do direito fundamental pode ensejar uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 279).

O Poder Executivo também vincula-se aos direitos fundamentais. Conforme leciona o constitucionalista José Joaquim Canotilho (1993, p. 583), a Administração, ao exercer sua competência de execução da lei, deve atentar para a conformidade dessas com a Constituição e os direitos fundamentais. O mesmo procedimento deve ocorrer também quando a Administração praticar atos de execução de normas constitucionais, interpretando e aplicando-as em estrita observância aos direitos, liberdades e garantias.

No mesmo esteio, o Poder Judiciário também se submete à observância aos direitos fundamentais, devendo aplicar de forma imediata esses direitos. Referida vinculação deve-se ao fato de que também os atos desse poder podem malferir os direitos fundamentais em decisões judiciais que limitem ou até mesmo deneguem sua aplicação. Dentre as garantias dos direitos fundamentais face ao Poder Judiciário, podem ser citadas as seguintes: a *motivação das decisões*, devendo o julgador apresentar os argumentos utilizados para justificar sua decisão; *fundamentação legal das decisões*, pelo qual o julgador encontra-se adstrito ao ordenamento jurídico como um todo; *independência e imparcialidade do juiz*, pelo qual o juiz não se submete à influência interna do Poder Judiciário, ou de outros poderes, devendo observar apenas a lei; *devido processo legal*, que assegura às partes a devida defesa em juízo dos seus direitos; *mandado de segurança*, podendo ser este impetrado contra ato de autoridade judiciária que viole direito fundamental líquido e certo, do qual não caiba recurso específico; *mandado de injunção*, desde que a ausência da norma regulamentadora que inviabilize direito fundamental seja de competência do judiciário; por fim, o *recurso extraordinário* que pode ser interposto contra decisões de qualquer dos órgãos do judiciário que não guardem estrita observância à Constituição (ROCHA, 1995, 67-69).

Quanto à defesa dos direitos fundamentais, observa-se que, mesmo estando os três poderes vinculados a esses direitos, o judiciário fiscaliza o legislativo quanto à observância da Constituição e o executivo quanto à observância das leis e também da Constituição, colocando-se em posição diferenciada dos demais poderes nesse aspecto.

Cabe ao judiciário dar a última palavra em matéria de defesa dos direitos em geral e dos direitos fundamentais em particular. Essa posição de supremacia relativa do Judiciário decorre do seu papel de intérprete oficial da Constituição. O jurista José de Albuquerque Rocha discorda do protagonismo do judiciário, conforme demonstrar-se-á mais à frente nessa pesquisa, e atenta para o fato de que “em um sistema político-jurídico, quem tem a atribuição específica de interpretar sua lei constitucional coloca-se em posição de proeminência em relação a todos os seus poderes”. (ROCHA, 1995, p. 69-70).

Dos estudos acima demonstrados, restou evidente que ao Poder Judiciário, incumbido de zelar pela observância e efetividade das normas constitucionais, também se atribuiu, como corolário lógico, a salvaguarda dos direitos fundamentais. Acionado em razão de lesão ou ameaça de lesão a direito que a Constituição consagra aos indivíduos, o Judiciário não deve se restringir a reconhecer a existência daquele direito no plano teórico, mas buscar, em suas decisões, proporcionar aos cidadãos uma real fruição do que a nossa Constituição expressamente garante, pois incumbe aos três poderes dar o máximo de eficácia aos preceitos constitucionais.

Na conjuntura da jurisdição constitucional, a pesquisa inicia o item seguinte tratando da nova dogmática de interpretação constitucional, outro marco teórico do neoconstitucionalismo prelecionado pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

2.2 Interpretação e integração do ordenamento jurídico pelo Poder Judiciário

Inicia-se a presente abordagem com respeitoso aceno à Teoria Tridimensional do Direito, de autoria de Miguel Reale. Leciona o doutrinador Miguel Reale (2006, p. 195) que “as normas representam o momento culminante que é, essencialmente, inseparável dos *atos* que estão em sua origem (neste sentido é certo dizer que *ex facto oritur ju*) e dos *valores* ou *finis* que constituem sua razão de ser” (grifos originais).

Alude-se à seminal doutrina, nestas linhas prefaciais, por duas razões: a uma, porque os elementos fato, valor e norma indicam o caráter dinâmico do Direito, e, a duas, porque o elemento axiológico, componente da consagrada Teoria Tridimensional do Direito, transcende a gênese da norma posta e permeia também, no neoconstitucionalismo, a interpretação da lei pelo julgador, conforme exposto adiante.

As normas, resultantes dos fatos e valores a ela subjacentes, precisam acompanhar a constante dinâmica conjuntural e axiológica de uma sociedade. Contudo, mesmo dotadas de abstração e generalidade, as normas positivadas não são suficientes

a exaurir a regulamentação das relações jurídicas e sociais concretas, mormente pelas constantes mudanças nos interesses e valores preponderantes de uma sociedade.

Esse dinamismo das relações sociais causa a necessidade de uma constante produção legiferante, seja pelas mudanças fáticas e/ou valorativas da sociedade que venham a ensejar novel tratamento legislativo sobre determinada matéria, seja pela necessidade de normas ulteriores que regulamentem a efetiva fruição de um direito pendente de regulamentação.

Nessa conjuntura, o Estado, por seus Poderes constituídos, legisla conforme os fatos e valores da sociedade, executa as políticas públicas dentro das balizas normativas que lhe norteiam, e julga aplicando, ao caso concreto, a lei que incide sobre a hipotética situação *sub judice*. É de se considerar, todavia, que os Poderes constituídos encontrem, no exercício de suas atribuições, situações que possam comprometer essa ideal harmonia funcional.

Como visto, a aplicação da Lei ao caso concreto não mais se resume à subsunção do fato concreto à previsão legal abstrata, devendo a própria Lei, antes, ter validade jurídica perante a norma fundamental do Ordenamento Jurídico – no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988. Deve o Poder Legislativo, portanto, atuar em conformidade com as disposições constitucionais que orientam a atividade legiferante.

No mesmo sentido, a atuação do Poder Executivo deve ser consentânea ao disposto no texto constitucional. Inolvidando o sedimentado entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito administrativo, a atuação da Administração Pública não refoge ao controle jurisdicional quanto ao exame da Legalidade dos seus atos. O referido o “controle da Legalidade”, indo além da análise da consonância do ato administrativo (*lato sensu*) à normatividade infraconstitucional positivada, também significa a fiscalização, pelo Poder Judiciário, da legitimidade do ato da Administração diante da Constituição Federal.

A vinculação dos Poderes constituídos aos ditames constitucionais finda por transportar, para aquele que esteja incumbido de exercer a jurisdição constitucional, o protagonismo institucional no Estado, sobretudo quando há situações lacunosas. Se, ao analisar a pertinência dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo à Constituição Federal, a atividade do Poder Judiciário já ostenta um certo protagonismo institucional, os pronunciamentos judiciais em situações de lacunas normativas ou de inércia da Administração exponenciam, com clareza, quão árdua é a manutenção da harmonia institucional entre os Poderes constituídos.

Aborda-se, doravante, a integração das lacunas no Ordenamento Jurídico pelo Poder Judiciário e a evolução na dogmática da interpretação constitucional no neoconstitucionalismo, finalizando-se o presente tópico na trilha do que se cuidará no item posterior, a saber, o viés político das normas constitucionais.

Conforme anteriormente abordado, a transição do Estado Legalista para o Estado Constitucional de Direito representou o enriquecimento das fontes do Direito – outrora fundadas, primordialmente, nas Leis positivadas –, impendendo trazer ao estudo, portanto, uma síntese doutrinária sobre a integração das lacunas do ordenamento jurídico pelo Poder Judiciário à luz da analogia, costumes e princípios gerais de Direito.

Convém observar, inicialmente, que, no contexto pátrio, a Constituição Federal incumbiu ao Poder Judiciário o inafastável exercício da jurisdição constitucional. Paralelamente, a Lei 4.657/1942, em dispositivo recepcionado pela vigente ordem constitucional, reza que ao juiz compete a integração o ordenamento naquilo que for lacunoso. Assim, rememorando-se o que a doutrina denomina “totalitarismo constitucional” (conceito de Uadi Lamnêgo Bullos, tratada no capítulo anterior), imanente ao neoconstitucionalismo, depreende-se que a integração das lacunas no Ordenamento Jurídico é espécie de atividade jurisdicional englobada pelo gênero jurisdição constitucional.

Pertinente à integração do Ordenamento Jurídico, reza o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, havendo lacuna na lei, o juiz pode decidir de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais do direito. Para integrar a lacuna, o magistrado pode recorrer, preliminarmente, à analogia, que consiste em aplicar a um caso não contemplado de modo específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas que guarda semelhanças ao caso em cerne. Há também o costume como outra fonte supletiva, merecendo destaque o seu uso nos seguintes casos: a) lacuna axiológica, ou seja, quando há uma lei aplicável a determinado fato, mas sua aplicação seria injusta e inconveniente, podendo esta ser afastada; b) lacuna ontológica, que ocorre quando há desajustamento entre o fato e as normas, sendo a doutrina e a jurisprudência levadas, por expressa autorização do art. 5º da Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro a concluir pela inaplicabilidade de tais normas, que estão em desuso, aplicando-se, na impossibilidade de analogia, um costume. Essa lacuna ontológica aparece quando há uma mutação social qualquer ou do subsistema fático que informa a norma jurídica, podendo ser suprida pelo subsistema normativo consuetudinário. Na impossibilidade de colmatar uma lacuna pela analogia ou pelo

costume, o magistrado dever suprir a deficiência da ordem jurídica adotando os princípios gerais do direito (DINIZ, 2006, 455-465).

Quanto aos Princípios Gerais do Direito, define-os Miguel Reale (2006, p.304-305) como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.

Observa-se, assim, que a colmatação de lacunas do Ordenamento Jurídico com base na analogia, nos costumes, e nos princípios gerais do direito, bem como o dever de atender aos fins sociais e às exigências do bem comum na aplicação da lei⁴, são atribuições que a própria norma jurídica em referência confere ao Poder Judiciário. Não há falar em ativismo, portanto, quando o juiz integra uma hipotética lacuna normativa à luz do que a própria LINDB dispõe; todavia, é no momento da interpretação que o julgador faz sobre essa lacuna normativa que a expansão da jurisdição constitucional se sobreleva.

O julgador, ao interpretar uma lei como inaplicável em razão de uma lacuna axiológica, ou entendendo-a ontologicamente lacunosa em razão do desajuste da norma com os fatos sobre a qual deveria incidir, está, indubitavelmente, exercendo uma atividade jurídica criativa e inovadora do ordenamento.

Essa interpretação jurisdicional acerca de lacunas normativas de índoles axiológica e/ou ontológica – termos cunhados pela valorosa doutrina de Maria Helena Diniz, parafraseada supra – teve gradativa expansão no neoconstitucionalismo, a partir da teoria dos direitos fundamentais e do exercício da jurisdição constitucional.

Em estreita síntese, aduz-se, na sequência, um breve esboço conjuntural sobre a evolução da hermenêutica jurídica.

Após a Revolução Francesa, em 1789, houve a queda do governo absolutista opressor do povo francês. Tornou-se patente a necessidade que o Estado e suas estruturas políticas não fossem ameaçados pela ação de eventuais elementos arbitrários e individualistas remanescentes. A fórmula encontrada para a proteção do novo sistema foi a soberania das Assembleias Legislativas. O papel da elaboração normativa foi resguardado às Assembleias, e as leis representavam a luta do povo em prol do coletivo, e essas poderiam ser ameaçadas pela interpretação dos julgadores. Surgiu então o Método Gramatical ou Literal, pelo qual devia ser buscado o sentido literal da lei, não

4 “LINDB, Art. 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

cabendo ao homem interpretá-la ou alterar seu sentido pois as normas seriam autossuficiente e deveria haver absoluto respeito ao que fora estabelecido. Concordando com essas premissas do Método Gramatical, surge a Escola da Exegese, mas esta tem o diferencial de buscar o sentido da norma investigando o “espírito do legislador”. A Escola da Exegese difere da Escola Gramatical por permitir o diálogo entre os enunciados literais da lei e a apuração da vontade do legislador (MAZOTI, 2010, p. 53-55).

Em didática abordagem, enumera Lenza (2020, p. 259) os seguintes métodos de interpretação clássicos, nos quais “o papel do intérprete resume-se a descobrir o verdadeiro significado da norma, o seu sentido, e, assim, atribui-se grande importância ao texto da norma”:

elemento genético: busca investigar as origens dos conceitos utilizados pelo legislador;

elemento gramatical ou filológico: também chamado de literal ou semântico, pelo qual a análise deve ser realizada de modo textual e literal;

elemento lógico: procura a harmonia lógica das normas constitucionais;

elemento sistemático: busca a análise do todo;

elemento histórico: analisa o projeto de lei, a sua justificativa, exposição de motivos, pareceres, discussões, as condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração da norma;

elemento teleológico ou sociológico: busca a finalidade da norma;

elemento popular: a análise se implementa partindo da participação da massa, dos “corpos intermediários”, dos partidos políticos, sindicatos, valendo-se de instrumentos como o plebiscito, o referendo, o *recall*, o veto popular etc.;

elemento doutrinário: parte da interpretação feita pela doutrina;

elemento evolutivo: segue a linha da mutação constitucional.

Outra corrente hermenêutica de grande relevância é a proposta por Hans Kelsen na sua Teoria Pura do Direito. Na sua teoria, Kelsen entende a interpretação de uma lei não leva necessariamente a uma mesma solução como sendo a única correta, mas distingue a interpretação feita pela ciência jurídica da realizada pelos órgãos jurídicos. A aplicação do direito pelos órgãos jurídicos seria a autêntica, é criação jurídica, e o preenchimento das lacunas do Direito somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo por tratar-se de função criadora de direito. Portanto, somente a interpretação autêntica é correta para o preenchimento das lacunas. Quanto à interpretação não autêntica, esta pode apenas estabelecer as possíveis significações da lei, não sendo função dessas o preenchimento das lacunas da lei (KELSEN, 2006, p. 394-395).

Analisando o contexto histórico no qual as teorias acima expostas se desenvolveram, observa-se o intento de obter o máximo de segurança jurídica para a

sociedade ao limitar a atividade do intérprete da norma. No caso das Escolas Gramatical e da Exegese, buscava-se evitar interpretações que desrespeitassem a primazia da lei após a queda do Antigo Regime, e no que tange à Teoria Pura do Direito, Kelsen a desenvolveu no período posterior à Primeira Guerra Mundial. O austríaco sabia da necessidade de seu país ter um ordenamento jurídico resistente, bastante em si e que não dependesse de outras ciências, principalmente sendo a Áustria “vizinha” da Alemanha, país que protagonizou, juntamente a outras nações, as duas guerras mundiais.

Todavia, a segurança jurídica resultante, em tese, de métodos hermenêuticos limitativos da atividade jurisdicional, fora fortemente abalada com o término da 2ª Guerra Mundial. Rememorando a doutrina de Daniel Sarmiento (citada no capítulo 1º, item 4º, da pesquisa), até término da 2ª Guerra Mundial, predominava a confiança do povo na Lei, e os direitos fundamentais estavam conformados com aquilo que a norma posta estabelecia como limite de abrangência. Restou evidente, àquele momento, que os grupos sociais dominantes poderiam manipular o Direito – que, no Estado Legicêntrico, tinha a Lei como fonte primaz – para arrazoar, no âmbito normativo, o cometimento de atrocidades completamente distantes da finalidade social do Estado (Sarmiento, 2009, online).

Assim como a Teoria da Separação dos Poderes decorreu de estudos teóricos acerca do Estado e da limitação do Poder, a transição do Estado Legalista para o Estado Constitucional de Direito teve fortes conceitos fáticos e teóricos subjacentes. Tomando como referência o estudo do Ministro Luís Roberto Barroso, e já tendo sido abordado o marco teórico da expansão da jurisdição constitucional, atém-se a pesquisa a discorrer sobre as mudanças no plano da hermenêutica jurídica no âmbito do neoconstitucionalismo.

Com fundamento na teoria de Konrad Hesse (*apud* FERNANDES, 2017, p. 167/168), a doutrina aponta a incompletude dos métodos tradicionais de interpretação, sobretudo à luz do Direito Constitucional. Sob essa perspectiva, assim explana o constitucionalista Bernardo Gonçalves a evolução nos métodos de interpretação e aplicação da lei:

[...] a interpretação de uma norma não pode ser vislumbrada pela vontade de quem a fez (com Gadamer, sabemos que a obra vai muito além do seu autor), nem mesmo na sua própria vontade (da norma), pois a interpretação só se realiza conjuntamente com uma (nova) compreensão (só viável por meio do olhar socialmente condicionado do intérprete) que resulta da fusão de horizontes entre o objeto (no caso do Direito, a norma jurídica) e o sujeito (intérprete). A conclusão é que o querer do legislador é viciado (não traz certeza alguma nem segurança!) e o querer da norma, visado por meio de métodos como, por exemplo, o teleológico, também é viciado, pois qualquer método não pode ser desenvolvido, escolhido e

aplicado fora do horizonte histórico no qual o aplicador (do método!) está inserido.

Entendendo a insubsistência metodológica dos métodos de interpretação jurídica tradicionais, surgem outras correntes teóricas na hermenêutica jurídica, como o Movimento para o Direito Livre, e a Tópica Jurídica, brevemente explanadas na sequência.

Desenvolvida por Erlich e Kantorowicz, a Escola do Direito Livre pregava uma maior liberdade do julgador para que este, ao analisar um caso concreto, possa aplicar a decisão judicial mais justa, mesmo não estando esta de acordo com o direito estatal vigente. Para Kantorowicz, o legislador jamais terminará sua tarefa de criar leis, por motivos como a falibilidade humana e a frequente mudança dos anseios de uma sociedade. O Direito estatal, para esta Escola, é finito, imperfeito e com lacunas. Preconiza Kantorowicz que o direito natural e o direito positivo não se confundem, pois este deve ser extraído daquele. Para o referido autor que é no Direito Livre que encontra-se a verdadeira justiça, por nele residir a carga axiológica e ética da sociedade. Por fim, impende ressaltar que, mesmo com uma postura libertária, Kantorowicz defende que o juiz não deve decidir contra a lei. O fato de o julgador buscar o máximo de justiça em suas decisões não justifica a não observação à lei, só podendo ser esta quebrada em casos excepcionais de manifesta injustiça reconhecida pelos membros de um tribunal (MAZOTTI, 2010, p.78-84).

Com relação à Tópica Jurídica, esta surgiu como reação ao método sistemático, hermético, de Hans Kelsen. Seu maior expoente teórico é Theodor Viehweg. O nome “tópica” significa técnica de pensar por problemas, e foi atribuído por Aristóteles em seu texto Tópica. Buscou-se, nessa escola, resgatar a arte retórica dos gregos e a prática jurídica dos romanos. A visão tópica é aquela que parte de problemas concretos, a fim de estabelecer determinados critérios para sua solução. A exemplo dos romanos, defende-se a construção da jurisprudência não a partir de regras ou princípios previamente definidos, mas elaborada a partir de casos concretos apresentados. O direito positivo seria apenas um referencial inicial para a formação do verdadeiro sentido das normas, a ser definido durante sua aplicação, momento em que se faz necessária uma adequação entre a generalidade e abstração da norma e o fato social, historicamente considerado. Com base no contexto histórico hodierno, não haveria como se admitir que o ordenamento jurídico sofresse mudanças apenas pela produção legiferante, constituindo

os processos de interpretação e integração normativa verdadeiras fontes de alimentação normativa do sistema (MACHADO, 2011, p. 47-52).

Os dois métodos hermenêuticos suso sintetizados revelam a superação dos instrumentos interpretativos clássicos utilizados pelo legislador, adicionando à atividade do juiz o manejo de um raciocínio jurídico provido de carga axiológica. Para além da lógica inserta na norma jurídica, o juiz, ao analisar o caso concreto, deve considerar o contexto fático-histórico que lhe circunscreve e, ao interpretar e aplicar a lei incidente, deve fazê-lo sem desconsiderar o elemento axiológico.

A análise sistemática dos métodos hermenêuticos clássicos, em confrontação teórica com a hermenêutica constitucional do neoconstitucionalismo, permite vislumbrar a reaproximação entre o Direito e a Moral. As citadas Escola do Direito Livre e a Tópica Jurídica adicionam o elemento “justiça” dentre os instrumentos lógico-jurídicos a serem manejados pelo intérprete-aplicador da norma, o que dista substancialmente dos métodos de interpretação jurídica clássicos.

Nessa senda, o Ministro Luís Roberto Barroso sintetiza a evolução na dogmática de interpretação constitucional:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. **O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.** (grifo nosso).

Extrai-se, do excerto colacionado e da doutrina suso apresentada, que a relação entre a norma jurídica e o seu aplicador teve forte impacto a partir dos métodos hermenêutico-constitucionais que surgiram após o término da 2ª Guerra Mundial. O juiz

passa a ter um papel criativo no silogismo jurídico, posto que a consequência jurídica da aplicação de uma premissa maior (lei) à premissa menor (fato concreto) pressupõe uma prévia consonância dessa premissa maior à norma fundamental do Ordenamento Jurídico, que é a Constituição Federal. Cabendo ao Poder Judiciário a prévia análise da consonância da “premissa maior” perante a norma fundamental do Ordenamento Jurídico, atribuiu-se aos juízes, por conseguinte, decidir se a lei deve ser aplicada, modulada, ou até mesmo afastada no caso concreto.

2.3 O Estado Constitucional de Direito e o acoplamento dos sistemas jurídico e político pela Constituição

Apresentar o significado da palavra “Política” parece ser o meio mais didático de iniciar esta abordagem. O Dicionário Brasileiro Globo (FERNANDES; LUFT; GUIMARÃES, 1993) define o vocábulo em referência como “ciência do governo dos povos; arte de governar um Estado e regular suas relações com outros; [...]”. Além de trazer a origem etimológica da palavra – proveniente do grego *politike* –, o mesmo dicionário traz, depois do conceito original do termo, as formas figuradas de linguagem que a mesma palavra pode apresentar: “maneira hábil de agir, em assuntos particulares, a fim de obter o que se deseja; civilidade; cortesia; astúcia; artifício[...]”. Sem pretensões linguísticas, entende-se que, pela maneira como os representantes do povo agem, é com o sentido figurado da palavra “política” que a maior parte da população a associa.

Feita esta breve e despretensiosa digressão linguística, cuida-se da natureza política das normas constitucionais. É fato que a Constituição Federal de 1988, por ser formal quanto ao conteúdo, traz em seu bojo normas que distam da acepção material das normas constitucionais. O contexto histórico que denota a evolução do constitucionalismo já explica um pouco a diferenciação entre normas materiais e normas formais.

A história relata que, durante a Idade Média, a nobreza da Inglaterra encontrava-se bastante insatisfeita com o seu rei João I, ou João-sem-Terra. Tomando parte em guerra contra a França e indispondo-se com o papa, o ápice do descontentamento da população com o Rei se deu com a cobrança de tributos cada vez mais elevados, tentando o monarca tributar, inclusive, os bens da Igreja. A nobreza, então, lhe impôs a Magna Carta, em 1215, e a partir desta o monarca só poderia criar novos impostos ou alterar leis com a aprovação do Grande Conselho, órgão constituído por membros do clero e da nobreza (DORIGO; VICENTINO, 2001, p. 148-149).

A Magna Carta de 1215 tornou mais próxima a ideia de que o Estado deve ter um governo de leis, não de homens. No século XVIII, conjugam-se os fatores que determinariam o aparecimento das Constituições e que infundiriam suas características fundamentais. Sob influência do jusnaturalismo, afirma-se a superioridade do indivíduo, dotado de direitos naturais inalienáveis e que deveria receber proteção do Estado, e, a par disso, combate-se o Absolutismo Monárquico, ganhando força os movimentos que intentavam limitar os poderes dos governantes, com grande contribuição do movimento iluminista. Os três grandes objetivos que resultaram no constitucionalismo foram a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a busca da racionalização do poder. Veio, então, a primeira Constituição escrita, em 1776, do Estado de Virgínia, depois a dos Estados Unidos da América, em 1787, e primeira a ser posta em prática, e depois a Constituição francesa, de 1789/1791 (DALLARI, 2007, p.199).

De uma forma sucinta, a Constituição trata, do ponto de vista material, da organização do poder, distribuição de competência, exercício da autoridade, forma de governo, direitos da pessoa humana, em suas acepções individuais e sociais, ou seja, o conteúdo básico concernente à composição e funcionamento da ordem política do Estado (BONAVIDES, 2006, p.80).

Resta evidente a natureza política das normas constitucionais, cujo próprio contexto histórico do constitucionalismo já denota. Entretanto, a incumbência do Poder Judiciário de guardião da Constituição resultou em críticas doutrinárias e da população, acusando o referido poder de extrapolar suas prerrogativas e até mesmo dificultar a realização de políticas públicas. A freqüente intervenção do Supremo Tribunal norte-americano nas opções políticas do executivo e legislativo, findou por criar uma expressão, o “governo dos juizes”. As críticas intensificaram-se por ocasião do New Deal, época da depressão de 1929, onde a Suprema Corte invalidou diversos atos que compunham a política econômica criada para superar a crise financeira. Muitas críticas foram feitas com relação à frequência e intensidade das matérias alcançadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A divisão dos poderes de Montesquieu teria sido alterada, sendo a supremacia política do judiciário conquistada às expensas do Poder Legislativo, havendo uma verdadeira invasão de competências. Apesar das críticas apresentadas ao “governo dos juizes”, não é possível negar a importância do controle de constitucionalidade norte-americano. É importante mencionar que a existência de um texto escrito, de cunho estrutural e caráter fundante, torna necessária a existência de um órgão que vele pelo

respeito à supremacia constitucional. Constituições como a brasileira de 1988, que assumem contornos dirigentes e excessivamente impregnados pela moralidade política, além de serem submetidas constantemente à reformas, ensejam uma intensa procura pelo Poder Judiciário em busca da concretização dos valores que nela dormitam (GARCIA, 2007, p. 39).

Relativamente à ingerência do Poder Judiciário, convém reproduzir a lição de Campilongo (*apud* GARCIA, 2007, p.39):

Constatadas a ineficiência da organização estatal e a correlata ineficácia dos mecanismos democráticos (v.g.: o voto) em contorná-la, não restará outra opção ao cidadão senão recorrer aos órgãos jurisdicionais, cuja atuação é precipuamente direcionada pelo direito, não por um ideário político. Os sistemas jurídico e político, apesar de ontologicamente separados, mantêm um intenso intercâmbio, permitindo que (a) os tribunais, observadas as balizas estabelecidas pelo sistema político, profiram decisões que assumam uma feição politicamente inovadora e (b) as instituições representativas, observados os limites impostos pelo direito, criem um direito novo.

A mudança do Estado Liberal para o Estado Social acarretou mudanças no papel do Judiciário. No Estado Liberal, onde há intervenção estatal mínima na economia, que se auto-regula, a tarefa do judiciário restringia-se a garantir o desenvolvimento da ordem natural existente na sociedade. Com o advento do Estado Social, modificou-se a incumbência desse poder. O Estado Social configura-se pela intervenção estatal em duplo sentido, onde por um lado intervém na ordem econômica, e, por outro, intervém na ordem social, onde dispensa prestações de bens e serviços e realiza demais atividades visando à elevação do nível de vida das populações mais carentes. Nesse Estado a função do Poder Judiciário é preponderantemente funcional, lhe importando adotar soluções aptas a alcançarem os fins colimados, ou seja, decisões com efeitos práticos. Com a mudança do papel do Estado de garantidor da ordem social para promotor de mudanças sociais, modificou-se a função do Poder Judiciário, deixando este de ser apenas um árbitro de conflitos particulares e passando a ser, igualmente, um realizador de políticas públicas visando à modificação da realidade social e econômica (ROCHA, 1995, p.128-133).

Avulta gizar, ainda, dois importantes vetores da politização das normas constitucionais no contexto do neoconstitucionalismo: o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, e a evolução na teoria dos direitos fundamentais.

Considerando a vasta extensão doutrinária acerca dos três vetores acima indicados, o escopo da abordagem não é o de exaurir cada um dos assuntos, mas indicar

como essas transformações na Teoria do Direito impactaram na politização da jurisdição constitucional.

Nos termos da abalizada doutrina de Paulo Bonavides, a normatividade dos princípios passa por três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios são entendidos como normas estabelecidas pela razão, constitutivos de um Direito ideal. O ideal de justiça impregna a essência dos princípios gerais do direito. Seriam, então, axiomas jurídicos. Em sua segunda fase, no juspositivismo, são uma fonte normativa subsidiária, e não se sobrepõem à lei. Na fase do pós-positivismo, então, os princípios passam a ser tratados como direito, e as novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios. Impende registrar que a constitucionalização dos princípios possui duas fases distintas: a fase programática e a não programática. Na primeira, a normatividade constitucional dos princípios é mínima; na segunda, é máxima, onde a positividade de sua aplicação é direta e imediata. Os princípios passaram de suas funções de integração e interpretação (saltam dos Códigos, onde eram fonte de mero teor supletório) para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. Postos no mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam as normas supremas do ordenamento (BONAVIDES, 2006, p. 259-289).

Percuciente apresentar uma breve ponderação acerca da principiologia constitucional. Primeiramente porque as regras vigentes são prescrições da vontade do povo, votadas pelo poder legítimo, e o judiciário não pode relegá-las a um caráter secundário. Depois porque, além de princípios e regras não funcionarem separadamente, os princípios são derivados de ideias políticas e sociais vigentes, devendo corresponder ao subconjunto axiológico e fático, que norteiam o sistema jurídico (DINIZ, 2006, p.469).

Dessarte, mesmo considerando a arrazoada ponderação supra colacionada, é evidente que os Princípios ganham enlevo político principalmente quando há flagrante inércia do poder público em atender aos reclamos sociais. Os princípios servem não só como parâmetros de interpretação ou integração do ordenamento jurídico, mas possuem matiz normativa, devendo ser utilizados pelos magistrados para atender às necessidades sociais nos casos em que a lei quedar silente ou não tiver plena eficácia.

Segue-se a exposição tratando dos direitos fundamentais. Repisando-se a extensão do assunto, adstringe-se a abordagem a uma característica que, no desenvolver do presente trabalho, entende-se como primordial na politização da jurisdição

constitucional. Trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, esmeradamente apresentada pelo constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet (2022, p. 527/528):

No âmbito da teoria constitucional dos direitos fundamentais, **também no Brasil tem sido recepcionada a noção de que a função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, já que também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição**, que se projetam em todo o ordenamento jurídico. Em outras palavras, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais. [...] Como um dos mais importantes desdobramentos da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que boa parte da doutrina jurisprudência constitucional na Alemanha denominou de uma **eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico**. [...] Outra função que tem sido reconduzida à dimensão objetiva está vinculada ao reconhecimento de que os direitos fundamentais implicam deveres de proteção do Estado, impondo aos órgãos estatais a obrigação permanente de, inclusive preventivamente, zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões por parte de particulares e até mesmo por parte de outros Estados. [...] **Por força dos deveres de proteção, aos órgãos estatais incumbe assegurar níveis eficientes de proteção para os diversos bens fundamentais, o que implica não apenas a vedação de omissões, mas também a proibição de uma proteção manifestamente insuficiente, tudo sujeito a controle por parte dos órgãos estatais, inclusive por parte do Poder Judiciário.** (grifos nossos).

Do exposto, verifica-se que a justaposição entre força normativa da Constituição, reconhecimento da normatividade dos princípios, e eficácia irradiante dos direitos fundamentais no contexto jurídico do neoconstitucionalismo, deslocaram, para o Poder Judiciário um sensível protagonismo institucional.

Não raras as vezes, o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, transita entre os sistemas jurídico e político, merecendo menção a Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann.

De acordo com a teoria de Niklas Luhmann (*apud* FERNANDES, 2017, p. 80/83), o Direito e a Política constituem diferentes sistemas, que, sendo completamente autônomos, encontram na Constituição uma estrutura comum. A Constituição se apresenta, nesse esteio, como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico: para este, é elemento de fundação do ordenamento jurídico, e para aquele é meio de legitimação da vontade soberana.

A legitimidade da política e a validade das normas do Ordenamento Jurídico, embora pertencentes, cada uma, a seu próprio sistema, convergem para a centralidade

da Constituição. Conclui-se, por conseguinte, que o Poder Guardião da Constituição se apresenta como aquele imbuído de “administrar” o acoplamento dos sistemas do Direito e da Política.

3. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRENTE À OMISSÃO LEGISLATIVA NO BRASIL: ESTUDO DE CASOS PARADIGMÁTICOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Para discorrer sobre a jurisdição constitucional com o necessário supedâneo fático-normativo, apresentou-se, inicialmente, a teoria da separação dos poderes e sua atual perspectiva, pela qual os poderes instituídos não atuam isoladamente, mas sim de forma harmônica no âmbito de suas competências típicas.

Foram ressaltadas as competências do Poder Judiciário e sua relação com os demais Poderes constituídos, buscando uma abordagem calcada não só nos critérios de fixação de atribuições estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, mas considerando-se aspectos históricos e políticos da realidade brasileira que influenciam a dinâmica da mencionada relação institucional. Em pó, a presente pesquisa monográfica focou nas normas constitucionais, no que tange à sua aplicabilidade, eficácia, colmatação de lacunas normativas e interpretação dos julgadores e, por fim, sua natureza política.

A jurisdição constitucional, por vezes definida como “ativismo judicial”, traz em si a complexidade ínsita aos assuntos jurídicos e políticos. Nesse sentido, observou-se que a expansão da jurisdição constitucional compõe, junto à força normativa da Constituição e à nova interpretação constitucional, o marco teórico do neoconstitucionalismo. Ao marco teórico, acresçam-se ainda os marcos histórico e filosófico (supra explanados) de forma que, considerando a amplitude doutrinária do neoconstitucionalismo, seria reducionista associar, pelo menos em um primeiro momento, a expansão da jurisdição constitucional a um mero ativismo.

A postura do Poder Judiciário na interpretação e efetivação das normas constitucionais, em especial do Supremo Tribunal Federal, órgão que vela pela observância à Constituição Federal, é entendida por alguns doutrinadores como transcendentais às suas atribuições funcionais típicas. Portanto, quando se emprega o termo “ativismo judicial”, busca-se levar ao leitor a ideia de um conjunto de atividades do Poder Judiciário que ultrapassa a demarcação funcional de competências constitucionalmente estatuídas na Lei Maior.

A doutrina constitucionalista menciona a associação do termo a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização do texto constitucional, havendo interferência nas competências delegadas aos outros poderes. A postura ativista se manifesta, de acordo com Luís Roberto Barroso (2009, p. 14), pela aplicação direta da Constituição a situação não expressamente contemplada em seu texto e independente de

manifestação do legislador ordinário, pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação constitucional, e também via imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, em especial ao que tange as políticas públicas.

Anterior ao Estado Democrático de Direito vigorava o Estado Legislativo, e, imediatamente anterior, o Estado pré-moderno. Esse último era marcado pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação, onde doutrina e jurisprudência tinham um condão criativo do direito. No Estado Legislativo, o Estado possuía o monopólio estatal da produção jurídica, onde a doutrina desempenhava um papel predominantemente descritivo das normas em vigor e a jurisprudência tornara-se uma função técnica de conhecimento, não mais criando Direito. No Estado constitucional, desenvolvido após a II Guerra Mundial, há a subordinação da legalidade à Constituição. Há então a vinculação do legislador e do administrador aos critérios constitucionalmente estabelecidos, e a jurisprudência passa a desempenhar novos papéis, dentre os quais a competência para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar as normas jurídicas em conformidade com a Constituição. (BARROSO, 2006 p. 15-16).

Sendo a Constituição Federal, então, o marco referencial para a interpretação das demais normas, sua interpretação assume uma dimensão bem mais ampla e profunda do que a interpretação das legislações infraconstitucionais, pois a Constituição é a imagem do todo social que ela representa. Deve ser a Constituição o ponto de encontro entre o social e o jurídico, da sociedade e do direito, e sua interpretação não deve se restringir à busca de um sentido exato da norma, mas buscando a melhor compreensão possível e a mais adequada solução para os problemas jurídico-sociais. No processo onde convergem o social e o jurídico, há uma complementaridade necessária entre Constituição e legislação ordinária. Nesse processo, a interpretação das leis requer uma interpretação indireta da Constituição, e a interpretação desta levará, ato contínuo, à interpretação das normas que a complementam. Pela interpretação da Constituição, as leis infraconstitucionais são mais bem compreendidas, e pela interpretação destas, melhor se compreende a Constituição. (MACHADO, 2011, p.4-6).

Ostentando as normas constitucionais uma posição hierarquicamente superior às demais normas componentes do ordenamento jurídico, estas encontram, naquelas, seus respectivos fundamentos de validade, e esta superioridade normativa é assegurada pelo controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade é realizado via análise de parâmetros formais – observância ao devido processo legislativo, da gênese normativa até sua final promulgação – e materiais – consonância do conteúdo da norma infraconstitucional ao parâmetro constitucional que lhe empresta lastro de validade – que subjazem a elaboração das leis infraconstitucionais.

Quanto a quem o exerce, o controle pode ser político, jurisdicional e misto. No controle político, também denominado de modelo francês, a aferição da constitucionalidade é exercida por órgão político, e não jurisdicional. Trazendo para a realidade brasileira, vislumbra-se-lhe como aquele exercido nas Casas Legislativas por suas Comissões de Constituição e Justiça, bem como pelo veto oposto, pelo Poder Executivo, a projeto de lei com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa. Já no controle de constitucionalidade jurisdicional, é um órgão integrante do Poder Judiciário, ou uma Corte Constitucional, que possui a incumbência de aferir a constitucionalidade das normas. O controle de constitucionalidade jurisdicional divide-se em *concentrado* ou *difuso*, e veio a originar, *a posteriori*, uma forma *mista* de controle, que agrega esses dois sistemas citados. (MENDES; COELHO; BRANCO; 2009, p.1054-1058).

Em vista da extensão doutrinária sobre a temática do controle de constitucionalidade, esboça-se inicialmente uma sintética abordagem sobre suas origens, características principais, para, então, indicar-se o liame entre a competência dos órgãos jurisdicionais em realizar essas formas de controle e aventada incursão em uma praxe “ativista”.

O *controle concentrado* de constitucionalidade é oriundo da Constituição Austríaca de 1920, criado por Hans Kelsen. Essa forma de controle chegou ao Brasil por meio da Emenda Constitucional 16, de 6-12-1965, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei o ato normativo federal ou estadual. Busca-se, através desta forma de controle, a declaração de inconstitucionalidade da norma, em tese, independente de um caso concreto, visando invalidar a lei a fim de garantir a segurança nas relações jurídicas. O *controle de constitucionalidade difuso* é proveniente dos Estados Unidos da América, e por ele todo juiz ou tribunal, ao proceder a análise de um caso concreto, pode verificar a constitucionalidade do ordenamento jurídico com a Constituição (MORAES, 2006, p. 645-664).

Nessa senda, é no controle de constitucionalidade das normas que se estreita a linha divisória entre a expansão da jurisdição constitucional e o ativismo judicial.

Estando os demais poderes vinculados aos ditames constitucionais, acabam passando pelo crivo do Poder Judiciário questões complexas como a omissão do Poder Legislativo em editar normas que viabilizem a plena eficácia das normas constitucionais de eficácia limitada.

Buscando verificar a postura do Poder Judiciário no exercício de suas prerrogativas, a pesquisa analisa se o ativismo judicial tem gênese na própria estrutura institucional consagrada pela Constituição Federal, que imbuíu um órgão do Poder Judiciário como Tribunal Constitucional, ou se advém da excessiva influência política na seara jurídica. Para tanto, apresentam-se importantes julgados da Suprema Corte em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e pela via do Mandado de Injunção.

Apresentada, ainda que de forma sucinta, a expansão da jurisdição constitucional que se dá no controle de constitucionalidade, bem como no exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, convém avaliar, por fim, os limites a serem observados para a manutenção da harmonia institucional entre os Poderes constituídos.

Com efeito, a lei, que outrora trazia respostas dogmáticas para todos os problemas jurídicos tornou-se o objeto central da discussão judicial, já que os julgadores estão autorizados a analisar sua proporcionalidade e compatibilidade com a Constituição. Dentro dessa realidade é natural que a ética faça parte do debate jurídico, e sem essa preocupação axiológica, o direito deixaria de ser um instrumento de limitação do poder do mais forte e funcionaria como fachada para legitimar a opressão. Nesse contexto, uma das funções primordiais do julgador é transformar normas éticas em normas jurídicas em suas decisões. A função da ética é oferecer substrato material para que o juiz esteja apto a julgar melhor. O ativismo judicial pode ser encarado como a adoção pelo julgador de critérios éticos que lhe permitam realizar a escolha mais justa e mais correta ao caso concreto, podendo funcionar como um eficiente mecanismo de mudança social e de uma sociedade mais justa para todos (MARMELSTEIN, 2010, p 20-23).

Saliente-se que, considerando a unicidade que cada fato jurídico se reveste, é prudente que se analise um eventual ativismo judicial, primeiramente, de forma casuística. Constatando-se uma omissão do Poder Público que inviabilize a fruição de direitos estabelecidos na Constituição Federal, a atuação jurisdicional que torne acessível, ao titular do direito, a fruição daquela situação jurídica favorável, não haveria falar em ativismo judicial, mas sim em cooperação institucional via jurisdição constitucional, conforme melhor explanado na sequência deste capítulo.

Assim, o limite mais eficaz a uma eventual postura ativista do Poder Judiciário seria o pleno cumprimento, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, de suas funções típicas constitucionais. Inobstante a evidente complexidade que envolve administrar e legislar uma nação com mais de 200.000.000 (duzentos milhões) de pessoas⁵, o fato é que, quanto mais inertes os Poderes Legislativo e Executivo se mantiverem, maior será o número de demandas sociais apresentadas – e assim processadas e julgadas – ao Judiciário.

Expondo de forma “gráfica”: estando o Poder sustentando em um tripé fundacional, o encurtamento de um ou de dois dos três sustentáculos não causa a hipertrofia daquele que remanesceu íntegro. O desequilíbrio/desarmonia funcional é primeiramente corolário, portanto, do vácuo legislativo e/ou administrativo que torna a jurisdição constitucional o derradeiro instrumento do povo na busca dos seus direitos consagrados na Lei Maior.

3.1 Ativismo Judicial como contraposição à omissão legislativa

Os vícios omissivos do Poder Público encontram, na própria Constituição, instrumentos aptos a sanear a morosidade legislativa e/ou da Administração. Nas palavras de Medina (2004, p.106, grifo original):

Na Constituição Brasileira, há dois instrumentos processuais aptos a provocar o controle da inconstitucionalidade por omissão e alcançar a plena eficácia da norma constitucional: a *ação de inconstitucionalidade por omissão* e o *mandado de injunção*. O primeiro tem natureza meramente declaratória, servindo, pois, ao simples reconhecimento, em tese, da inércia do órgão competente para regulamentar a norma da Constituição. O segundo, sendo um instrumento de tutela de direitos subjetivos, visa a obter, sempre que possível, um sucedâneo para a norma regulamente faltante, tendo assim natureza constitutiva e mandamental.

Impende trazer, portanto, uma definição mais detalhada desses instrumentos processuais, inciando-se a abordagem pela análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional foi conferida ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, em seu art. 103, § 2^o. Esta seria uma

5 Dados obtidos via sítio virtual do IBGE: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37237-de-2010-a-2022-populacao-brasileira-cresce-6-5-e-chega-a-203-1-milhoes>

6 CRFB/1988, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...]

ampliação do objeto da ação direta de inconstitucionalidade, com os mesmos legitimados ativos, mesmas regras processuais, e mesma seara de competência. Trata-se de uma ação destinada a estabelecer o controle concreto da eficácia da norma constitucional, e a decisão proferida consiste em declarar a omissão de medida necessária para atribuir plena efetividade à norma constitucional, a fim de que, conforme o dispositivo citado, seja “dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Não há menção da sanção a ser cominada, mas sendo notificado o agente público, e este mantendo-se inerte, o mesmo pode vir a ser responsabilizado (MEDINA, 2006, p. 106-107).

Não é qualquer omissão do Poder Público que enseja o manejo da referida ação, mas somente as pertinentes às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo, pelas quais a Lei Maior investe o legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além dessas, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, também podem ensejar esta ação. O fato de a omissão normativa ser relativa, ou parcial, não impede a interposição da ação (MORAES, 2006, p. 696-698).

Tecidos breves comentários sobre o rol de legitimados e o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é importante destacar que o maior debate doutrinário reside nos efeitos da decisão prolatada nesta espécie de controle de constitucionalidade concentrado e objetivo quanto ao Poder Legislativo. De evidência lógica, declarar a omissão não resolve o estado de inconstitucionalidade; tratar-se-ia, no caso, de mera constatação jurídica acerca da mora legislativa.

Nesse sentido, colaciona-se a doutrina de Marcelo Novelino e Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 1.034/1.037):

O maior problema da ADO diz respeito aos efeitos de sua decisão, quando a omissão inconstitucional é imputada ao Poder Legislativo. Isto porque, diante da dicção literal do §2º do art. 103 da Constituição Federal e do art. 12-H desta Lei, a decisão que declarar a inconstitucionalidade por omissão dará disso ciência ao poder competente, para a adoção das providências necessárias. A questão é: dada simples ciência da decisão que declarou a inconstitucionalidade por omissão e não adotadas as providências necessárias a supri-la, como fica a norma constitucional carente da regulamentação omitida? Fica sem efetividade e pronto?! Não podemos nos limitar a interpretar literalmente o que dispõe aquela norma em pauta pois aceitar, sem mais, que o único efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade da omissão conduz a uma mera ciência desta declaração ao

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. [...]

órgão inerte, a fim de que ele supra a omissão, não condiz com o real intento do legislador constituinte, haja vista resultado não resolverá o problema das omissões inconstitucionais e, no mesmo passo, da não efetividade da Constituição. **É o caso, portanto, de interpretar o § 2º do art. 103 – na tal parte em que se limita a determinar dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias – extensiva e sistematicamente, porquanto ele proclamou menos do que pretendeu efetivamente proclamar. De percebe-se, destarte, que a partir de uma simples interpretação literal e isolada daquele preceptivo constitucional não há como realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte, pois nada garante que o público omissor, comunicado da decisão, irá suprir a omissão. Nesse caso, é forçoso concluir que a garantia da efetividade da Constituição continuará sem garantia. Não satisfaz ao propósito constitucional, outrossim, cogitar-se de outros meios alternativos, como, por exemplo, a responsabilização do Estado pela recalcitrância de seus órgãos em não suprir a omissão já declarada inconstitucional. O que importa, insista-se, é assegurar a efetividade da Constituição em plenitude normativa e não, propriamente, a responsabilização do Estado pelos danos porventura causados a terceiros em decorrência da persistência daquela omissão, que representa providência meramente ancilar no controle de constitucionalidade da omissão. Logo, impõe-se defender um plus àquele efeito literal previsto no (parágrafo) 2º do art. 103 da Constituição, de tal modo que, para além da ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissor, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimento da omissão. (grifo nosso)**

A evolução dos julgados do Supremo Tribunal Federal indica a consonância do pensamento atual da Corte com as premissas doutrinárias suso colacionadas. Anteriormente, verificada pelo Supremo Tribunal Federal uma omissão inconstitucional por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, estes eram notificados de sua omissão, e o efeito da decisão do Supremo era, declarar “[...] a mora do órgão legislativo em cumprir dever constitucional de legislar, ou, se tratar de órgão administrativo, em adotar o ato normativo requerido para tornar efetiva determinada disposição constitucional [...]” (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p.122).

Entretanto, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nºs 2240, 3316, 3489 e 3689, denotou-se a mudança da postura do Supremo Tribunal Federal também no julgamento deste instrumento processual. Referidas ações questionavam a criação de municípios sem que houvesse legislação complementar que regulamentasse esta matéria. A Constituição Federal, com o advento da Emenda Constitucional nº 15/1996, em seu art. 18, § 4º, estatui que:

A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

A análise do caso era bastante complexa, tendo em conta a existência de municípios criados há um bom tempo, bem como a realização de eleições, investiduras

em cargos públicos, e, principalmente, o impacto social que seria causado se a criação destes municípios fosse declarada inconstitucional e estes viessem a ser desconstituídos. A posição do Supremo, conforme as ementas a seguir expostas, transcendeu o mero reconhecimento da mora legislativa e estabeleceu, concretamente, um prazo para que a omissão fosse sanada pelo Poder omissor.

Abaixo, duas ementas ilustrativas das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em comento:

**ADI 2240 / BA - BAHIA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 09/05/2007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007

DJ 03-08-2007 PP-00029

EMENT VOL-02283-02 PP-00279

Parte(s)

REQTE.: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADV.DOS.: ADÍLSON JOSÉ PAULO BARBOSA E OUTROS

ADV.: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES

REQDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA

ADV.DOS.: MANUELLA DA SILVA NONÔ E OUTRO

REQDO.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA

ADV.(A/S): ARTHUR DE CASTILHO NETO

Ementa

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.

1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma

situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

ADI 3316 / MT - MATO GROSSO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 09/05/2007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007

DJ 29-06-2007 PP-00021 EMENT VOL-02282-03 PP-00538

RCJ v. 21, n. 135, 2007, p. 101-102

Parte(s)

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO

REQDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO

Ementa

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A

não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1.998, do Estado do Mato Grosso.

As referidas decisões, embora não se restringindo a declarar a mora do Poder Legislativo, não foram suficientes a sanear a inércia legislativa, remanescendo a ausência de Lei Complementar Federal que regulamentasse a criação de municípios. Diante da fixação de um prazo, pelo Supremo Tribunal Federal, para que o Congresso Nacional editasse a necessária Lei Complementar, adveio, como resposta do legislativo ao judiciário, a Emenda Constitucional de nº 57/08, que aduz:

Art. 1º: O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96:
 “Art. 96: Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”. (sic.)

No caso, a mora legislativa fora “saneada” via edição de Emenda Constitucional que emprestou uma espécie de “constitucionalidade superveniente” àquelas normas anteriormente produzidas ao alvedrio do próprio texto constitucional. Consabe-se que, na linha jurisprudencial e doutrinária, não há falar em constitucionalidade superveniente, mas esta foi a solução prática adotada pelo Poder Legislativo diante da mora em comento.

Assim, quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a abordagem desta virada paradigmática das decisões do Supremo Tribunal Federal – que, não mais se resumindo a dar ciência ao Poder omissivo sobre a inconstitucionalidade de

sua inércia, manifestam-se como pronunciamentos constitutivos de meios concretos de saneamento das omissões – tem o escopo de contextualizar o manejo deste instrumento de processo constitucional com o teor do julgamento da ADO nº 26, referente a equiparação das condutas de “homotransfobia” àquelas tipificadas como crimes na Lei 7.716/1989.

O outro instrumento processual citado alhures, o Mandado de Injunção, insere-se nas garantias fundamentais da Constituição de 1988. Aduz o art. 5º, LXXI da Constituição Federal que “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerente à nacionalidade, à soberania, e à cidadania” será cabível a sua interposição.

O Mandado de Injunção consubstancia ação de controle de constitucionalidade na via incidental, na qual a pretensão é deduzida em juízo no bojo de um processo constitucional subjetivo, cujo cabimento pressupõe a impossibilidade do exercício de um direito constitucionalmente assegurado em virtude da ausência de norma regulamentadora. Disciplinado pela Lei 13.300/2016, a legitimidade ativa para sua impetração pode ser individual ou coletiva, respectivamente regulamentados pelos arts. 3º e 12⁷ do Diploma Legal em comento (NOVELINO; CUNHA JÚNIOR; 2018, p. 154/155).

Constitui um remédio ou ação constitucional à disposição dos titulares – qualquer pessoa – de qualquer destes direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Difere da ADI por Omissão não só pelos legitimados à sua proposição, mas principalmente pelo seu objeto. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora,

7 Art. 3º São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora. [...]

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

posto não ser sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão, consistindo o conteúdo da decisão na outorga direta do direito reclamado. Tese diferente desta levaria ao entendimento de que haveria dois institutos com o mesmo objeto, bem como que o legislador, embora tenha negado legitimidade para o cidadão interpor ação de inconstitucionalidade, o fez ao legitimar qualquer cidadão à interposição do mandado de injunção, desde que observado o que reza seu dispositivo na Constituição. Por fim, caso o impetrante acionasse o judiciário para obter regulamentação por meio do mandado de injunção, em sendo procedente seu pedido e advindo a norma, este precisaria acionar novamente o judiciário para que a norma venha a ser aplicada a seu favor, uma vez que a norma editada seria genérica, abstrata e impessoal (SILVA, 2009, p. 448-451).

A Constituição Federal define a competência para julgar o Mandado de Injunção: do Supremo Tribunal Federal em seus art. 102, I, q; do Superior Tribunal de Justiça, em seu art. 105, I, h; e da Justiça Eleitoral, em seu art. 121, § 4º, V. No que concerne aos efeitos da decisão do Mandado de Injunção, há, inicialmente duas posições doutrinárias: a concretista e a não concretista. Por esta última, o Poder Judiciário não pode suprir a mora normativa, restringido-se a decisão a recomendar ao Poder competente o saneamento daquela omissão inconstitucional. Em outro giro, adotando-se a posição concretista, o Judiciário declara a existência da mora administrativa ou legislativa e implementa o exercício do direito através de uma decisão constitutiva, desde que presentes os requisitos constitucionais para interposição do mandado de injunção. Divide-se esta posição doutrinária em: **concretista geral**, onde a decisão do judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente, e **concretista individual**, que produz efeitos *inter partes*, podendo o autor usufruir o direito constitucionalmente garantido. Divide-se ainda esta teoria em **concretista individual direta**, pela qual o Judiciário implementa imediatamente a eficácia da norma ao autor, e **concretista individual indireta**, onde se fixa um prazo para que o Congresso Nacional elabore a norma regulamentadora, e, caso esta não seja editada até o término do prazo, o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor (MORAES, 2006, p. 157-161).

Saliente-se, oportunamente, que a Lei 13.300/2016 contemplou correntes diversas quanto ao tipo de provimento jurisdicional a ser adotado no julgamento do Mandado de Injunção. Quanto ao tipo de injunção, a Lei adota a corrente concretista

intermediária, extraindo-se tal conclusão da literalidade disposta nos incisos I e II, do seu art. 8^o. Permanecendo o poder, órgão ou autoridade, em mora após o prazo estipulado pelo Poder Judiciário em sede de Mandado de Injunção, dispõe o parágrafo único, do aludido art. 8^o da Lei 13.300/2016, que a injunção pode ser deferida para estabelecer as condições para o exercício do direito ou para a promoção da medida judicial adequada, adotando-se, como se vê, a corrente concretista direta. Pertinente à eficácia subjetiva da decisão em sede de Mandado de Injunção, o art. 9^o, *caput*⁹, da Lei em referência, adota a corrente concretista individual, preconizando em seu § 1^o, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (a exemplo, o MI 795 QO/DF), a possibilidade de atribuição de efeitos *ultra partes* ou mesmo *erga omnes* à decisão, aqui enlevando-se a corrente concretista geral. (NOVELINO; CUNHA JÚNIOR; 2018, p. 157).

As disposições da Lei 13.300/2016 vão ao encontro da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da decisão em sede de Mandado de Injunção, assim se exemplificando com a análise da lacuna legislativa quanto ao direito de greve dos servidores públicos. Nos Mandados de Injunção n. 20, n. 485, e n. 585, o STF apenas reconheceu a necessidade de se editar a reclamada legislação, mas sem admitir a concretização direta da norma constitucional. Entretanto, a mudança no entendimento da Corte deu-se na análise dos Mandados de Injunção de n^{os} 670, 708, e 712, pelos quais o Tribunal reconheceu o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve de servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos prestados de forma contínua, de outro, não sendo facultado ao legislativo conceder ou não o direito de greve, podendo tão somente regulamentar a matéria, sendo a matéria solucionada aplicando ao direito de greve dos servidores públicos, no que couber, o que dispõe a Lei n. 7.783/89, que regulamenta o direito de greve na iniciativa privada. O Tribunal, então, veio a admitir a edição de regulamentação **provisória** pelo próprio Poder Judiciário, por meio de sentença de perfil aditivo – sentenças aceitas, em geral, quando integram ou complementam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora

8 Art. 8^o Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

9 Art. 9^o A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1^o Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

solução constitucionalmente obrigatória – até o advento de norma regulamentadora editada pelo poder competente (MENDES; COELHO; BRANCO; 2009, p. 1265-1273).

Apresentam-se, abaixo, as ementas de dois dos supracitados Mandados de Injunção, onde é possível verificar a evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos dessa ação.

MI 20/DF - DISTRITO FEDERAL

MANDADO DE INJUNÇÃO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 19/05/1994

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 22-11-1996 PP-45690

EMENT VOL-01851-01 PP-00001

Parte(s)

IMPT.: CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL

ADVOGADO: BENEDITO OLIVEIRA BRAUNA

IMPDO.: CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO – DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) – IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA – HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.

MI 670 / ES - ESPÍRITO SANTO

MANDADO DE INJUNÇÃO

Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 25/10/2007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008

EMENT VOL-02339-01 PP-00001

RTJ VOL-00207-01 PP-00011

Parte(s)

IMPTÉ.: SINDICATO DOS SERVIDORES POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDPOL

ADVDS.: HOMERO JUNGER MAFRA E OUTRO

IMPDO.: CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legítima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades,

esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. 2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989).

3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).

4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o

STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais".

4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (numerus apertus).

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI No 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI No 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI No 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11).

5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI no 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC no 45/2004).

5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis.

5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei no 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação

de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade. 6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9o a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2o, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7o da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7o da Lei no 7.783/1989, in fine). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

Da análise do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, depreende-se, portanto, que a mera declaração da mora legislativa não satisfaz ao anseio do legislador constituinte originário. Nesse sentido, a própria Lei 13.300/2016 andou na esteira da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à previsão de efeitos concretistas às decisões judiciais em sede de Mandado de Injunção. Observa-se, assim, que o próprio legislador assinala a legitimidade constitucional das decisões judiciais que, antes da expressa previsão em lei, imprimiam efeitos concretistas ao Mandado de Injunção.

3.2 Jurisdição constitucional, autocontenção judicial e garantia de direitos fundamentais

Após analisar o ativismo judicial em contrapartida às omissões legislativas, o estudo debruça-se, doravante, sobre o indispensável equilíbrio que deve haver entre o exercício da jurisdição constitucional na garantia dos direitos fundamentais e a autocontenção judicial. Em que pese se apresentem, *prima facie*, como circunstâncias adversas entre si, a autocontenção judicial e a jurisdição constitucional são conceitos indissociáveis à manutenção da independência harmônica entre os Poderes Constituídos.

Conforme anteriormente abordado, a Constituição Federal de 1988 incumbiu ao Poder Judiciário a função de guardião de suas disposições normativas. Assim, impende apresentar breves considerações doutrinárias acerca desta pujante incumbência ao Poder Judiciário, notadamente no controle de constitucionalidade das normas e na garantia dos direitos fundamentais.

Consabe-se que a aferição da compatibilidade da norma ante o texto constitucional pode ocorrer tanto em um caso concreto, via controle difuso de constitucionalidade, quanto pela via abstrata, em ação objetiva em sede de controle concentrado.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é misto, ocorrendo pelas vias difusa e concentrada, pelo Poder Judiciário, e não por um órgão estatal especialmente incumbido de tratar sobre questões constitucionais. De forma sucinta, a matéria pode ser explicada nos seguintes termos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 188):

O sistema brasileiro não consagra a existência de uma *corte constitucional* encarregada de resolver somente as questões constitucionais do processo sem decidir a causa (como a italiana). Aqui, existe o *controle difuso* da constitucionalidade, feito por todo e qualquer juiz, de qualquer grau de jurisdição, no exame de qualquer causa de sua competência – ao lado do *controle concentrado*, feito pelo Supremo Tribunal Federal pela via da ação direta da inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal constitui-se, no sistema brasileiro, na *corte constitucional por excelência*, sem deixar de ser autêntico órgão judiciário (grifos do autor).

Para o jurista José de Albuquerque Rocha (1995, p. 102-103), o fato de o Brasil pertencer ao sistema de direito romano-canônico, cuja característica fundamental é a concepção do papel do juiz como executor da vontade do legislador, **fundamenta a necessidade da instituição de um tribunal constitucional acima e fora do judiciário** (grifo nosso), sendo equivocada a escolha do modelo de justiça constitucional americano, baseado no controle judicial, no Brasil.

Depreende-se, então, que a Constituição de 1988 lastreou seu controle de constitucionalidade no sistema do direito norte-americano, fortemente influenciado pela *common law* do direito inglês. Conforme leciona René David (2002, p. 459):

O direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram. Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: “there is no law on the point” (não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja.

Do que se observa da lição de José de Albuquerque Rocha, e da explanação feita acima acerca da *common law* (proveniente do direito anglo-saxônico), atribuir ao Poder Judiciário a guarda da Constituição Federal não parece coadunar com o sistema jurídico romano-germânico do qual o ordenamento jurídico do Brasil é sequaz. Estando os Três Poderes vinculados aos mandamentos constitucionais, sobrelevar-se-á, dentre estes, aquele ao qual incumbe a defesa da ordem constitucional. No caso do Brasil, a atribuição ao Poder Judiciário, cumulativamente, do exercício da jurisdição e da guarda da Constituição, consubstancia um potencial desequilíbrio institucional.

O debate acerca do desequilíbrio entre os poderes constituídos no Brasil remete ao embate teórico travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt quanto a titularidade para o exercício da jurisdição constitucional. Na teoria de Kelsen, ficaria outorgada a um corpo coletivo, distinto do judiciário e dos demais poderes, a privatividade do juízo de compatibilidade entre leis ordinárias e o texto constitucional, e este órgão seria o Tribunal Constitucional. Consciente que o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano só poderia operar na realidade das instituições próprias da *commom law*, Kelsen desenvolveu um modelo compatível com a realidade romano-germânica. Por sua vez, Carl Schmitt defende que caberia ao Chefe de Estado a função de guardião da constituição, inclusive por ser este legítimo representante do povo. Ambos os doutrinadores defendem a necessidade de um defensor da Constituição em decorrência do ambiente político do século XX, mas para Schmitt, atribuir essa função a um Tribunal Constitucional desencadearia uma politização do Poder Judiciário, o que comprometeria a soberania e, conseqüentemente, atentaria contra o princípio democrático da Constituição (MARIANO, 2010, p. 175-177).

Defende Carl Schmitt a atribuição da titularidade da jurisdição constitucional ao soberano como forma de garantir a neutralidade necessária para decisões políticas dessa natureza, sendo replicado por Kelsen, que entendia que, pelo menos de acordo com a Constituição de Weimar, o Chefe de Estado nada tinha de poder neutro, o que poderia vir a obliterar a democracia. Kelsen também entendia que o Tribunal Constitucional não deveria integrar o Poder Judiciário, e sim constituir-se como um poder político autônomo com relação aos demais. O fato é que, mesmo havendo construções doutrinárias divergentes por parte destes doutrinadores, ambos concordavam que atribuir a guarda da Constituição ao Poder Judiciário implicaria na politização desse poder e seria prejudicial ao Estado de Direito, pois este assumiria uma função de natureza formalmente legislativa e findaria por conflitar com o legislativo e executivo, debilitando a república e a democracia (MARIANO, 2010, p.175-183).

Possível observar, portanto, que a hipertrofia da atuação do Poder Judiciário deita raízes no acúmulo de suas incumbências institucionais, sobrelevando-se, assim, a necessidade de uma praxe de autocontenção que, sem comprometer o exercício da jurisdição constitucional, desenhe o limiar de atuação harmônica do guardião da Constituição ante os demais Poderes constituídos.

Pertinente à autocontenção, alude-se, na sequência, e a título de exemplificação, a concepção procedimental da Democracia, de John Hart Ely, oriunda do

direito norte-americano, sobre os “limites” da atuação do Poder Judiciário na colmatação das lacunas do ordenamento jurídico.

Em sua obra “Democracy and Distrust”, John Hart Ely se contrapõe às correntes teóricas interpretativistas e não-interpretativistas. Contra os primeiros – os interpretativistas –, John Hart defende que, no processo democrático, a maioria pode conceder, a si, privilégios em detrimento dos direitos fundamentais das minorias, de forma que uma atuação mais restrita do judiciário – nos moldes propostos pela corrente interpretativista – não traria resposta jurídica efetiva a tal espécie de demanda. Na sequência, John Hart explana a problemática da teoria não-interpretativista, notadamente no que tange ao modo da colmatação das lacunas jurídicas pelo Poder Judiciário: adviria a integração das lacunas legais do direito natural, das tradições, dos consensos, dos princípios, ou de digressões morais? Como se vê, a teoria não-interpretativista deságua em um campo fértil a subjetividades e arbítrios do órgão julgador ao “solucionar” as lacunas legais. John Hart propõe, como solução entre as teorias interpretativistas e não-interpretativistas, que os Tribunais Constitucionais adotem uma concepção procedimental de democracia, de reforço à democracia, voltada à regulamentação de processos justos e iguais para todos; todavia sem descurar de atuar ativamente quando estiver diante de desvirtuamento do processo político em que a maioria subjugasse a participação das minorias no processo democrático. (FERNANDES, 2017, p. 199/200).

Considerando, então, que o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos também fora incumbido ao Poder Judiciário, tal qual no Brasil, a proposta de John Hart – embora não de forma exauriente – traça um norte doutrinário acerca da autocontenção do Poder Judiciário. Assim, a postura ativista do judiciário somente deveria ocorrer diante de contexto em que a própria democracia estivesse em xeque, ficando a cargo dos demais poderes constituídos, cujos membros foram democraticamente eleitos para representar o povo.

Observa-se, todavia, que os direitos das minorias não são sobrepujados apenas no contexto da diminuição da sua participação política – até porque os anseios destas são facilmente contornados em um processo político “numericamente democrático”. É quanto à proteção àquele extenso catálogo de direitos fundamentais relativos à existência e à dignidade da pessoa humana em que a atuação do Poder Judiciário se faz mais necessária na realidade do Brasil.

Cite-se, nesta senda, o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, pertinentes ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ali não se discutia a participação política de uma minoria no jogo democrático – até porque, repise-se, as minorias não têm força política para modificar o status quo normativo que satisfaz a maioria estabelecida – mas sim o basilar direito fundamental do cidadão em constituir uma família independentemente da orientação sexual.

Em brilhante sustentação oral, o hoje Ministro Luís Roberto Barroso – então Procurador do Estado do Rio de Janeiro – defendeu que o Poder Judiciário não poderia tratar o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988¹⁰, como vetor normativo de discriminação. A gênese do dispositivo constitucional em comento reside em garantir a aplicação das normas de direito de família àquelas mulheres que, embora não tenham celebrado matrimônio com seu parceiro, viviam em uniões estáveis com estes. Assim, não se pode utilizar uma norma constitucional de inclusão social, de reconhecimento de direitos às mulheres em união estável, como uma norma que discrimina relacionamentos homoafetivos (Online, 2011).

Não há falar em “ativismo judicial” quando o Poder Judiciário, cindindo o texto escrito da norma objetivada pelo legislador constituinte, corrige a fórmula de interpretação de um dispositivo constitucional/legal que, até o desfecho daquele julgamento, servia como “fundamento jurídico” à discriminação à união estável entre pessoas do mesmo sexo. Agiu o Poder Judiciário, neste caso, como guardião do intento do legislador constituinte originário, visto que aquela minoria não deteria força para uma mudança jurídico-política que viesse igualar a união estável de pessoas do mesmo sexo àquela constituída entre heterossexuais.

Outrossim, as decisões do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção n. 20, n. 485, e n. 585 – aludidos no item anterior desta pesquisa –, embora versando sobre direitos sociais, também não se revelariam “ativistas”, mas sim como concretizadora de um reforço democrático em vista da omissão legislativa combatida nos *writs* em comento. Como se observa, o Supremo Tribunal Federal não legislou sobre o assunto, mas utilizou a Lei 7.783/1989 como parâmetro normativo ao direito de greve dos servidores públicos.

10 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Entende-se, das duas situações mencionadas, que o Supremo Tribunal Federal, agindo como Tribunal Constitucional, não ultrapassou os limites funcionais dos quais se encontra incumbido. Sem inovar o ordenamento jurídico, e sem se imiscuir no mérito político-administrativo, as decisões em comento revelam a consonância dos julgados da Suprema Corte ao intento do poder constituinte originário. Não à toa, restam expressamente positivados na Lei Maior vigente – devidamente abordados no item anterior da pesquisa – mecanismos de suplantação jurídica das omissões legislativas, servindo as mencionadas decisões da Suprema Corte como reforço democrático à realidade jurídica pátria.

Em giro diverso da postura de “reforço democrático” imprimida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgados suso mencionados, não se descarta mencionar a existência de decisões da Suprema Corte que desbordariam da sua função de guardião da Constituição. Nesse sentido, apresentam-se breves considerações sobre julgado em que há um acentuado indicativo de ativismo judicial da Suprema Corte.

O julgado em comento é de lavra da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, no bojo do qual restou assentada a tese de que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não se subsomiria aos tipos penais previstos nos arts. 124 a 126, do Código Penal Brasileiro, que tipificam o crime de abortamento.

No contexto do julgado, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal imprimiu interpretação conforme a Constituição Federal aos arts. 124 a 126, do Código Penal, visto que o enquadramento da interrupção da gestação até o terceiro mês nos aludidos tipos penais configuraria ofensa aos direitos fundamentais da mulher e ao princípio da proporcionalidade.

Colaciona-se a ementa do julgado:

Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal que tipificam o crime de aborto para

excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. **4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.** 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. **6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.** 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (STF - HC: 124306 RJ - RIO DE JANEIRO 9998493-51.2014.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/08/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-052 17-03-2017) (grifos nossos).

Em apertada síntese, observa-se do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal intentou resolver, na via jurídica, uma temática que é objeto de forte desacordo moral na sociedade. Em seu substancial voto, o Ministro Luís Roberto Barroso¹¹ (ONLINE, 2016) destaca que há dois entendimentos antagônicos sobre o marco inicial da vida humana: por questões filosóficas e/ou religiosas, há quem entenda, por um lado, que a vida se inicia já a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, e, por outro, quem interprete o início da vida a partir da formação do sistema nervoso central – após o terceiro mês de gestação, aproximadamente.

Conquanto a questão se restrinja àquele caso concreto veiculado no *Habeas Corpus* 124.306 – não há falar, por ora, em descriminalização do abortamento

11 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772396220/inteiro-teor-772396227>

consentido até o terceiro mês de gestação –, entende-se, com a devida vênia, pela ausência de autocontenção da 1ª Turma do Pretório Excelso na apreciação do caso. Como se vê, não há lacuna legislativa sobre a temática; ao contrário, existe Lei Penal assente com a proteção ao direito à vida, e que, inclusive, trata de hipóteses de exclusão da ilicitude do abortamento nos incisos do art. 128, do Código Penal¹², de forma que a decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal almejou resolver, na via jurídica, um acentuado desacordo moral da sociedade simplesmente desconsiderando a interpretação daqueles que entendem que a vida se inicia a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide.

Em vista da complexidade e abrangência do assunto, seria o Parlamento o ambiente adequado a uma eventual modificação nos arts. 124 a 126, da Lei Penal Substantiva, visto que restou afastado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, um dos entendimentos sociais acerca do início da vida. Dito de forma simples: para quem entende que a vida se inicia a partir da fecundação, o direito à vida – direito que, embora não seja absoluto, é inarredável à concretização dos demais bens jurídicos tutelados pelo Ordenamento – dos fetos com menos de três meses de gestação se encontra sem guarida jurídica penal.

Não se olvida, aqui, analisar o acerto ou desacerto do entendimento jurídico da Corte Suprema, mas tão somente aludir que a resolução de tão complexa matéria deveria ser objeto do devido processo legislativo no Parlamento, perpassando por análise nas comissões temáticas das Casas Legislativas, abrindo-se espaço para aprimorar a tecitura democrática da revogação ou manutenção dos tipos penais em alusão.

Em arremate, aduzem-se os seguintes termos: ao conceder aos servidores públicos a aplicação das normas regentes do direito de greve no setor privado, o Supremo Tribunal Federal concretizou um mandamento constitucional sem que se possa apontar efeitos sociais e/ou políticos deletérios decorrentes de sua decisão; da mesma forma, ao estender à união homoafetiva as normas civis da união estável, também não há falar em efeitos sociais e/ou políticos negativos resultantes da pertinente decisão judicial; todavia, quando o Pretório Excelso afasta uma corrente filosófica sobre o marco inicial da vida, há

12 Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54). **Aborto necessário.** I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante. **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro.** II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

que se ponderar que, para aquele segmento social que teve seu entendimento preterido, o bem jurídico “vida” restou penalmente desguarnecido.

Na sequência do presente estudo, finaliza-se a abordagem com outro julgado com bastante repercussão jurídica e social: no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção 4.733, o Supremo Tribunal Federal ampliou o rol de incidência dos tipos penais previstos na Lei 7.716/1989, aos quais se enquadram, a partir dos julgados em alusão, os crimes de ódio cometidos contra a população LGBTQIA+.

3.3 Julgado sobre homofobia e transfobia: ativismo ou garantia de direitos fundamentais?

Os limites a serem observados pelo Poder Judiciário ao exercer suas prerrogativas, principalmente no que tange à jurisdição constitucional, foram previamente abordados em momento anterior da presente pesquisa monográfica.

Quanto aos julgados que trataram do enquadramento da união estável homoafetiva às normas constitucionais e de direito civil de proteção à família, e da aplicação da Lei que regulamenta o exercício do direito de greve dos trabalhadores aos servidores públicos, embora dito “ativistas”, entende-se que estes se apresentam como ponto de equilíbrio entre a efetividade do intento do legislador constituinte e a necessária autocontenção do Poder Judiciário.

Em direção oposta, mas complementar ao raciocínio elaborado, apresentou-se julgado da 1ª Turma da Suprema Corte em que se fixou um entendimento favorável à descriminalização do abortamento caso realizado nos três primeiros meses da gestação, entendendo-se, com a devida licença, pela tectura ativista desta decisão.

Intenta-se apresentar, nesta abordagem derradeira, um limiar doutrinário acerca da guarda efetiva da Constituição sem que se extrapole a indispensável autocontenção do Poder Judiciário em suas decisões.

O Estado Democrático de Direito é o perfil político-constitucional adotado pela Constituição Federal em seu art. 1º, *caput*, sendo este o mais importante dispositivo constitucional, pois dele decorrem todos os princípios fundamentais do Estado. Estado Democrático de Direito é muito mais que um Estado de Direito. Este último assegura a igualdade meramente formal entre os homens, e embora configurasse um relevante avanço no combate ao arbítrio do Absolutismo monárquico, considerava-se direito apenas

aquilo formalmente disposto no ordenamento legal, sendo desnecessário qualquer juízo de valor acerca de seu conteúdo. Inexistia intervenção efetiva do Poder Público pois este já fez sua parte ao assegurar a todos as mesmas chances, do ponto de vista do aparato legal. Ao analisar as normas, verifica-se que, embora sejam genéricas e impessoais, podem ser injustas quanto ao seu conteúdo, e sob a égide de um Estado de Direito, é perfeitamente possível a existência de leis iguais para todos, mas que não realizem justiça social (CAPEZ, 2005, p.5-6).

Assim, à concepção formal da igualdade, correspondente ao entendimento de que todos os homens são iguais, independentemente das suas circunstâncias ou individualidades, soma-se o viés material da igualdade. Por este último, as condições e circunstâncias individuais devem ser consideradas tanto pelo legislador infraconstitucional ao elaborar as leis, como também pelo julgador ao aplicar o direito ao caso concreto. Ambas as concepções – formal e material – da igualdade podem ser extraídas já do *caput* art. 5º, da Constituição Federal de 1988¹³, restando ainda espalhada por demais dispositivos constitucionais que denotam a vontade do legislador constituinte na redução das desigualdades sociais. (NOVELINO; CUNHA JÚNIOR; 2018, p. 35/36).

Observa-se, todavia, uma tensão entre os princípios regentes da igualdade de fato – aceção da igualdade material pela qual se impõe aos poderes públicos a adoção de medidas concretas para reduzir ou compensar as desigualdades sociais – e a igualdade de direito, visto que a promoção da igualdade no plano fático resulta em desigualdade no plano jurídico, e a igualdade no tratamento jurídico importa na manutenção da desigualdade de fato (NOVELINO; CUNHA JÚNIOR; 2018, p. 36).

Não se pode conceber, portanto, que o basilar princípio da igualdade seja instrumentalizado para fins de manutenção de desigualdades sociais. Tratar-se-ia, na verdade, de uma corruptela interpretativa da norma constitucional em apreço. Portanto impõe-se, ao legislador, na via geral e abstrata da Lei, e ao julgador, na análise do caso concreto, a promoção do equilíbrio entre as “conflitantes” aceções da igualdade, merecendo reflexão – doravante abordada – a hipótese em que a promoção deste princípio, se dá de forma geral e abstrata pelo Poder Judiciário em razão da inércia do Poder Legislativo.

É no esteio da efetivação da igualdade de fato, mediante ajustamento na igualdade de direito, que se entende inserido o teor da decisão do Supremo Tribunal

13 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733. No caso, o julgado firma a tese de aplicação, por analogia, dos tipos penais e penas previstos na Lei 7.716, de 08/01/1989, às condutas de ódio que vitimam a população LGBTQIA+.

O entendimento firmado pela Corte Constitucional encontra resistência de parte da doutrina constitucionalista e criminalista, em vista de uma arvorada inobservância ao Princípio da Legalidade na seara criminal.

Abordando a amplitude do Princípio da Legalidade, de matiz constitucional¹⁴, e na esteira dos axiomas garantistas de Luigi Ferrajoli, Rogério Sanches Cunha alude ao desdobramento da Legalidade em seis sub-princípios cumulativos: o da reserva legal, pelo qual somente a Lei pode criar crimes e estabelecer-lhes penas; da anterioridade da lei penal aos fatos sobre os quais incide; da positivação escrita da norma penal; da estrita aplicação dos tipos penais incriminadores, de onde se extrai a vedação à analogia *in malam partem*; da certeza e clareza a serem imprimidas na descrição das condutas tipificadas; e o da necessidade da lei penal (2018. p. 96/99).

A junção destes seis sub-princípios formam um condomínio jurídico de proteção do cidadão perante o direito de punir do Estado. Não se pode descurar, todavia, que, no mesmo artigo que trata da proteção em comento, a Constituição Federal veicula o que a doutrina denomina “mandados de criminalização” (CUNHA, 2018, p. 60), os quais reduzem a margem de discricionariedade do legislador infraconstitucional e obriga-o a proteger, de forma eficaz, determinados assuntos, citando-se como exemplo justamente a imposição constitucional¹⁵ à criminalização da conduta de racismo.

Assim, o julgado em comento é de portentosa relevância social e coaduna com a matéria em estudo, seja pelo viés concretista adotado pelo STF ao reconhecer a mora legislativa do Poder Legislativo em criminalizar as condutas de ódio à população LGBTQIA+, seja pelo sopesamento entre dois direitos fundamentais: aquele do cidadão frente ao Estado quanto à vedação à *analogia in malam partem* no direito/processo penal, e o direito da população LGBTQIA+ de ter uma normatividade mais efetiva na defesa de suas liberdades (na acepção do princípio da proporcionalidade quanto a vedação à proteção estatal insuficiente).

14 CRFB/1988, Art. 5º: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]

15 XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]

Colaciona-se a sobremaneira valorosa Ementa do julgado em comento, com grifos nossos:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLIMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI); UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º)– A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE

DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2. 566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: **A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. **PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL** – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. **AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO,****

QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE – As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais. O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“dissenting opinion”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento –

e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância. – O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele. A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental)– qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458- -MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g .). – Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF. (STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020).

Com a mesma vênia que se dispensou às anteriores análises dos julgados do Pretório Excelso, apresentam-se as considerações sobre o acertado entendimento jurídico que consubstancia o valoroso reforço democrático que o Tribunal Constitucional representa em um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Veja-se, primeiramente, que a Ementa do julgado torna despicienda maiores elucubrações sobre uma aventada afronta ao Princípio da Legalidade, em sua acepção de Legalidade Estrita da Lei Penal. Na análise da questão, o Supremo Tribunal Federal, com

lastro no mandamento de criminalização constitucional das condutas de racismo e de discriminação atentatória de direitos fundamentais (art. 5º, incisos XLI e XLII, CRFB/1988) imprimiu “**interpretação conforme a Constituição**” à Lei 7.716/1989, para fins de aplicar às condutas de aversão odiosa à comunidade LGBTQIA+ as sanções impostas aos tipos penais nela previstos.

Sobremais, a longeva necessidade de proteção estatal às minorias encontra-se claramente aduzida ao mencionar a aprovação, via Decreto contemporâneo ao Governo Provisório da República, de projeto de autoria de Ruy Barbosa e Demétrio Nunes Ribeiro acerca da proteção de minorias vulneráveis.

Não se vislumbra conceber desarrazoados os entendimentos doutrinários que seguem contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal, notadamente porque as normas de Direito Penal, norteadas, também, pelo Princípio da Intervenção Mínima¹⁶, devem ser objeto de especial autocontenção do Poder Judiciário ao diminuir ou alargar o seu âmbito de incidência: diminuindo em excesso a incidência da Lei Penal, coloca-se em xeque proteção estatal mais coativa – a da Lei Penal – na conservação dos bens jurídicos tutelados; ampliando-as desmesuradamente, abre-se margem ao totalitarismo estatal.

Da complexidade da situação exposta, entende-se que o julgado da Suprema Corte não diminuiu a proteção do cidadão ao direito de punir do Estado. Trata-se de pronunciamento judicial que traduz, jurídica e socialmente, em uma desigualdade jurídica que visa alargar a igualdade de fato, consubstanciando-se, repise-se à exaustão, em decisão que representa um reforço democrático na condução dos interesses sociais pelos demais poderes constituídos.

A conclusão outra, diversa da que a Suprema Corte chegou, somente se alcançaria se os Ministros desconsiderassem todos os atos de violência – física, psicológica, moral, dentre outras – que a população LGBTQIA+ sofre. Trata-se de uma minoria irmanada em sofrimento àquelas as quais a Lei 7.716/1989 busca proteger, de forma que a interpretação conforme a Constituição tem justeza – ao texto constitucional – e autocontenção do Poder Judiciário que não criou tipos penais, mas apenas alargou o âmbito de proteção jurídica, na seara criminal, à população LGBTQIA+.

16 (NUCCI, 2023, o. 176) [...] o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas. O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator.

Em conclusão, apresentam-se dois pontos que se entende indicadores da justeza e autocontenção da decisão do Supremo Tribunal Federal na análise em comento:

a. A proteção dos direitos do cidadão em face do poder de punir do Estado não restou diminuída. Não houve emprego de analogia *in malam partem*, mas sim uma interpretação conforme a Constituição. Já os direitos fundamentais da população LGBTQIA+ foram contemplados com a proteção penal aos inerentes bens jurídicos tutelados. Trata-se, portanto, de decisão que, para além de expandir positivamente a proteção jurídica intentada pelo legislador constitucional originário nos incisos XLI e XLII, do art. 5º da CRFB/1988, também serve como parâmetro jurídico a ser observado pela sociedade. Perfaz-se, assim, nos moldes de uma Concepção Culturalista da Constituição¹⁷, um movimento dialético entre a Constituição Federal e a sociedade, de forma que, ao mesmo tempo em que as normas constitucionais resultam de fatores culturais referentes aos anseios do povo brasileiro, elas também exercem influência sobre a cultura jurídica e social pátrias.

b. Os direitos fundamentais do cidadão quanto ao direito de punir do Estado devem ser entendidos, de forma equânime e concomitante, como proibição de excesso, por um lado, e, por outro, como vedação à proteção insuficiente – conforme didática e abalizada exposição do Ministro Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* 101.410/RS (Online, 2012). No caso em análise, ter-se-ia uma corruptela da proteção ao direito fundamental do cidadão em face do direito de punir estatal se este fosse utilizado como argumento para perenizar a insuficiente proteção legislativa, na seara criminal, aos direitos fundamentais da população LGBTQIA+.

Assim, sem olvidar os entendimentos contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, e do Mandado de Injunção 4.733, repisa-se a conclusão pela justeza e adequação da decisão aos mandamentos constitucionais referentes à independência harmônica entre os Poderes, ao reforço democrático resultante do julgado, não se perfazendo, neste julgado, ativismo judicial.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 revela-se, ainda, como um convite ao Poder Legislativo a participar do diálogo constitucional entre os Poderes constituídos, em salutar ode à democracia. Utilizando-se as explanações aduzidas pelo Ministro Luís Fux no julgamento da Ação

¹⁷ Sentido Culturalista de Constituição, conforme doutrinas de J. H. Meireles Teixeira e Peter Haberle (FERNANDES, 2017, p. 75).

Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105 (Online, 2016), o Supremo Tribunal Federal detém, tão somente, última palavra provisória acerca das controvérsias constitucionais, sendo possíveis não apenas a reversão dos entendimentos na própria via judicial como também, e principalmente, a possibilidade de superação legislativa dos precedentes judicialmente fixados.

Assim, conforme bem destacado na Ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, a decisão prolatada não vislumbra encerrar o assunto, inclusive ressaltando que o lapso temporal de sua aplicação findaria ao tempo em que o Congresso Nacional implementasse, por lei, os mandamentos constitucionais de criminalização constantes no art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal. Trata-se de julgado que, conclamando o Poder Legislativo a implementar mandamentos constitucionais de criminalização, utiliza uma Lei (formal e vigente) como parâmetro provisório de solução para a aludida omissão constitucional, prestigiando, sem desarredar da autocontenção, os direitos fundamentais da população LGBTQIA+, e a indispensável harmonia – via diálogos constitucionais – entre os Poderes constituídos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa elaborada buscou analisar, inicialmente, a sociabilidade humana. Seja por um “impulso associativo”, ou por um “pacto social”, o que ficou evidente na pesquisa é que as organizações sociais mais complexas e desenvolvidas são, hodiernamente, denominadas *Estado*.

Inerente à complexidade da estrutura jurídica e política do Estado, o dinamismo das relações sociais enseja constantes releituras sobre a Teoria do Estado. Seja pela natural falibilidade humana, ou pelas mudanças constantes dos anseios de um povo, o Estado passou por constantes mudanças desde sua concepção inicial até a atualidade, notadamente quando há um afastamento, pelos exercentes dos Poderes instituídos, das finalidades sociais de uma sociedade.

Estudando o Estado e suas finalidades, ficou evidente que, ao aglutinar o poder estatal nas mãos de um só governante, este poderia desviar-se das suas tarefas como representante do povo e corromper-se, advindo então teorias acerca da divisão do poder estatal. Essa cisão funcional do poder estatal – como forma de conter possíveis governos arbitrários – tem longeva doutrina, mas a principal obra acerca do assunto é “Do Espírito das Leis”, de Montesquieu. A separação dos poderes é um dos marcos na transição do Antigo Regime para o Estado Constitucional de Direito.

No Brasil, o Princípio da Separação dos Poderes encontra-se positivado na Constituição Federal e não se sujeita nem mesmo ao crivo do poder constituinte derivado. Entretanto, observa-se que o Poder Judiciário, um dos três poderes constituídos, vem exercendo suas funções com um sensível protagonismo institucional, levantando-se, por conseguinte, questionamentos sobre o comprometimento da independência e harmonia resultantes de uma postura ativista.

O aludido protagonismo institucional do Poder Judiciário tem matiz constitucional. Ao incumbir um órgão componente do Poder Judiciário como Corte Constitucional, houve uma inflação funcional deste em relação aos demais Poderes constituídos, situação já preconizada por Hans Kelsen e Carl Schmitt.

À estrutura institucional desenhada pelo legislador constituinte originário, somam-se a natureza eminentemente política das normas constitucionais, e a omissão funcional dos demais poderes constituídos perante os anseios sociais. Com a junção destes fatores, o ativismo judicial encontra largo contexto de expansão.

Trazendo à tela a Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, a Constituição consubstancia o acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e o da Política, ficando a cargo do guardião da Lei Maior a proeminente função de direcionar a amplitude de influência entre os dois aludidos sistemas.

No bojo desse contexto, a pesquisa denota o desafio do julgador em suprir lacunas legislativas de forma efetiva, e, ao mesmo tempo, sem desconsiderar a imprescindível autocontenção que deve nortear a atuação do Poder Judiciário, sob pena de comprometimento da independência harmônica dos Poderes constituídos.

Nesse esteio, foram abordados julgados paradigmáticos onde se vislumbra a “evolução” do ativismo judicial no controle de constitucionalidade. Entende-se, por um lado, que as decisões referentes ao direito de greve dos servidores públicos, e à aplicação das normas regentes da união estável aos casais homoafetivos, não são ativistas, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, com a devida contenção, resolveu casos concretos à luz de uma sistemática análise do Ordenamento Jurídico. Lado outro, a decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 124.306/RJ, que sinaliza o entendimento pela descriminalização do crime de abortamento quando realizado nos três primeiros meses de gestação, porta de acentuado grau de ativismo judicial, visto que vai de encontro à lei penal positivada e desconsidera o amplo diálogo com a sociedade sobre o viés científico/filosófico que deve prevalecer sobre o caso.

Em arremate, o estudo apresenta a decisão da Suprema Corte na ADO nº 26 e no MI 4.733, abordando-se a justeza do pronunciamento judicial à independência harmônica entre os Poderes constituídos, o seu acerto em estabelecer a forma de proteção, na seara criminal, dos direitos da população LGBTQIA+, até então pendentes de regulamentação normativa pelo Poder Legislativo, e o convite ao diálogo constitucional que a Corte Constitucional apresenta ao Parlamento.

Conclui-se, decerto, que o exercício da jurisdição constitucional, na moldura institucional estabelecida na Constituição Federal, enseja um elevado senso de autocontenção para fins de manutenção da harmonia entre os Poderes constituídos. Conquanto complexo de se estabelecer, o equilíbrio entre autocontenção do Poder Judiciário e efetivação das normas constitucionais encontra basilar reforço com a construção de diálogos constitucionais entre os Três Poderes.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo, Livraria Martins Fontes, 1991.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Sufragium**: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Fortaleza, v. 5, n.8, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Themis**: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v.4, n.2, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Teoria do Estado e da Constituição**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Câmara Federal. **Projeto de Emenda Constitucional nº 03, de 2011**, Deputado Nazareno Fonteles. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional** nº 15, de 12 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc15.htm>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional** nº 57, de 18 de dezembro de 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc57.htm>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. **Lei Complementar** nº 135, de 04 de junho de 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. **Lei 11.417**, de 19 de setembro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. **Lei 8.899**, de 29 de junho de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8899.htm>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3073/RN**. Relator(a) Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ss+3073%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649/DF**. Relator (a). Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI+2649&base=baseAcordados>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 20/DF**. Relator (a): Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706068/mandado-de-injuncao-mi-20-df-stf>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Relator (a) Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=adi+670&base=baseAcordados>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240/BA**. Relator (a) Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=adi+2240+ba&base=baseAcordados>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** de nº 3316/MT. Relator (a) Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=adi+3316&base=baseAcordados>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** nº 3489/SC. Relator (a) Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=adi+3489&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** nº 3689/PA. Relator (a) Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=adi+3689&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade**. Bahia: JusPODIVM, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Carla Bianca Vasconcelos Accioly de. **O Iluminismo e o Contrato Social em Rousseau: Reflexões Sobre a Democracia**. Campinas: Pontes, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. Salvador. Editora JusPODIVM, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário Brasileiro Globo**. 35. Ed. São Paulo: Globo, 1993.

Ferraz, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à Teoria do Direito**. São Paulo: Freitas Bastos, 1962.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACHADO, Antônio Carlos. **Disciplina de Hermenêutica Jurídica**. *In*: Material Didático, Unifor Online. Fortaleza: Unifor / Núcleo de Ed. à Distância, 2011.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: Neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte Permanente?**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZOTTI, Marcelo. **As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei**. Barueri: Manole, 2010.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NOJIRI, Sergio. **A Interpretação Judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Constituição Federal Para Concursos**. 9ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: volume único**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da Organização do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos Sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. **Princípios Constitucionais Fundamentais**. São Paulo: Lex, 2005.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição Constitucional e os Limites de sua Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo, SaraivaJur, 2022.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em:

<<https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/14701/material/Constitucional%201%20-%20Apostila%202%20-%203a.pdf>>. Acesso em 18/07/2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História Para o Ensino Médio**. São Paulo: Scipione, 2001.