

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL: REGRESSO AO AUTORITARISMO E A DEMOCRACIA
COMO PROJETO INATINGÍVEL**

Beatriz Camargo Ribeiro

Presidente Prudente/SP

2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL: REGRESSO AO AUTORITARISMO E A DEMOCRACIA
COMO PROJETO INATINGÍVEL**

Beatriz Camargo Ribeiro

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação
do Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2020

**ATIVISMO JUDICIAL: REGRESSO AO AUTORITARISMO E A DEMOCRACIA
COMO PROJETO INATINGÍVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral

Carla Roberta Ferreira Destro

Rodrigo Lemos Arteiro

Presidente Prudente, 28 de outubro de 2020

Há duas espécies de cidadãos: os ativos e os passivos. Governantes preferem os últimos; a democracia necessita dos primeiros

John Stuart Mill

Dedico este trabalho à minha mãe. Enfim consegui concluir “nosso” trabalho de monografia. Digo “nosso” porque jamais teria conseguido sem seu apoio, carinho e paciência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primordialmente a Deus pelo dom da vida, sabedoria, por me fortalecer em todos os momentos difíceis e por me permitir manter o foco e ter segurança durante a trajetória acadêmica, um período de grande crescimento pessoal e profissional.

Agradeço aos meus pais por sempre acreditarem em meus sonhos, por estarem sempre ao meu lado, me dando apoio, carinho e todo o suporte necessário para que eu jamais desanimasse. A vocês, minha eterna gratidão.

Agradeço ao meu orientador e professor, Sérgio Tibiriçá Amaral, que gentil e prontamente aceitou o convite para fazer parte de uma das etapas mais importantes da minha vida. Papel que desempenhou com muita dedicação, paciência e respeito.

Agradeço ao colega de turma, a quem tenho a honra de chamar de amigo, Paulo Augusto Silva, por todos os debates fundamentais ao longo da graduação, essenciais para o desenvolvimento profissional.

Por fim, e não menos importante, agradeço ao Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP, que, com todo o seu corpo docente e funcionários, com muito carinho me acolheu e com extrema competência transmite conhecimento jurídico.

RESUMO

O presente trabalho tem como prisma basilar demonstrar o protagonismo do Poder Judiciário na atualidade, que constantemente adota posturas ativistas. Para tanto, em um primeiro momento analisa-se a separação dos poderes, desde a sua criação, seu aprimoramento e como estão organizados hodiernamente no Brasil. Em conjunto, tem-se a existência de um controle recíproco entre os poderes, chamado de sistema de freios e contrapesos, essencial para que um poder não se sobreponha aos outros e para que haja harmonia e independência entre eles, a ponto de um conseguir frear o outro se preciso for, mas não de forma que um se sobreponha ao outro. Em seguida, mostra-se que devido ao fato de a Constituição Federal ter adotado o modelo dirigente, possui normas que traçam objetivos a serem alcançados pelo Estado. Ademais, ela também traz instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, em virtude de o texto constitucional trazer normas de eficácia limitada e que reclamam por leis posteriores complementadoras, sendo que tais instrumentos poderão ser utilizados na letargia do órgão competente para regulamentar o preceito constitucional. Hodiernamente, assiste-se a um crescente e lastimável ativismo judicial, devido à mora Legislativa e Executiva e à crise de representatividade em relação aos demais Poderes. Por fim, analisam-se dois casos concretos em que o Poder Judiciário agiu à margem da legalidade e em manifesta postura ativista e desafiadora do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Sistema de Freios e Contrapesos. Omissões Legislativas. Ativismo Judicial. Voluntarismo.

ABSTRACT

The presente research has as basic prism to demonstrate the protagonism of the judiciary nowadays, which constantly adopts an activist posture. For this purpose, at a first moment, is analysed the separation of branches, since its creation, its improvement and how they are currently organized in Brazil. Jointly, there is the existence of a reciprocal control between the three branches, called the checks and balances system, essencial for a branch not to overlap the others and so that there be harmony and independence between them, to the point where one can brake another if necessary, but not such in a way the one overlap the others. Subsequently, it is revealed that due to the fact that the Federal Constitution has adopted the leading model, which has rules that idealize goals to be achieved by the State. Furthermore, it also brings instruments such as Direct Action Unconstitutionality by Omission and the Injunction, by virtue of the fact that the constitutional text contain rules of limited affectiveness and this demands for subsequent complementary laws, and such tools may be used in the competent entity to regulate the constitutional precept. Nowadays, there is a growing and regretable judicial activism, due to legislative and executive delay and the crisis of representation in relation to the other branches. Finally, will be analysed two specific cases in which the judiciary acted outside the legality and in a activism and defiant posture in relation the Democratic State.

Keywords: Separtion of Powers. Checks and Balances System. Legislative Omissions. Judicial Activism. Voluntarism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ORGANIZAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	11
2.1 O Sistema de Freios e Contrapesos ou <i>Checks and Balances</i>	14
3 FUNÇÕES DOS PODERES	16
3.1 Poder Legislativo	16
3.1.1 Origem e evolução do bicameralismo	17
3.1.2 Composição do Poder Legislativo no Brasil	19
3.2 Poder Executivo	19
3.2.1 Funções do Poder Executivo.....	20
3.3 Poder Judiciário.....	22
3.3.1 Funções do Poder Judiciário	24
3.3.2 Garantias funcionais do Poder Judiciário	24
4 BREVE CONCEITUAÇÃO DE PRINCÍPIOS	26
4.1 Conceituação de Princípios na Atualidade	28
5 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E ATIVISMO JUDICIAL	32
5.1 Constituição Dirigente e A Aplicabilidade das Normas Constitucionais.....	34
5.2 Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão	36
5.3 Mandado de Injunção e o Surgimento do Controle Difuso	42
5.3.1 Utilização do Mandado de Injunção.....	44
6 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO	50
7 INQUÉRITO DAS FAKE NEWS NO STF E O SISTEMA ACUSATÓRIO	54
8 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COMO CRIME DE RACISMO	62
9 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 2º a tripartição de poderes como princípio fundamental. A pesquisa considerou que a discussão sobre a existência de três funções distintas teve início na Grécia antiga, com Aristóteles. Mas foi com Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, no século XIX, que houve a distinção entre essas funções e a divisão ou separação de poderes como forma de barrar o poder nas mãos de apenas um homem, como ocorria até então no absolutismo vigente, ocasião que vigorava a frase do Rei Luís XIV “L’État, c’est moi” – o Estado sou eu -, que demonstrava estar nas mãos do rei o absoluto poder sobre todos os aspectos fundamentais de seu território e que poderia agir conforme suas convicções, de acordo com suas paixões, sem a existência de qualquer barreira ou necessidade de justificar suas ações.

Para que seja garantido o exercício harmônico e independente entre os poderes, é necessário que haja um controle mútuo entre eles. Com isso, busca-se manter um equilíbrio, atribuindo a um, funções que em tese corresponderia a outro. A isso deu-se o nome de Sistema de Freios e Contrapesos, logo a interferência de um poder em outro somente é permitida se for para garantir o fim proposto pela separação, ou seja, evitar o abuso de poder, mas nunca para permitir a usurpação das funções de um pelo outro.

A Constituição Federal de 1988, assim como a Constituição de Weimar, de 1919 e a Constituição Portuguesa, de 1976, adotou o modelo dirigente, com isso, tem como característica a expectativa de atuação dos órgãos estatais para concretizar os objetivos almejados por ela. Noutras palavras, é composta por uma série de direitos fundamentais em aberto, necessitando de complementação. O texto constitucional também traz instrumentos para garantir a aplicação dos direitos trazidos. Por possuir normas de eficácia limitada, traz instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o remédio constitucional do Mandado de Injunção, que visam combater a letargia do Poder Público em editar leis complementadoras do texto constitucional.

É importante analisar tais instrumentos de maneira sistemática para que se possa ter uma compreensão do tema. Na hipótese de eventual omissão do órgão legislativo, o Poder Judiciário é chamado para garantir que o texto constitucional seja aplicado, todavia, no caso da Ação Direta de

Inconstitucionalidade por Omissão, cabe ao Supremo Tribunal Federal apenas dar ciência ao órgão competente para que adote as providências necessárias, de forma que não tem legitimidade constitucional para compelir o Poder Legislativo a sanar a omissão ou para legislar, sob pena de violar toda a ordem constitucional posta, uma vez que vai na contramão do princípio constitucional da separação de poderes, de toda a ordem jurídica construída e do Estado Democrático de Direito. Noutro giro, com relação ao Mandado de Injunção, o alcance é mais restrito e, como regra, possui eficácia *inter partes*, de forma que a Lei que o regulou, Lei 13.300/2016, positivou a teoria concretista individual intermediária, através da qual se entende que o Poder Judiciário deve reconhecer a letargia e dar ciência ao impetrado para que solucione o caso, de forma que não pode viabilizar o direito imediatamente. Todavia, caso transcorra o prazo sem que a omissão seja suprida, o órgão julgador do Mandado de Injunção deve tomar as providências necessárias para concretizar o direito, liberdade, ou prerrogativa inerente à nacionalidade, cidadania ou soberania.

Hodiernamente, vislumbra-se cada vez mais a manifestação de posturas ativistas por parte do Poder Judiciário. Isso se deve muito ao fato de a Constituição Federal adotar o modelo dirigente e possuir normas que demandam complementação, somado ao fato de haver letargia por parte dos órgãos competentes para editar as leis, bem como a uma crise de representatividade que se instalou no país. Não obstante, deve-se ter em mente que, muitas vezes, ausência de previsão legal para determinada conduta não caracteriza lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. A letargia do Poder Legislativo pode representar os próprios anseios dos representados, a sociedade, que não quer ver determinadas condutas tipificadas ou outras descriminalizadas, de forma que não pode ser conferido aos membros do Poder Judiciário autoridade para legislar, pois não foram eleitos para tal, e não são os representantes do povo.

Nesse ponto, resta cristalino que cada vez mais se aposta no Poder Judiciário como a solução para todos os problemas da sociedade, os quais deveriam ser solucionados em outras esferas em uma democracia constitucional. Muitas são as apostas na discricionariedade judicial como forma de “curar” todos os males sociais, todavia não se pode perder de vista que os julgadores devem julgar conforme o direito, suas decisões devem ser pautadas na ordem jurídica posta, não em outras ciências como a economia, a política, a moral ou, até mesmo, a sua consciência e suas paixões, em clara manifestação de voluntarismo. O remédio da

discricionariedade é amargo e as consequências são das mais devastadoras para o Estado do Democrático de Direito.

O presente trabalho analisou duas decisões recentes tomadas pela mais alta Corte em manifesta postura ativista. A primeira delas foi a abertura de inquérito pelo Supremo Tribunal Federal para a apuração das “fake news”, ocasião que houve diversas violações ao regramento constitucional e legal posto. A segunda decisão trazida foi a criminalização das condutas de homofobia e transfobia pelo Supremo Tribunal Federal como crime de racismo, que, em que pese seja uma causa nobre, maculou princípios basilares do direito penal.

Por fim, foram utilizados os métodos científicos indutivo e histórico, isto é, partiu-se de premissas particulares para chegar a conclusões gerais, através da reunião de dados históricos, dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, doutrinas e decisões do Supremo Tribunal Federal.

2 ORGANIZAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Inicialmente, cumpre observar que o “Poder” que será analisado nesse trabalho é o Poder estatal. Sendo assim, é inadequado o uso do termo “Separação ou Organização dos Poderes”, uma vez que o poder de soberania é uno e indivisível e se manifesta através de três órgãos estatais formalmente separados. Sahid Maluf (2018, p. 243) explica:

A soberania é realmente, necessariamente, una e indivisível. Ora, o Estado é a organização da soberania, e o governo é a própria soberania em ação. O poder, portanto, é um só, uno e indivisível na sua substância. Não pode haver duas ou mais soberanias dentro de um mesmo Estado, mas pode perfeitamente haver órgãos diversos de manifestação do poder de soberania. Cada órgão, dentro da sua esfera de ação, exerce a totalidade do poder soberano. Em outras palavras: cada ato de governo, manifestado por um dos três órgãos, representa uma manifestação completa do poder.

Ressalta-se, desde já, a fim de evitar problemas de interpretação, que no presente trabalho os termos “Poder” e “Função” serão utilizados como sinônimos.

O princípio da separação de poderes é no Brasil um princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, inscrito em seu artigo 2º, cuja redação traz: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (1988, s/p).

Trazer com exatidão a origem e primeiras aplicações da Separação de Poderes é dificultoso, pois a doutrina diverge sobre quando, quem e onde primeiramente se empregou tal instituto, mas há apontamentos da existência de relatos históricos que foram importantes para essa ideia das primeiras democracias constitucionais.

No presente trabalho será adotado o trazido por José Afonso da Silva (2014, p. 111) e Sahid Maluf (2018, p. 241), que defendem que o instituto surgiu na Grécia antiga, mas com finalidade bastante diversa pois ainda nesse período não havia direitos frente ao Estado, o que Benjamin Constant de Rebec (1989, p. 60) chama de “liberdade dos antigos”.

Foi em sua obra Política, que Aristóteles (2008, p. 170) deixou a base do que hoje se conhece por separação dos poderes. Nesta obra, ele comenta sobre a existência de três funções distintas que toda cidade possui:

Toda Cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada, e conforme diferem umas das outras, as constituições também diferem. A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos, a segunda às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se a como deve ser o poder judiciário.

Em que pese nessa época Aristóteles ter apontado a existência de três funções distintas, não fez uma distinção entre essas funções e a divisão ou separação de poderes, o que nasceu apenas no século XVIII com o constitucionalismo. Segundo José Afonso da Silva (2014, p. 110):

A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes.

Inegável a base teórica deixada pelo filósofo, a qual foi essencial para que, posteriormente, Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, aprimorasse o instituto, em seu livro *O Espírito das Leis*. A inovação trazida foi no sentido de que tais funções corresponderiam a órgãos distintos, não mais concentrado nas mãos únicas do soberano absoluto, contrapondo a concentração total de poderes existente na época. Segundo o autor francês (2007, p. 169-170):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

A finalidade de se dividir os poderes em diferentes esferas é controlar os detentores desses poderes, ou seja, evitar a concentração de todo o poder numa só pessoa ou num só órgão.

A concentração de poderes era característica do Estado absolutista em que todo o poder se concentrava na mão do rei, que exercia todas as funções do Estado. A partir do momento que houve a passagem do estado absolutista para o liberal, houve também a separação de Poderes seguida pelos autores que defendiam o constitucionalismo. Trata-se da aplicação da célebre frase de Montesquieu (2007, p. 167): “Para que não haja abuso de poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

Com a Revolução Francesa (1789), essa teoria foi consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e tornou-se um dogma constitucional ao trazer em seu artigo 16 “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição”. Trata-se da primeira constituição da Europa, que trazia como características principais ser um documento escrito que tinha separação de poderes e uma declaração de direitos, que serviu de modelo para as democracias do Velho Continente.

Com isso, a célebre frase do Rei francês Luís XIV “L’État, c’est moi” – o Estado sou eu -, que demonstrava estar nas mãos do rei o controle de todos os aspectos fundamentais de seu território, foi extirpada do vocabulário francês.

O constitucionalismo nasceu nas 13 colônias britânicas da América do Norte, onde a separação teve uma contribuição importante sobre o chamado sistema de freios e contrapesos, que foi bastante difundido em jornais e depois editado um livro, sobre o assunto, denominado “O Federalista”. A contribuição norte-americana traz ainda explicações sobre a necessidade de funções típicas e atípicas, sendo que a finalidade é assegurar a independência dos chamados “poderes”.

No mesmo sentido, no livro “O Federalista”, os norte-americanos Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (2003, p. 298) explicam que:

Não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que essa objeção se funda; a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquistas ou de eleição, constitui necessariamente tirania.

Esse modelo de tripartição dos chamados poderes do Estado passou pelas três etapas do constitucionalismo chamado por Norberto Bobbio, na obra “A era dos direitos” de gerações, embora o mais correto seria determinar as fases de “dimensões”. O Brasil desde a República utilizou o dogma da tripartição dos poderes, além de ser adotado como um princípio fundamental da Constituição Federal de 1988, a qual conferiu autoridade soberana à separação de poderes, estabelecendo-a como cláusula pétrea, impedindo até mesmo a deliberação sobre proposta de Emenda tendente a abolir o instituto, em seu artigo 60, §4º, inciso III¹.

2.1 O Sistema de Freios e Contrapesos ou *Checks and Balances*

Para que haja harmonia e independência entre os poderes, como preceitua o artigo 2º da Constituição Federal, é necessário que haja um controle mútuo entre eles, ou seja, atribui-se a um, funções que em tese corresponderia a outro, no entanto, isso não pode ser feito por um em detrimento de outro. Portanto, a fim de preservar sua hegemonia, os poderes possuem funções típicas, mas devem também ser atribuídas a eles funções atípicas, visando o pleno exercício do que lhes foi atribuído na Lei Maior.

Para se desenvolver corretamente os trabalhos dos três poderes é necessário que haja harmonia, o que não significa o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver colaboração e controle recíproco para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá quando se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro (SILVA, 2014, p. 113). Assim, tão importante quanto a separação dos poderes, também é de extrema relevância o sistema de freios e contrapesos, tendo em vista que cada poder possui autonomia, mas deve trabalhar em harmonia com os demais poderes.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 32) define o sistema de freios e contrapesos, ou como denominam os norte-americanos *checks and balances*, como:

¹ Art. 60, §4º, inciso III, CF: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes;

Mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritivamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados “poderes”, isto é, entre os órgãos do Poder, pois na verdade, o Poder é uno.

O Brasil utilizou desde sempre esse modelo norte-americano. É nisso que está a própria essência da separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos é o caracterizador da harmonia entre os poderes, uma vez que “a democracia não permite que seus agentes disponham de poder absoluto” (POUND, 1976, p. 83).

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes não deve ser interpretado com tanta rigidez. Nas palavras de Alexandre de Moraes (2019, s/p):

O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de 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*).

Não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 assegurou a existência de um controle recíproco entre os poderes. Os exemplos que podem ser apontados são inúmeros: o Poder executivo edita medidas provisórias com força de lei (art. 62, CF), possui amplo poder de veto (Art. 66, §1º, e 84, V, CF), mas esse veto não é absoluto, pois pode ser derrubado pelo Poder Legislativo (Art. 66, §4º, CF). Os juízes e tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelo Poder Legislativo e de atos administrativos editados pelo Poder Executivo (arts. 97, 102, I, a, e 125, §2º, CF). O processo de impeachment, caso o Presidente da República ou outras autoridades federais cometam crimes de responsabilidade, será julgado pelo Senado Federal sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal (arts. 51, I, 52, I, II e § único, e 86, CF).

Assim, vislumbra-se que além das funções típicas inerentes a cada função, há também a realização de funções atípicas, ou seja, a sua natureza seria, a princípio, pertencente a outro órgão.

Em que pese o sistema de freios e contrapesos impossibilite o abuso de poder e mantenha certo equilíbrio, jamais poderá ser utilizado com o objetivo de dominação de um sobre o outro. Destarte, o intermédio de um poder sobre o outro não é absoluto, pois nisso incorreria o abuso de poder.

3 FUNÇÕES DOS PODERES

Resta claro que o legislador brasileiro adotou a teoria da Tripartição de Poderes, os quais respectivamente se encontram nos artigos 44 a 75 (Poder Legislativo), 76 a 91 (Poder Executivo) e 92 a 135 (Poder Judiciário), tendo como princípio o artigo 2º, que traz a harmonia e a independência.

Como dito acima, além das funções típicas de cada função, há também as atípicas, mas como assevera o artigo 2º, da Constituição Federal, os Poderes são independentes e harmônicos entre si, ou seja, embora não devam obediência um ao outro, devem buscar uma convivência harmoniosa. As funções típicas guardam identidade com a função principal, pois o Legislativo deve inovar na ordem jurídica, ou seja, fazer projetos de lei e apreciá-los. O executivo, por sua vez, cuida da administração, enquanto os julgamentos estão como função principal do Poder Judiciário.

Portanto, devem os poderes políticos fiscalizarem um ao outro, de forma a garantir que não haja abuso e que nenhum seja absoluto, caracterizando, dessa forma, um sistema de freios e contrapesos, o que não poderia ser diferente em um Estado Democrático de Direito.

Passa-se agora a analisar as funções típicas e atípicas de cada “Poder” em separado.

3.1 Poder Legislativo

O Poder Legislativo tem como função típica inovar na ordem jurídica, fazer leis a serem seguidas por todos, bem como fiscalizar as atividades contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta², além de investigar fatos determinados de relevância pública, por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito³.

² Art. 70, CF: A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

³ Art. 58, §3º: As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente,

Quanto à sua função atípica, esta abrange “administrar”, que será exercida quando o Legislativo, por exemplo, for definir sua organização interna, criando cargos, e “julgar”, quando Senado Federal julga o Presidente da República pela prática de crimes de responsabilidade. Clever Vasconcelos (2018, p. 481), ao tratar sobre o tema, explica:

Das três funções atribuídas ao Estado, a doutrina de Montesquieu confere ao Legislativo a de estabelecer as regras de direitos gerais e impessoais a que todos devem obediência, quais sejam, as Leis, daí o nome emprestado ao Poder Legislativo. No entanto, as funções primárias do Legislativo não se limitam à confecção de emenda constitucional, leis ordinárias, entre outras espécies, mas também ao exercício do controle político do Poder Executivo e à fiscalização orçamentária de todos os que lidam com verbas públicas.

Apontadas as funções fundamentais deste Poder, típicas e atípicas, cumpre examinar sua composição.

3.1.1 Origem e evolução do bicameralismo

O Poder Legislativo pode ser unicameral ou bicameral. No sistema unicameral os parlamentares deliberam e decidem em apenas uma assembleia de representantes, por outro lado, quando o sistema é bicameral as decisões são tomadas por dois corpos legislativos distintos.

Paulo Magalhães Araújo (2017, p. 430) explica que o bicameralismo surgiu na Inglaterra no decorrer do século XIV, e, segundo TSBELIS e MONEY (1997 apud Araújo, 2017, p. 430):

[...] o poder legislativo bicameral tornou-se o alicerce republicano do Estado e o centro das decisões políticas. A câmara baixa acolheu o fator democrático da sociedade, os interesses do povo; a câmara alta deu lugar aos interesses aristocráticos; e o rei, com seu poder de veto, preservou o caráter monárquico no sistema

No final do século XVIII, inspirado no exemplo da Inglaterra, os Estados Unidos da América do Norte criaram o Senado norte-americano, devido ao desequilíbrio existente, o qual se dava por conta do tamanho de cada uma das ex-colônias britânicas que se uniram para formar o novo país.

mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Ora, com apenas uma câmara, eleita conforme a população de cada estado, os maiores levariam vantagem em relação aos menores. Daí a necessidade de surgimento de uma segunda casa que teria o mesmo número de representantes por estado, cujo objetivo era trazer equilíbrio à nação que recém surgira. Assim, todos os estados teriam idêntico poder para influir nas decisões legislativas do país.

Com relação à criação do bicameralismo nos Estados Unidos, Araújo explica que (2017, p. 431):

Como na Inglaterra, foram adotados a tripartição funcional do Estado e o Legislativo bicameral. Porém, em lugar do monarca e dos lordes, instituíram-se representantes eleitos e sujeitos a escrutínios periódicos; ao invés de um estado unitário, foi criado um estado federal, marcado pela coexistência horizontal e vertical de comunidades políticas autônomas, com arenas próprias de representação parlamentar.

Há várias justificativas para a criação de uma segunda casa legislativa, dentre elas, como já apontado, o equilíbrio entre todos os estados da nação, além disso, maior tempo de deliberação e reavaliação das propostas e a população é representada em maior proporção.

No tocante a esse assunto, Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 318-319) expressam que a divisão do Congresso seria uma forma de enfraquecer o Poder Legislativo, o qual pode ser considerado como predominante em relação aos demais:

a desgraça é que, como nos governos republicanos o poder legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em **dividir a legislatura em muitas frações e em desligá-las uma das outras**, já pela diferente maneira de elegê-las, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permitam a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham na sociedade. Mas este meio ainda não basta para evitar todo o perigo das usurpações. Se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado. O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo (grifo nosso).

Perpassada a análise histórica de surgimento do bicameralismo no Poder Legislativo, passa-se agora a analisar como este Poder é composto no Estado brasileiro.

3.1.2 Composição do Poder Legislativo no Brasil

Desde sua criação, o modelo inglês e norte-americano de possuir duas casas legislativas para deliberação influenciou diversos países, dentre eles o Brasil, o que acabou fazendo algumas modificações circunstanciais.

O Poder Legislativo brasileiro, na esfera federal, é bicameral, composto pela Câmara dos Deputados, contando atualmente com 513 Deputados Federais que têm mandato de quatro anos, e pelo Senado Federal que, por sua vez, conta com 81 Senadores, com mandato de oito anos, renovando-se alternadamente, a cada quatro anos, um terço ou dois terços e seus componentes. Por outro lado, os Estados-membros, no Distrito Federal e nos Municípios, o Poder Legislativo é unicameral, composto por uma única Câmara, respectivamente, pela Assembleia Legislativa, pela Câmara Legislativa e pela Câmara Municipal.

Nathália Masson (2016, p. 601) explica que:

A forma de estado federativa foi fator decisivo para determinar a estrutura do Poder Legislativo no plano federal, haja vista termos adotado um bicameralismo federativo, no qual uma Casa (a Câmara dos Deputados) representa o povo, enquanto a outra (o Senado Federal) compõe-se de representantes das ordens jurídicas parciais, ou seja, dos Estados-membros e do Distrito Federal.

A própria arquitetura de Brasília representa esse sistema bicameral, tendo em vista que o prédio do Congresso Nacional é formado por duas cúpulas, uma voltada para baixo, representando o Senado, local de reflexão da autonomia política dos Estados-Membros da federação, e outra voltada para cima, aberta aos clamores populares, onde se reúnem os Deputados Federais, representantes da vontade do povo.

3.2 Poder Executivo

No Brasil, como se adota o sistema de governo presidencialista, o líder do Poder executivo é o Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado⁴, que inclusive são nomeados e demitidos pelo Chefe de Estado e de Governo. No âmbito estadual há o Governador do Estado e na esfera do município,

⁴ Art. 76, CF: “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.”

há o Prefeito Municipal, ambos auxiliados pelos secretários estaduais e municipais nomeados pelos mandatários eleitos. Clever Vasconcelos (2018, p. 556) aduz:

Verifica-se que em cada ente que compõe a Federação há correspondente na estrutura organizacional do Executivo. Com efeito, no tocante aos Estados-membros, a chefia é confiada aos Governadores, auxiliados pelos Secretários de Estado. Nos Municípios, a chefia incumbe aos Prefeitos, auxiliados por Secretários dos Municípios. No âmbito do Distrito Federal a chefia é atribuída ao Governador. Nos Territórios, a chefia também é exercida por Governador, mas nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal (CF, arts. 33, § 3º, 52, III, c, e 84, XIX).

Por se adotar o sistema presidencialista, o chefe de Estado, também é chefe de governo. A primeira função refere-se à relação com os Estados estrangeiros, como a assinatura de tratados internacionais, já a Chefia de governo relaciona-se à administração interna nacional.

Ademais, como no Brasil foi adotada a forma de governo republicana, há a possibilidade de responsabilização do governante, tanto por crimes comuns, quanto por infrações político-administrativas, desde que haja autorização pela Câmara dos Deputados para o processamento do pedido (Art. 51, I, CF).

3.2.1 Funções do Poder Executivo

A partir da leitura do capítulo da Constituição Federal que trata sobre o Poder Executivo e que compreende aos artigos 76 a 91, verifica-se que sua função típica corresponde justamente a atos de chefia de Estado e chefia de governo, além de atos de administração.

Com relação às funções atípicas, essas podem ser de natureza legislativa ou jurisdicional. Quanto à primeira, cita-se as ações executadas durante o processo legislativo como iniciativa, sanção, veto, promulgação e publicação, além disso, há a edição de medidas provisórias, descrita no artigo 62, da Constituição Federal e que merece uma análise mais minuciosa devido a sua ampla utilização.

A Constituição Federal assegurou ao Presidente da República a possibilidade de edição de medidas provisórias. Além disso, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 425/TO, Governadores também podem editar medidas provisórias, desde que haja previsão na Constituição Estadual e seja respeitada toda a sistemática constitucional. São trechos da decisão:

1. Podem os Estados-membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62).
2. Constitui forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CF, §1º do artigo 25) qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias. Legitimidade e facultatividade de sua adoção pelos Estados-Membros, a exemplo da União Federal.

Constituições estaduais como as de Santa Catarina⁵ e do Tocantins⁶ trouxeram em seus textos autorização para o Governador se valer de tal instrumento. Portanto, o dispositivo legislativo atípico é considerado uma norma de repetição, ou seja, prevista na Constituição Federal e repetida nas constituições dos Estados-membros.

Com relação à edição de medidas provisórias por Prefeitos não há nenhum entendimento consolidado, no entanto, há doutrinadores, como Nathalia Masson (2016, p. 772), que entendem ser possível:

Do mesmo modo, e também pelo ideal de simetria, compreende-se possível a edição de MP na esfera municipal. Neste caso, ademais da escrita obediência ao regramento básico imposto pela Constituição Federal, é preciso que haja previsão expressa do cabimento da espécie normativa na respectiva Constituição estadual e também na Lei Orgânica Municipal, para que os Prefeitos Municipais possam fazer uso das medidas.

Em que pese a previsão constitucional que autorize a possibilidade de medidas provisórias, o mesmo texto constitucional traz limitação material, elencada no artigo 62, §§ 1º e 2º, da Carta Magna, além de pressupostos que devem existir no momento da edição, quais sejam relevância e urgência, dada a excepcionalidade do instrumento. Esses requisitos não guardam objetividade, são termos genéricos e, podem ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, uma vez que se os requisitos supramencionados não estiverem presentes é caso de inconstitucionalidade. André Ramos Tavares (2017, p. 1017) explica:

O cabimento da medida provisória deve ser sempre excepcional, como última alternativa a ser utilizada pelo Chefe do Executivo, sob pena de desvirtuar sua moldura original e inverter as funções de cada um dos “poderes” da República.

⁵ Artigo 48: “O processo legislativo compreende a elaboração de: VI: medidas provisórias.”

⁶ Artigo 25: “O processo legislativo compreende a elaboração de: V: medidas provisórias.”

Malgrado seu caráter excepcional, na prática vislumbra-se situação diversa. Somente no ano de 2019 foram editadas 917 medidas provisórias pelo Presidente da República (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020), o que para Nathalia Masson caracteriza uma situação de mau ou inadequado uso do instrumento (2016, p. 771).

A medida provisória terá eficácia por 60 dias, prorrogável por uma vez por igual período. Para que haja sua conversão em Lei, será necessária sua votação no Congresso Nacional, uma vez que é o Poder Legislativo o órgão principal e responsável em legislar.

Com relação às atribuições de natureza jurisdicional, caracteriza-se pelo “julgamento” pelo Poder Executivo de defesas e recursos administrativos, exercido, por exemplo, em casos de multa de trânsito. Todavia, pelo que dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal⁷, não afasta a possibilidade de que tais defesas e recursos sejam apreciados pelo Poder Judiciário, a quem, segundo Sérgio Tibiriçá Amaral e Daniel Otávio Genaro Gouveia, se provocado, poderá apenas julgar quanto à legalidade ou à ilegalidade do ato administrativo praticado, não cabendo adentrar ao mérito do ato expedido pela Administração Pública, sob pena de invasão de Poderes, o que é proibido, haja vista a independência entre os Poderes que vigora em nosso ordenamento (2008, s/p).

Finda a análise do Poder Executivo, passa-se agora ao exame das funções e garantias reservadas ao Poder Judiciário.

3.3 Poder Judiciário

O Poder Judiciário se subdivide nos órgãos elencados no artigo 92, da Constituição Federal, o quais são responsáveis pela função jurisdicional, ou seja, têm como função típica resolver conflitos de interesses em cada caso concreto, mas haverá uma Corte a quem caberá exercer a função e guardiã da Constituição, qual seja o Supremo Tribunal Federal. Conforme definição de Antônio Cintra, Ada Pelgrini e Cândido Rangel Dinamarco (2006, p. 145):

a jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a

⁷ Artigo 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, todos os direitos assegurados na Carta Magna quando violados ou postos em dúvida podem ser afirmados pelo Poder Judiciário.

Mas atente-se, o Poder Judiciário não deve agir de forma discricionária, de acordo com suas paixões e critérios pessoais, seus atos devem ter respaldo legal, não é por outra razão que a Constituição cidadã assegurou em seu artigo 93, IX que toda decisão deve ser fundamentada⁸.

Na mesma toada, explica José Afonso da Silva quanto aos órgãos do Poder Judiciário: “devem, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo; não podem estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para, de acordo com eles, compor conflitos de interesses, ao distribuírem justiça” (2014, p. 560).

Diretamente ligado a isso, está o princípio da inércia, pelo qual o Poder Judiciário só se manifesta quando provocado. Seu objetivo é garantir a imparcialidade da jurisdição, que deve atuar de forma neutra.

Resta claro que o julgador deve ser imparcial na hora de julgar, não deve deixar que seus valores influenciem nessa tarefa. Para assegurar a imparcialidade, a Constituição Federal trouxe, em seu artigo 95, § único, práticas que são vedadas⁹, bem como garantias de independência, como forma de garantir a efetiva imparcialidade.

⁸ Art. 93, inciso IX, Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

⁹ Art. 95, § único, Constituição Federal: “Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária; IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.”

3.3.1 Funções do Poder Judiciário

Como já exposto, a função típica do Poder Judiciário é exercer a função jurisdicional, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo conflitos existentes na sociedade.

No entanto, assim como os demais Poderes, o Judiciário também exerce funções atípicas, de natureza executiva e de natureza legislativa.

As de natureza executiva manifesta-se em atos administrativos comuns, como a realização de concurso públicos, conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários, conforme se denota do artigo 96, I, e, f¹⁰.

As funções de natureza legislativa, por sua vez, referem-se à elaboração de atos de natureza materialmente legislativa, como os regimentos internos que cabe aos Tribunais que compõem o Poder Judiciário estabelecê-los.¹¹.

3.3.2 Garantias funcionais do Poder Judiciário

Para que o magistrado trabalhe de forma independente, a Constituição Federal conferiu-lhe algumas garantias em seu artigo 95¹², quais sejam: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

A vitaliciedade refere-se à vinculação do titular ao cargo, que é seu detentor por toda a vida e somente poderá perdê-lo por sentença judicial transitada em julgado. Há distinção quanto ao momento em que a vitaliciedade é adquirida, a depender de ser o magistrado de primeiro grau ou pertencente aos Tribunais. Nathalia Masson (2016, p. 893-894) explica:

^{10 10} Art. 96, Constituição Federal: “Compete privativamente: I - aos Tribunais: e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados”;

¹¹ Art. 96, inciso I, Constituição Federal: “a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

¹² Art. 95, Constituição Federal: “Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

No primeiro grau de jurisdição a vitaliciedade somente é adquirida após o magistrado exercer efetivamente o cargo por dois anos -desde que tenha, claro, superado o estágio probatório. No transcorrer desse biênio que antecede a aquisição da vitaliciedade, o juiz (que ingressou na carreira através de concurso de provas e títulos, e ocupa o cargo de juiz substituto) pode perder seu cargo, administrativamente, por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal a que ele estiver vinculado. Já nos Tribunais, todos os membros adquirem a garantia da vitaliciedade com a assunção do cargo, independentemente da forma de acesso. Isso significa que mesmo que o ingresso tenha se dado por meio da regra do quinto constitucional (como ocorre com os advogados e membros do Ministério Público que passam a compor a carreira da magistratura), não há que se falar no requisito temporal de dois anos, exigência exclusiva para aqueles que ingressaram na carreira por meio do concurso público para juiz substituto. Desce modo, nos Tribunais a garantia da vitaliciedade é adquirida automaticamente com a posse.

Por sua vez, a inamovibilidade impede a remoção compulsória de um magistrado, sem seu consentimento. Essa é a regra, no entanto, pela leitura do artigo 93, VII, verifica-se que isso não é absoluto, uma vez que pode haver seu deslocamento por interesse público, desde que por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurando ampla defesa¹³.

Por fim, a irredutibilidade de subsídios é garantia que afasta a possibilidade de qualquer decisão legislativa com o intuito de afetar os subsídios pagos aos magistrados.

Tais garantias não são privilégios pessoais, mas estão ligadas à função do magistrado, para que possa ser exercida livre de pressões externas e com independência e harmonia, como preceitua o artigo 2º, da Constituição Federal.

¹³ Art. 93, inciso VIII, Constituição Federa: “o ato de remoção ou de disponibilidade do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa”.

4 – BREVE CONCEITUAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Uma análise dentro do recorte escolhido sobre princípios pode causar a falsa impressão de se tratar de algo extremamente simples, a ponto de não merecer um estudo mais aprofundado. No entanto, uma boa interpretação das leis e da Constituição deve ser sistemática e levar em conta os princípios como vetores para uma perfeita compreensão. Assim, ao se debruçar sobre o tema, nota-se que se torna algo complexo e causador de muita discussão, em especial por conta da interpretação feita pelo Poder Judiciário. Não é por outra razão que são inúmeras as definições trazidas pelas diferentes doutrinas, com visões diferentes sobre os princípios e a interpretação por meio destes.

Ressalta-se que o tema é extremamente complexo e o presente trabalho não busca trazer verdades absolutas sobre a temática – se é que elas existem. O objetivo da pesquisa é discutir a demasiada influência atualmente do instituto no âmbito das decisões judiciais e até que ponto o Poder Judiciário pode se valer de princípios para proferir julgamentos.

Há uma clássica classificação que diferencia regras de princípios, sendo ambas espécies do gênero norma. Assim explica Robert Alexy (2015, p. 91): “Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

O norte-americano Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002, p. 127) inicia sua exposição na obra “Levando os Direitos a Sério” com críticas às concepções positivistas. Ele explica que o positivismo jurídico fornece uma teoria ao que o autor chama de casos difíceis, que seriam aqueles casos em que nenhuma regra regula o caso apresentado, isto é, há uma lacuna. Nesse caso, segundo os ditames do positivismo, o juiz tem o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra. “Para Dworkin essa concepção é enganadora visto que o que é incompleto não é o direito, mas a imagem que dele produz o positivismo jurídico” (OLIVEIRA, 2008, p. 176).

Essa posição é compartilhada por parte da doutrina nacional, sendo o positivismo também alvo de críticas por Lenio Streck (2009, p. 114):

Com efeito, o positivismo acredita que o mundo pode ser abarcado pela linguagem e que a regra – no plano do direito – abarca essa “suficiência do mundo”, isto é, a parte do mundo que deposita na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade. Na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas,

chama-se à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista, levanta o véu que “encobre” a resposta que a regra não pôde dar.

Ronald Dworkin (2002, p. 36) constata que em determinados casos controversos, os juristas se utilizam de modelos diferentes das regras para sustentarem seus julgamentos, quais sejam: princípios e políticas:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em regra uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]. Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerável desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Ao buscar diferenciar os princípios das regras, o autor elucida que estas são aplicadas do modo “tudo ou nada” (“all-or-nothing”), isto é, na hipótese de incidência de uma regra, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita ou ela não é considerada válida. Ao passo que os princípios não determinam vinculativamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Por isso diz-se que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, em que o princípio com peso relativamente maior sobrepõe-se ao outro, sem que esse perca sua validade (2002, p. 39-43)

Com relação à classificação proposta por Robert Alexy (2015, p. 90-91), princípios são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados, ou seja, permite-se um cumprimento gradual pelo fato de sua satisfação depender de possibilidades fáticas e jurídicas. Por outro lado, as regras serão ou não satisfeitas integralmente. Ademais, outra distinção apontada pelo autor é a diferença de colisão entre princípios e conflitos entre regras (2015, p. 92-93):

Em um determinado caso, se se constata a aplicação de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida [...]. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada em regra em conflito [...]. Se dois princípios colidem [...] um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Essa é uma clássica definição de princípios, mas que se mostra inconcebível na realidade atual, precipuamente quando se almeja uma realização de um efetivo Estado Democrático de Direito, pelas razões que serão demonstradas a seguir.

Os princípios devem ser levados em conta para a elaboração da legislação infraconstitucional e também para as políticas do Poder Executivo, além das decisões do Judiciário.

4.1 Conceituação de Princípios na Atualidade

Hodiernamente, os princípios não podem ser vistos como no passado, ocasião em que se visava sua utilização para o preenchimento de lacunas, seu conceito se determinava pelo grau de abstração ou generalidade, pelo uso de ponderação no caso de colisão e se caracterizava por ser totalmente oposto às regras. Tampouco, é concebível a ideia de que através dos princípios os juízes deixam de ser “boca da lei”.

O presente trabalho busca conceituar os princípios sob a ótica da construção de um efetivo Estado Democrático de Direito, tendo em vista que através dos princípios permite-se dar uma resposta jurisdicional constitucionalmente adequada.

Nesse sentido, Lenio Steck (2009, p. 114) explica que os princípios introduzem o mundo prático e a moral no direito, a partir de uma construção democrática, através de Constituições compromissórias e dirigentes. O autor explica:

Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro.

É preciso reconhecer uma relação indissociável entre regras e princípios, de modo a não serem totalmente afastados como preconizavam as teorias do passado. Rafael de Oliveira (2008, p. 223) explica: “Não há casos em que se aplicam regras e casos em que se aplicam princípios, mas, pelo contrário, em todo e qualquer caso há a compreensão e interpretação de princípios e regras”.

Rafael de Oliveira (2008, p. 222-223), ao questionar por que se fala em “princípio da igualdade” e não “regra da igualdade”, explica que:

Falamos em igualdade como princípio porque, em qualquer caso concreto estará em jogo o problema da igualdade, que sempre funcionará como um todo referencial para determinação das regras que irão construir a regulamentação daquele caso na decisão do juiz. Esta, por sua vez, não poderá ser tomada de forma aleatória, mas sim de acordo com a história institucional (leis, precedentes, Constituição) e pelos princípios morais que ordenam, de modo coerente, a comunidade.

Assim, não há que se falar em uma cisão radical entre regras e princípios, vez que trabalham juntos na atividade interpretativa. Assim sendo, leciona Francisco Motta (2012, p.226):

Os princípios sempre atuam como determinantes para a concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para a determinação da resposta adequada. As regras constituem modalidade objetiva de solução de conflitos. Elas “regulam o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da legitimidade.

Humberto Ávila (2005, p. 44) também faz a aproximação de regras e princípios ao analisar o modo de conflito normativo e explica: “não é apropriado afirmar que ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso”.

O autor explica que a atividade de ponderação pode ocorrer com as regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito. Ávila traz o exemplo do Código de Ética Médica que determina que o médico deve dizer ao paciente toda a verdade sobre seu quadro clínico, mas também deve utilizar todos os meios disponíveis para curá-lo. Entretanto, haveria dúvidas de como agir caso dizer a verdade ao paciente sobre sua doença iria diminuir suas chances de cura, dado o abalo emocional. Em casos como esses, a decisão deve envolver uma atividade de sopesamento entre razões (2005, p. 44). Em tais situações não seria hipótese de declarar a invalidade ou abrir uma exceção de uma das regras.

Além disso, segundo o autor não é coerente afirmar que somente os princípios possuem uma dimensão de peso (2005, p. 51):

Não são, pois, os princípios que possuem uma dimensão de peso: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada dizem sobre os pesos das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto. A citada dimensão de peso (dimension of weight) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador.

Dessa forma, constata-se que os princípios são intrínsecos às regras e vice-versa. Decisões judiciais devem ser baseadas em regras e princípios, pois, como explanado, um complementa e é complementado pelo outro. Todavia, Rafael de Oliveira (2008, p. 222/223) alerta:

É preciso ter cuidado para não transformar um princípio em uma cláusula geral. Nem conceber os princípios como “aberturas axiológicas” do sistema [...] a partir de onde se professa a idéia de que os princípios são o portal de entrada dos valores no direito positivo.

Posto isso, entende-se que no momento de julgar, o Poder Judiciário deve fazer uma interpretação cumulativa entre regras e princípios, justamente porque não é possível fazer uma separação radical entre ambos. Como explica Lenio Luiz Streck (2012, p. 111):

A regra jurídica (preceito) não trata de uma situação concreta, uma vez que diz respeito às inúmeras possibilidades. A regra “matar alguém” não diz respeito a um homicídio, mas, sim, de como devem ser tratados os casos em que alguém tira a vida de outrem. É nesse sentido que o princípio individualiza a *applicatio*. Princípio é, assim - insisto -, a realização da *applicatio*. [...], as inúmeras hipóteses de legítima defesa não cabem no enunciado jurisprudencial “legítima defesa não se mede milimetricamente”. Somente a reconstrução da situação concreta de um determinado caso dará significatividade (Bedeutsamkeit) ao precedente ou à regra. Em síntese, é esse o papel dos princípios.

Sendo assim, o reconhecimento dos princípios não deve ser visto de forma leviana, de modo a trazer fundamentação a decisões contrárias ao ordenamento jurídico. Não se pode permitir em um Estado Democrático de Direito que se use de princípios para criar teses defensáveis sobre o indefensável, de modo a utilizá-los como mero instrumento de retórica.

Há um enfraquecimento da democracia quando o órgão julgador passa a decidir de forma voluntária, isto é, ao seu bel prazer, e utiliza princípios para

justificar suas decisões. Os princípios devem ser analisados em conjunto com as regras jurídicas para se alcançar a norma.

Atualmente, tem se percebido um uso em demasia dos princípios. Isso se deve muito ao fato de a Constituição Federal de 1988 ser dirigente, isto é, repleta de objetivos a serem perseguidos pelo Poder Público, de modo a fixar propósitos que o constituinte desejava ver concretizado no futuro.

Passa-se agora a analisar como esse modelo de Constituição, somado a outros fatores, faz com que haja uma postura mais ativa por parte do Poder Judiciário.

5 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E ATIVISMO JUDICIAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve a positivação de diversos direitos individuais, liberdades públicas, direitos sociais, econômicos, culturais, difusos e coletivos. Além de inúmeros direitos fundamentais, foi trazido um largo rol de instrumentos processuais para garantir a aplicação de tais direitos. Sob o viés político, a Constituição Federal de 1988 dá início ao processo de redemocratização do Brasil e faz a ruptura com a ordem política/jurídica até então vigente.

A Constituição Federal é uma carta política dotada de força normativa, cujo conteúdo é um largo rol de direitos fundamentais individuais e sociais, além de fixar limites de atuação para o Poder Público. Nesse sentido, explica Konrad Hesse (1991, p. 15):

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.

Com a expansão de direitos fundamentais, a Carta Magna de 1988, tal qual a Constituição de Weimar, de 1919 e a Constituição Portuguesa, de 1976, assumiu inegavelmente o modelo de Constituição dirigente, com normas programáticas, ou seja, com planejamento de metas a serem atingidas. É possível vislumbrar características desse modelo adotado em várias situações do texto constitucional, dentre eles em seu artigo 3º, ocasião em que são trazidos os objetivos fundamentais da República, *in verbis*:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É de grande relevo a contribuição do português José Joaquim Gomes Canotilho a respeito da teoria da Constituição dirigente. Sua tese de doutorado, intitulada “A Constituição dirigente e a vinculação do legislador”, influenciou sobremaneira na elaboração da Constituição brasileira de 1988. O autor explica (1994, p. 14):

Subjacente aos modelos constitucionais está uma imagem de sociedade e uma teoria de acção: a constituição, na senda de uma filosofia iluminista (idealista e materialista), tem a função de propor um programa racional e um plano de realização da sociedade; a lei fundamenta, de acordo com padrões sistêmico-institucionalistas, tem a função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida. A ideia de constituição dirigente ganha relevo prático no primeiro modelo (constituição-programa), mas é considerada como uma introversão do pensamento constitucional do último (constituição-garantia).

Uma das principais características de uma Constituição Dirigente ou Programática é a expectativa de atuação dos órgãos estatais para concretizar os objetivos almejados por ela. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento explicam (2012, s/p):

As constituições dirigentes também podem estabelecer “garantias” da liberdade individual ante o poder do estado. Todavia, além de realizarem essa função, prescrevem objetivos a serem perseguidos, fixando um estado ideal de coisas que o constituinte deseja ver concretizado no futuro. A Constituição dirigente oferece às futuras gerações um plano de desenvolvimento econômico e social. Não apenas limita a atividade governamental futura: antecipa o teor que essa atividade deve conter, definindo, mesmo que por meio de princípios gerais, a própria substância das leis a serem editadas.

Sendo assim, nota-se que o modelo de Constituição brasileiro é composto por uma série de direitos e garantias fundamentais em aberto, necessitando de complementação. Ademais, a ausência ou insuficiência de políticas públicas, a crise de representatividade em relação aos demais Poderes, que se aprofunda cada vez mais, e a mora legislativa e executiva, fazem surgir uma participação mais ativa do Poder Judiciário em diversas questões políticas, econômicas e sociais. Tem-se a ideia de que o “guardião” da Constituição deve atuar tanto nos casos de omissão, ou seja, na ausência de um dispositivo complementador, quanto na fiscalização da legitimidade dos atos estatais.

Diante disso, nota-se um protagonismo do Poder Judiciário nos últimos anos na vida institucional brasileira, em especial do Supremo Tribunal Federal. O

objetivo do presente trabalho é discutir até que ponto pode o Poder Judiciário atuar no sentido de combater omissões e fiscalizar os atos praticados pelos demais Poderes.

5.1 Constituição Dirigente e A Aplicabilidade das Normas Constitucionais

Passa-se agora a analisar a capacidade de produzir efeitos das normas constitucionais, bem como a aplicabilidade dos vários tipos de normas presentes no ordenamento, embora não se aborde a eficácia social ou efetividade, que serve para determinar se as normas são obedecidas. No recorte da eficácia jurídica e aplicabilidade, usa-se como base a classificação trazida por José Afonso da Silva (1998, p. 82), através da qual as normas constitucionais podem ser de três tipos: eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada ou reduzida.

As normas de eficácia plena possuem aplicabilidade imediata e absoluta. Independem de qualquer complementação ou dispositivo regulamentador por parte do legislador, uma vez que o conteúdo de seus textos é nítido e não deixa dúvidas. Exemplificando, Marcelo Novelino (2014, s/p) ressalva:

Pertencem a esta categoria, de um modo geral, as normas que contenham *proibições* (CF, art. 145, § 2.º) ou *vedações* (CF, art. 19); as que confirmam *isenções* (CF, art. 184, § 5.º), *imunidades* (CF, arts. 53 e 150, I a VI) ou *prerrogativas* (CF, art. 128, § 5.º, I); além daquelas que não indiquem processos especiais para a sua execução ou que já se encontrem suficientemente explicitadas na definição dos interesses nelas resguardados.

Com relação às normas de eficácia contida, de forma semelhante à anterior, é imediatamente exercitável, com a simples promulgação da Constituição. Entretanto, seus efeitos podem vir a ser restringidos através da atuação do Poder Legislativo. Ocorre que, enquanto não é criada a norma regulamentadora, o cidadão não pode ser tolhido de seu direito. Advindo a norma ao ordenamento jurídico, as obrigações e condições trazidas deverão serem seguidas pela população, sob pena de restrição de direitos. Sendo assim, Michel Temer (1990, p. 27) as define como normas constitucionais de aplicabilidade plena e eficácia redutível ou restringível.

Para exemplificar, traz-se o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal¹⁴, cujo conteúdo prevê restrições ao exercício de trabalho, de ofício ou profissão, que poderão ser impostos pela lei que estabelecer as qualificações profissionais. Enquanto não advir lei infraconstitucional para regulamentar determinada profissão, esta pode ser exercida livremente, todavia, a partir do momento que surgir norma regulamentadora, esta deve ser cumprida sob pena de ser restringido o direito de exercer este ofício.

Há, ainda, as normas de eficácia limitada ou reduzida, isto é, aquelas que dependem de um dispositivo infraconstitucional para surtirem efeitos, assim, enquanto o dispositivo constitucional não for regulamentado, o cidadão não pode valer-se de seu direito. Com relação a estas normas, Flavia Bahia (2017, p. 69) explica: “produzem efeitos jurídicos reduzidos, tendo em vista que dependem da atuação futura por parte do Poder Público”.

Deste modo, para que essas normas alcancem o efeito desejado, se faz mister a edição de uma lei, de modo a complementar e regulamentar o preceito constitucional, de aplicabilidade inicialmente mediata. Com isso, o que se tem muitas vezes é uma mera expectativa de direitos, devido a omissão do Poder Público em regulamentar o dispositivo constitucional.

As normas com eficácia limitada podem ser classificadas como definidoras de princípio institutivo ou definidoras de princípio programático. Quanto ao primeiro grupo, são aquelas normas com finalidade de organização estatal. Segundo Nathalia Masson (2016, p. 59): “são aquelas pelas quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos ou entidades, para que o legislador ordinário os estruture posteriormente, mediante lei”.

A exemplo, cita-se o artigo 33, *caput*, da Constituição Federal de 1988 que traz: “a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios”, e o artigo 88, *caput*, do mesmo documento: “A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”.

Conquanto que as normas de eficácia limitada de princípio programático “traçam objetivos, metas ou ideais que deverão ser delineados pelo Poder Público para que produzam seus efeitos jurídicos essenciais” (BAHIA; 2017,

¹⁴ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XIII: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

p. 69). Cita-se o artigo 7º, inciso XX¹⁵, da Constituição Federal de 1988 que trata da tutela do mercado de trabalho da mulher e o artigo 196, *caput*, também da Carta Magna¹⁶, que traz a saúde como um direito social de todos e dever do Estado.

Essas normas estão diretamente ligadas ao fato de a Constituição Federal de 1988 ser dirigente, motivo pelo qual está recheada de normas com conteúdo programático. Como explica José Afonso da Silva (1998, p.136-137):

Esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de constituição-dirigente, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática.

Diante dessa classificação, vislumbra-se a imprescindibilidade de atuação subsequente do legislador ordinário para alcançar os objetivos traçados pela Constituição Federal no que tange às normas de eficácia limitada, acarretando a eficácia plena. Todavia, a letargia governamental em adotar medidas necessárias para concretizar o que está previsto na Carta Magna, ocasiona uma violação negativa do texto constitucional, isto é, uma inconstitucionalidade por omissão.

A fim de combater essa omissão, que, por sua vez, inviabiliza a concretização de diversos direitos constitucionais, a Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão de da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e do Mandado de Injunção (MI), dois instrumentos que buscam manter a supremacia da Carta Magna mesmo diante da inércia do Poder Legislativo. Embora ambos tenham a mesma finalidade, apresentam distinções que serão analisados a seguir.

5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A violação à Constituição Federal modelo dirigente pode resultar de uma conduta positiva, isto é, uma atuação estatal contrária ao trazido na Carta

¹⁵ Constituição Federal, artigo 7º, inciso XX: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

¹⁶ Constituição Federal, artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

Magna. Por outro lado, também pode ocorrer de forma negativa, ou seja, há uma omissão do Poder Público em fazer cumprir o que preceitua a Carta, pois esse modelo traz normas que precisam ser complementadas, inclusive segundo os princípios, sendo essa omissão uma das características do modelo dirigente preconizado por Gomes Canotilho. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão busca justamente combater a letargia governamental que impede que o trazido no texto constitucional se concretize, ou seja, combater a inconstitucionalidade por ausência de uma norma que não foi elaborada, em desobediência à previsão da Lei Maior. Há um dever previsível de elaborar a complementação das normas de eficácia limitada.

Assim como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento Fundamental, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é proposta perante o Supremo Tribunal Federal e é utilizada no controle de constitucionalidade concentrado, idealizado por Hans Kelsen (1998, p. 190-191):

Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considere a lei como “inconstitucional”, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira - quer dizer, para anular a lei como tal.

Com previsão expressa no artigo 103, §2º, da Constituição Federal, demonstra que o constituinte teve preocupação não apenas em redigir a Carta, mas também e fazê-la cumprir integralmente através de instrumentos por ela mesma previstos.

Não existe prazo para que ela seja proposta e os legitimados, conforme o artigo 12-A, da Lei n. 9.868/1999, com inclusão pela Lei n. 12.063/2009¹⁷, estão inseridos no artigo 103, Constituição Federal, quais sejam: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa

¹⁷Artigo 12-A, Lei n. 9.868/1999: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade”.

de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Frisa-se que é possível que algum dos legitimados listados seja o responsável pela omissão, ocasião que não terá legitimidade para propor a presente ação. Neste sentido explica Nathalia Masson (2016, p. 1129):

Neste caso, não se há de conferir a eles o direito de provocar a Corte a fim de constatar uma omissão que é própria. Destarte, se a omissão puder ser imputada, por exemplo, ao Presidente da República, em virtude da não apresentação de um projeto de lei de sua iniciativa reservada, ele não poderá acionar o Supremo Tribunal alegando a omissão dele mesmo! Mas se a omissão é de outra entidade ou autoridade, ele pode ser o autor da ação.

A finalidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão é a declaração de inconstitucionalidade perante a omissão do Poder Legislativo. Entretanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal apenas dar ciência ao Poder competente para que adote as providências necessárias, ou seja, não tem a prerrogativa de compelir o Poder Legislativo a sanar a omissão e desempenhar a sua função de legislar, uma vez que o texto constitucional de 1988 traz tal proibição no artigo 103, §2º, com a seguinte redação:

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.

Há posicionamentos diferentes na doutrina, como o de Flávia Piovesan (1995, p. 108-109), que sustenta que o Supremo Tribunal Federal ao declarar a omissão inconstitucional deve fixar um prazo para que o legislador supra a omissão e, caso após esse prazo, nenhuma medida seja tomada, teria o Supremo legitimidade para dispor normativamente da matéria de forma provisória:

Concebendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento pelo qual se obtém, tão-somente, a declaração da inconstitucionalidade por omissão e a ciência do legislador para que adote

as providências necessárias à realização do preceito constitucional, fácil é concluir que este instrumento se torna insuficiente e insatisfatório para a efetivação das normas constitucionais. A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omisso suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do artigo 64, parágrafo 2º do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

Sendo assim, a solução trazida pela autora representa uma visão ativista, na medida que, mesmo que temporariamente, o Poder Judiciário irá legislar com o intuito de suprir a omissão de outro Poder. No Julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão n. 25, o posicionamento da autora foi vislumbrado na prática e percebeu-se uma postura mais ativa por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal.

A ADO n. 25 foi julgada procedente em novembro de 2016 para declarar a mora do Congresso Nacional quando à edição de Lei Complementar prevista no artigo 91, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), de forma a fixar o prazo de 12 meses para a edição da lei. Caso o prazo se esgotasse, caberia ao Tribunal de Contas da União regulamentar o dispositivo. No fim desse período, a União pediu para que houvesse a prorrogação pelo prazo de 24 meses, ao que o Ministro Gilmar Mendes, em fevereiro de 2019, acolheu parcialmente para prorrogar por mais 12 meses e deu 90 dias para que as partes chegassem a um acordo. Em maio de 2020 o STF homologou um acordo feito entre os estados, o Distrito Federal e União

Em que pese a defesa por posturas mais ativas do Poder Judiciário no momento de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o presente trabalho não coaduna com tal pensamento.

É certo que ao tratar sobre o tema, surge o embate entre o princípio constitucional da separação de poderes e os princípios do efetivo cumprimento das normas constitucionais e o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Ante essa colisão de princípios, faz-se necessário a resolução por ponderação, situação em que um

dos princípios prevalece diante do caso concreto, sem, contudo, deixar o ordenamento jurídico.

O critério utilizado para a ponderação deve ser aquele que melhor se ajusta ao Estado Democrático de Direito atual e às normas constitucionais. De um lado, o princípio constitucional da separação de poderes, através do qual deve se fazer uma interpretação literal do artigo 103, §2º, da Constituição Federal de forma que a decisão do Supremo Tribunal Federal é apenas declaratória e poderá apenas notificar o Poder Legislativo para que tome as medias cabíveis. Noutra giro, há os princípios do efetivo cumprimento das normas constitucionais e o princípio da tutela jurisdicional efetiva, que direcionam para uma postura mais ativa por parte do Poder Judiciário, de modo a trazer eficácia plena às normas constitucionais de eficácia limitada e consagram o sistema de freios e contrapesos.

Sendo assim, faz-se necessário reconhecer que permitir que o Poder Judiciário fixe um prazo para que o Poder Legislativo legisle ou que ele mesmo supra a lacuna e crie leis, vai na contramão do princípio constitucional da separação de poderes, da Constituição Federal, de toda a ordem jurídica construída e do Estado Democrático de Direito. O fato de o Poder Judiciário verificar uma omissão do Poder Legislativo, não lhe dá a prerrogativa de criar leis. Como explica Miguel Carbonell (2011, p. 304):

Os juízes, assim, como os acadêmicos, devem estar conscientes do papel que estão chamados a desempenhar, o qual os convoca a utilizar todas as ferramentas que estão ao seu alcance para tornar realidade os direitos fundamentais. Isso não significa substituir o legislador ou permitir que se vá em busca da solução mais justa para além da legislação vigente (tradução nossa)¹⁸.

Se o STF notifica o Poder Legislativo a respeito de sua letargia e ele nada faz, não cabe ao Poder Judiciário criar uma norma para regulamentar o disposto no texto constitucional, sob pena de destruir todo o sistema democrático criado. As consequências de atitudes como essas são extremamente negativas, pois não se pode permitir que o Poder Judiciário se transforme em um novo monarca. Nesse sentido, explica Ives Gandra da Silva Martins Filho (2018, p. 920/921):

¹⁸ Los jueces, lo mismo que los académicos, deben estar conscientes del papel que están llamados a jugar, el cual lo convoca a utilizar todas las herramientas que estén a su alcance para hacer realidad los derechos fundamentales. Eso no significa sustituir al legislador ni permitir que se vaya en busca de la solución más justa por encima del derecho vigente – texto original.

“[...] ao Poder Judiciário cabe ser, no máximo, legislador negativo, ao expungir do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais, não, porém, legislador positivo, criando direito novo, até por falta de legitimidade popular.

Atualmente, há uma tendência, no Brasil, de posturas mais ativas por parte do Poder Judiciário, muito por conta da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, mas isso não pode servir de fundamento para justificar julgamentos contrários à ordem jurídica posta. O risco é de se permitir que o Poder Judiciário legisle na ausência de um regramento legalista para tanto, próprio do Estado de Direito, é gerar um regresso para o sistema inquisitorial no qual o magistrado tinha concentrado em si todas as funções, em sua decisão não havia qualquer base científica e era manifestada como puro autoritarismo. Como explica Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 43):

A característica fundamental do processo inquisitório é a concentração de poderes nas mãos do juiz, aí chamado de inquisidor, à semelhança da reunião de poderes de administrar, legislar e julgar nas mãos de uma única pessoa, de acordo com o regime político do absolutismo.

Hoje, esse efeito acaba sendo o mesmo quando se permite que o Judiciário legisle em suas decisões. Atitudes como essa repercutem em outras instâncias, as quais, por força constitucional, é que possuem autorização para criar leis. Esse tipo de ingerência coloca em risco a separação e harmonia entre os poderes. Não se pode permitir que o Poder Judiciário, através de uma decisão, crie leis, uma vez que são os membros do Congresso Nacional que foram eleitos pelo povo para falar pelo povo, de quem todo poder emana.

Em situações de tamanha omissão, em que mesmo com a notificação do Poder Judiciário, mantém-se a letargia, a própria sociedade deve se mobilizar e cobrar uma ação do legislativo, de forma a efetivar os direitos constitucionalmente trazidos. Não cabe ao judiciário extrapolar sua esfera de atuação e legislar, pois não foi eleito pelo povo para tanto, sob pena de violar a separação de poderes, princípio primordial para a garantia do Estado Democrático de Direito.

5.3 Mandado de Injunção e o Surgimento do Controle Difuso

Assim como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o Mandado de Injunção busca combater a letargia governamental que impede que o trazido no texto constitucional se concretize. Para cada direito declarado na Lei Maior existe uma garantia, ou seja, um instrumento jurídico chamado de “remédio constitucional” que visa assegurar e impedir as violações, inclusive as vindas da ausência da regulamentação de uma norma. Entretanto, dentre outras diferenciações que serão explanadas a seguir, o Mandado de Injunção engloba situações em que há um caso em concreto, ou seja, é utilizado no controle difuso de constitucionalidade, através do qual qualquer Juiz ou Tribunal é competente, no momento de aplicar o direito, para realizar o controle de constitucionalidade devido à ausência da elaboração de uma norma. O controle difuso surge inicialmente para retirar uma norma inconstitucional em um caso concreto, mas ganha também uma doutrina no combate da omissão.

Com surgimento através de criação jurisprudencial, o controle difuso de constitucionalidade possui origem nos Estados Unidos da América do Norte, em 1803 no conhecido caso “James Madison *versus* William Marbury”. À época, John Adams era presidente do país e nomeia William Marbury para o cargo de Juiz de Paz da comarca de Columbia, uma vez que essa nomeação poderia prejudicar o governo de seu sucessor e opositor, Thomas Jefferson, que apesar de eleito ainda não havia tomado posse como presidente.

Como explica Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 891), em 1801 fora aprovado no Congresso Norte-Americano determinada lei que autorizaria a nomeação de 42 juízes de paz em relação aos Distritos de Columbia e Alexandria e o Senado veio a confirmar tais nomes. William Marbury, apesar de nomeado, ainda não havia sido empossado quando Thomas Jefferson assumiu a presidência, sendo assim, “quando Jefferson assumiu a Presidência da República, seu Secretário de Estado James Madison não oficializou a nomeação de Marbury” (BISCH; 2010, p. 36).

Com isso, William Marbury peticiona um “*writ of mandamus*” – Mandado de Segurança - contra James Madison em 1801 perante a Corte Suprema. O julgamento ocorre em 1803 e o Juiz John Marshall é incumbido de decidir a questão. Com relação ao tema, explica Isabel da Cunha Bisch (2010, p. 36-37):

[...] John Marshall, o qual presidia a última, não adentrou no mérito da questão, referindo que o meio processual utilizado por Marbury fora criado por uma lei federal (Seção 13 do Judiciary Act de 1789) e teria ultrapassado a competência estabelecida pela Constituição. Conferiu-se a esse dispositivo legal o status de inconstitucional, desenvolvendo-se, nesse compasso, o precedente que mudaria a história do Poder Judiciário americano.

A Lei infraconstitucional ampliava a competência da Suprema Corte, infringindo diretamente a Constituição, isto é, referida Lei estava em dissonância com a Constituição. Para o juiz John Marshall, o litigante William Marbury possuía o direito ao cargo de Juiz de Paz, todavia, a Suprema Corte Americana não seria competente para resolver o conflito e declarou referida lei infraconstitucional inconstitucional. Nesse ato, John Marshall firmou a supremacia da Constituição, como assevera Nathalia Masson (2016, p. 1071):

Na ocasião, o relator, Juiz John Marshall, afirmou a prevalência da Constituição enquanto norma fundamental do país e, por consequência, a obrigatoriedade para todos os órgãos judiciários americanos de decidirem em harmonia com ela. Asseverou que, por ser peculiar à atividade jurisdicional a interpretação e a aplicação das leis, em casos de dissonância entre quaisquer leis e a Constituição, o órgão do Poder Judiciário deverá fazer prevalecer esta última, que se encontra em posição de nítida superioridade no ordenamento.

Resta cristalina a contribuição do referido caso para o desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade. De mãos dadas com o sistema de freios e contrapesos, o Poder Judiciário analisou o ato de investidura realizado pelo Poder Executivo e declarou inconstitucional norma emanada do Poder Legislativo. Dessa forma, elucidou-se que qualquer juiz ou Tribunal é competente para fazer o controle de constitucionalidade, sem haver a necessidade de uma ação própria para tal, cujo objetivo seja exclusivamente a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

Isso não significa que a questão não possa chegar ao Supremo Tribunal Federal, pelo contrário, é possível que isso ocorra pelo viés recursal ou no caso de a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de

um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme determina o artigo 102, I, q, da Constituição Federal¹⁹.

Perpassada a análise do surgimento do controle difuso de constitucionalidade, passa-se agora ao exame das demais diferenças do Mandado de Injunção em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, bem como seu procedimento e efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

5.3.1 Utilização do Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção está previsto no artigo 5º, LXXI²⁰, da Constituição Federal, atualmente regulado pela Lei 13.300/2016 e busca viabilizar o exercício de direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Antes da edição da Lei 13.300/2016, as regras procedimentais aplicadas para o Mandado de Injunção eram as mesmas do Mandado de Segurança por determinação do artigo 24, § único, da Lei 8038/1990: “No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

Em que pese muita semelhança com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, há distinções quanto às partes legitimadas, ao trâmite processual e aos efeitos. Nesse sentido, Luiz Dellore (2018, s/p) ressalta:

De um lado, a ADO busca apenas apontar a mora do legislador em regulamentar algum direito positivado na Constituição (ou seja, declarar uma omissão inconstitucional), apresentando – mais do que um resultado prático – um resultado “psicológico” perante o Legislativo; do outro lado, o MI busca concreta e efetivamente o exercício de um direito que não disponha de norma regulamentadora.

Observa-se que o alcance do mandado de injunção é mais restrito, uma vez que é para questões específicas elencadas na Carta Magna e no artigo 2º, da Lei 13.300/2016, bem como sua eficácia é *inter partes*, como determina o *caput*

¹⁹ Artigo 102, inciso I, alínea “q”: “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

²⁰ Artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

do artigo 9º, da Lei 13.300/2016: “ A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”.

Entretanto, a nova Lei consolidou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que já estava sendo adotado quanto à possibilidade de se permitir que as decisões tomadas em Mandados de Injunção tenham eficácia *erga omnes*, como no julgamento do Mandado de Injunção 712 que admitiu o exercício de greve para servidores públicos, ainda que sem lei específica para regulamentar o trazido no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, de forma a ser aplicada a Lei 7.783/1989, cujo conteúdo regulamenta o direito de greve a funcionários privados. Todavia, a Lei que dispõe sobre Mandado de Injunção fez uma ressalva quanto a possibilidade de se dar eficácia *ultra partes*, somente quando “inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração²¹”.

Ademais, é possível vislumbrar notória diferença entre as ações no que concerne à legitimidade ativa de cada um. Quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, como já disposto anteriormente, há um rol taxativo de legitimados elencados no artigo 103, da Constituição Federal. O Mandado de Injunção, por sua vez, possui legitimidade mais ampla, uma vez que, conforme o artigo 3º, da Lei 13.300/2016, estão autorizadas “as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º²²”.

Sendo assim, não basta a ausência de norma regulamentadora, é necessário que o legitimado ativo demonstre nexos causais entre a ausência da norma e o não exercício do direito/liberdade/prerrogativa. Noutras palavras, deve-se demonstrar que o não exercício do direito/liberdade/prerrogativa é resultado da inexistência de regulamentação.

A Lei 13.300/2016 também trouxe a regulamentação do Mandado de Injunção Coletivo, de forma que trouxe em seu artigo 12 os legitimados para compor o polo ativo da demanda:

²¹ Artigo 9º, §1º, Lei nº 13.300/2016: “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”.

²² Artigo 3º, Lei nº 13.300/2016: “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.

Em contrapartida, a legitimidade passiva será do Poder, órgão ou autoridade responsável por viabilizar os direitos previstos na Constituição Federal, tendo em vista que a finalidade do Mandado de Injunção é suprir omissões do Poder Público.

No que se refere aos efeitos da decisão concessiva do Mandado de Injunção, há forte discussão na doutrina. Nathalia Masson (2016, p. 447-450) apresenta uma classificação trazida pelo Ministro Néri da Silveira na 7ª sessão extraordinária do STF, realizada em 16 de março de 1995, pela qual haveria duas correntes, quais sejam: concretista e não concretista.

Para a corrente não concretista, não é possível conferir ao Mandado de Injunção efeitos mais amplos do que aqueles conferidos à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, dessa forma, não cabe ao Poder Judiciário suprir a omissão legislativa ou administrativa. Conforme Nathalia Masson (2016, p. 448), tal corrente preceitua: “ser a decisão concessiva da injunção possuidora de natureza exclusivamente declaratória, tendo por objeto apenas o reconhecimento, por meio de sentença, da omissão na edição da norma regulamentadora”.

Noutro giro, no que se refere à corrente concretista, Nathalia Masson (2016, p. 447) ressalta que a sentença que concede o Mandado de Injunção não possui apenas natureza declaratória da omissão, mas também constitutiva, uma vez que viabiliza o exercício do direito, até que sobrevenha a norma complementadora. Nesse sentido, é possível que o judiciário regule a questão *inter partes* e garanta a concretude dos direitos elencados na Constituição Federal.

A corrente concretista ainda sofre uma divisão em duas posições, quais sejam, concretista geral e concretista individual. Para a teoria concretista geral “a sentença judicial produz efeitos *erga omnes*, permitindo a viabilização do exercício do direito para todos, até que sobrevenha a norma pendente” (MASSON; 2016, p. 448).

Entretanto essa corrente representa séria afronta ao sistema tripartite dos poderes elencados na Constituição Federal, bem como vai na contramão do artigo 9º, da Lei 13.300/2016, além de ir contra a natureza do próprio remédio constitucional, uma vez que seria concedido ao Poder Judiciário a função de legislar, além do que o Mandado de Injunção não tem como finalidade sanar uma omissão legislativa, mas sim viabilizar o exercício do direito naquele caso em concreto. Dessa forma, é certo que não caracteriza a vertente mais adequada.

No que tange à corrente concretista individual, a sentença que concede a injunção produz efeitos apenas *inter partes*. Essa posição é defendida por José Afonso da Silva (2005, p. 450), quando afirma:

O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício.

Essa corrente está no mesmo viés do que preceitua o texto constitucional, vez que está em consonância com a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos. Nathalia Masson (2016, p. 449) ainda apresenta uma subdivisão dentro da teoria concretista individual:

concretista individual "direta": para a qual o Poder Judiciário deve implementar o direito de forma imediata, sendo desnecessário aguardar que o órgão ou a autoridade competentes se disponham a fazê-lo;
concretista individual "intermediária" que entende que o Poder Judiciário não deve viabilizar o direito de forma imediata, mas sim reconhecer a mora e dar ciência ao órgão ou autoridade impetrada (competente para regulamentar) a fim de que a solução seja apresentada. Caso o prazo transcorra sem que a omissão seja suprida [...] aí sim o órgão julgador da injunção deve tomar as providências pertinentes para a concretização do direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, cidadania ou soberania (grifo nosso).

Com o advento da Lei 13.300/2016, conclui-se que a teoria concretista individual intermediária foi abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez

que sanou qualquer discussão a respeito dos efeitos da decisão concessiva da injunção, deixado claro em seu artigo 9º que a decisão terá, em regra, eficácia *inter partes*. Ademais, em seu artigo 8º traz que o Poder Judiciário deve conceder um prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, sob pena de o próprio órgão judicial determinar como deve se dar o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamadas, o que está de acordo com a tripartição dos poderes e com o sistema de freios e contrapesos, de forma a possibilitar um diálogo entre as funções legislativa e jurisdicional:

Art. 8º 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.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Todavia, como preceitua o parágrafo único do dispositivo supramencionado, nos casos de Mandado de Injunção anterior em que o impetrado deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição do dispositivo regulamentador, adota-se a teoria concretista direta, uma vez que se dispensa a determinação de prazo para que o impetrado promova a edição da norma, de forma que o órgão julgador já pode de imediato apresentar uma solução ao caso concreto.

Assim sendo, diante da omissão em complementar o preceito constitucional, em se tratando de Mandado de Injunção, o Poder Judiciário institui determinada norma com força apenas naquele caso em concreto, de forma a atingir apenas as partes envolvidas, pois a elaboração de norma geral e abstrata compete ao Poder Legislativo. Conforme expõe Carlos Alcântara Machado (1999, p.133-134):

A tarefa do Poder Judiciário de aplicação do direito, por conseguinte, é também de produção normativa, criando, para o caso levado a sua apreciação, norma individual com validade e eficácia *inter partes*. [...]

Não se trata, evidentemente, de função legislativa pura, mas não deixa de ser produção normativa. [...]

Entretanto, é de se reconhecer que, em qualquer hipótese, o Poder Judiciário estará recebendo competência para elaboração da norma individual, exclusivamente com eficácia *inter partes*.

Ao julgar a matéria em análise, o Poder Judiciário, que está definido na sua competência pela Constituição, se encontrará em uma posição distinta de sua área de atuação, todavia isso só é possível devido ao fato de Mandado de Injunção não possuir alcance amplo como a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, mas apenas entre as partes envolvidas.

Excepcionalmente, conforme o artigo 9º, §1º, o Mandado de Injunção pode ter eficácia *erga omnes*, todavia, essa hipótese é restrita “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”, ou seja, apenas em situações que atinge toda uma categoria, de forma a conferir eficácia *erga omnes* dentro dessa categoria, como o que aconteceu com decisão supramencionada do Mandado de Injunção 712, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal admitiu o exercício de greve para servidores públicos, ainda que sem lei específica para regulamentar, de forma a ser aplicada a Lei 7.783/1989, cujo conteúdo regulamenta o direito de greve a funcionários privados.

Ademais, conforme o artigo 9º, §2º, após o trânsito em julgado da decisão, é possível que seus efeitos sejam estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

O mesmo se dá, de acordo com o artigo 13, da Lei 13.300/2016, com relação aos Mandados de Injunção Coletivos, uma vez que a sentença fará coisa julgada somente com relação aos integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, todavia, sem prejuízo de aplicação do disposto no artigo 9º, §1º, isto é, que se dê eficácia *ultra partes*.

A Lei n. 13.300/2016 representa um avanço no controle das omissões no ordenamento jurídico brasileiro, na medida que mesmo após anos da edição da Constituição Federal, inexistia um dispositivo para regulamentar como o deveria se dar o procedimento do instrumento constitucional de combate à letargia do Poder Público, o que acabava por gerar insegurança jurídica. É inegável que seu texto buscou conferir maior efetividade ao Mandado de Injunção. Com advento dessa norma, além de ser determinado o procedimento a ser seguido, foi definido os efeitos da decisão, de forma a ser prestigiada, como regra, a teoria concretista intermediária.

6 – ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

A ideia de ativismo judicial refere-se a uma participação mais ativa e intensa do Poder Judiciário, com maior interferência nas áreas de atuação dos demais Poderes. O ativismo se concretiza no momento que o Poder Judiciário, ao responder as demandas que lhe são submetidas, troca o direito por outro instrumento, como uma visão política, moral, religiosa, dentre outras.

Muito próxima ao ativismo judicial, mas que versa sobre ocorrências diversas, encontra-se a judicialização, fenômeno pelo qual é conferida ao Poder Judiciário funções que seriam dos Poderes Executivo e Legislativo. Sendo assim, a atuação exorbitante não advém do Poder Judiciário, como ocorre no ativismo, judicial, mas sim lhe é conferida tal atribuição. Ao falar sobre a diferença entre os institutos, Luís Roberto Barroso (2009, p.17) aduz:

A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.

É inegável que a redemocratização do país e a Promulgação da Constituição Federal dirigente de 1988, contribuíram sobremaneira para a intensificação da judicialização. A partir da Carta Magna de 1988, um amplo rol de direitos foi trazido ao ordenamento jurídico, assim, se a Constituição Federal assegura, em seu artigo 196²³, que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, é possível judicializar essa imposição quando não cumprida pelos demais Poderes da República.

A judicialização é um fenômeno que busca efetivar os direitos constitucionalmente assegurados através de instituições democráticas. Entretanto, o Poder Judiciário deve resolver a questão dentro do direito, isto é, deve conferir autonomia ao direito no momento de decidir as lides que chegam até ele, de forma a

²³ Artigo 196, Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

não ser permitido que tenha uma postura ativista e troque o direito por valores morais, religiosos, políticos, dentre outros.

Ao tratar sobre as origens do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso (2009 p. 07) explica:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Percebe-se que nos Estados Unidos da América do Norte, em um primeiro momento o ativismo foi de natureza conservadora, todavia, posteriormente transformou-se uma forma de produzir jurisprudências progressistas em matérias de direitos fundamentais. Ao primeiro momento, pode-se ter em mente que o ativismo deixou de ser uma figura ruim, para transformar-se em um instrumento concretizador de direitos fundamentais, todavia, é imprescindível que se faça uma análise mais aprofundada para que se compreenda a questão. Assim, ao se debruçar sobre o tema, nota-se que se torna algo complexo e causador de muita discussão.

É evidente que aqueles que não concordam com a postura tomada pelo Poder Judiciário diante de um caso em concreto, tendem a argumentar que sua decisão extrapolou os limites de sua atribuição, e, por conseguinte, está contemplada por ativismo judicial. Por outro lado, aqueles que defendem a posição tida em determinado julgamento, tendem a defender a postura do órgão julgador, ainda que este tenha ultrapassado os limites da divisão de poderes e julgado à margem da legalidade, em manifesta postura ativista.

No entanto, é inútil empreender críticas ao ativismo judicial quando na verdade se faz críticas a determinados tipos de ativismo judicial, e não ao instituto em si. É insustentável a defesa da existência de bons e maus ativismos, como

explica Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira (2010, p. 04):

as experiências históricas que nos foram legadas e que permitem desenvolver um conceito de ativismo judicial não apontam para o “bem” ou para o “mal” das atividades desenvolvidas sob este signo [...] Em todos estes casos, o mais correto é dizer que não há como determinar a “bondade” ou a “maldade” de um determinado ativismo judicial. O mais correto é dizer que questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela “vontade de poder” (Wille zur Macht) do Poder Judiciário.

A atuação extremamente proativa do Poder Judiciário revela-se como antidemocrática, pois viola a separação de poderes e a segurança jurídica, uma vez que a partir do momento que se usa como baliza a vontade pessoal, disfarçada por prolixas fundamentações baseadas em conceitos abertos e frases que poderiam se aplicar para qualquer caso, e não o direito, substitui-se o legislador e o constituinte originário pela vontade discricionária da autoridade judiciária.

O Poder Judiciário não é refém da lei, até porque a Constituição Federal assegura o controle de constitucionalidade, porém, no momento que a autoridade judicial se afasta da lei sem fundamentar o porquê é inconstitucional, há uma postura discricionária e, portanto, antidemocrática. A discricionariedade e o direito não coabitam o mesmo espaço, pois são contrários um ao outro. Nesse sentido, explica Georges Abboud (2016, s/p):

A discricionariedade é inimiga do direito. Ela admite julgamentos por conveniência e oportunidade do julgador ou tribunal [...]. O risco da utilização da discricionariedade no âmbito judicial dispensa análise dos resultados das decisões, bastando a admissão do juízo discricionário para se tornar preocupante a questão. Isso porque, quando permitimos que o juiz socorra-se da discricionariedade para julgar uma lide, em verdade, estamos conferindo-lhe a possibilidade de utilização de critérios não jurídicos para solucionar o processo.

Como já demonstrado no presente trabalho, por vezes o Poder Judiciário possui atitudes ativistas com o argumento de letargia do Poder Legislativo e do Executivo. Entretanto, deve-se ter em mente que ausência de previsão legal não caracteriza lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. Muitas vezes a letargia do Poder Legislativo representa os próprios anseios dos representados, a sociedade, que não quer ver determinadas condutas tipificadas ou descriminalizadas. Como explica Ives Gandra da Silva Martins Filho (2018, p. 924)

O sofisma que tem animado juristas e julgadores a defender esse ativismo judiciário é o de que a inércia do Legislativo em regular situações que clamariam por novo marco jurídico justificaria essa intervenção excepcional. Nota-se o sofisma pelo fato de que essa aparente “inércia” constitui, na realidade, vontade política contrária à mudança pretendida pela via judicial: um silêncio eloquente. E o paradoxo maior é que o Poder Judiciário, caracterizado pela sua inércia ontológica, já que só pode atuar quando provocado, pretende substituir-se ao legislador, formulando opções políticas para as quais não recebeu mandato popular. Como um Poder técnico, com seus quadros formados fundamentalmente pela seleção em concursos, com a garantia da vitaliciedade e não sujeito ao controle do voto popular, pode se arvorar em representante do povo para reconstruir o direito à sua imagem e semelhança? Trata-se de voluntarismo jurídico incompatível com um regime democrático de direito.

O presente trabalho apresentou as garantias que o Poder Judiciário possui, as quais são essenciais para que seus membros possam exercer livremente e sem pressões suas funções. A independência dos julgadores é algo fundante em um Estado Democrático de Direito, pois as normas jurídicas vigentes podem não estar ajustadas aos desejos dos detentores do poder, mas os julgadores podem garantir a aplicação de tais normas sem que sofram represálias. Sendo assim, o Poder Judiciário possui garantias não para que jogue como se soberano fosse, mas para que julgue conforme a lei.

Na atualidade, assiste-se a um crescente e lastimável ativismo judicial. Diante disso, passa-se agora à análise de duas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal ao arrepio da Constituição Federal e em clara posição ativista. Além disso, será examinado como tais posturas são desafiadoras do Estado Democrático de Direito.

7 INQUÉRITO DAS FAKE NEWS NO STF E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve um grande passo para a democracia e a consolidação de direitos fundamentais, uma vez que o texto constitucional trouxe uma série de garantias para impor limites às funções estatais, dentre elas, o sistema acusatório, que passou a ser adotado explicitamente, através do artigo 129, inciso I²⁴, que tornou a propositura de ação pública privativa do Ministério Público. Sendo assim, a relação processual somente se inicia com a provocação do órgão responsável pela acusação, de forma que o magistrado fica impedido de tomar decisões que o impossibilitem de permanecer distante do interesse das partes, seja na fase investigativa ou processual, como elucidada Renato Brasileiro de Lima (2020, p.44):

Mas esta mera separação das funções de acusar e julgar não basta para a caracterização do sistema acusatório, porquanto a imparcialidade do magistrado não estará resguardada enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória. Com efeito, de nada adianta a existência de pessoas diversas no exercício das funções do magistrado e do órgão estatal de acusação se, na prática, há, por parte daquele, uma usurpação das atribuições deste, explícita ou implicitamente, a exemplo do que ocorre quando o magistrado requisita a instauração de um inquérito policial, dá início a um processo penal de ofício (processo judicialiforme), produz provas e decreta prisões cautelares sem requerimento das partes, etc. [...] Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória e na fase processual, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e, no curso da instrução processual penal, das partes. [...] Além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.

Além disso, a Constituição elencou em seu artigo 129, VIII a competência do Ministério Público para “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”, de forma que, em nenhum momento, trouxe a possibilidade de o órgão julgador iniciar as investigações.

É nesse sentido, e com a intenção de conferir maior efetividade ao preceito constitucional, de forma que seja assegurada a imparcialidade do órgão julgador, a Lei 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”, trouxe o artigo 3º-A ao Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “o processo penal terá

²⁴ Artigo 129, Constituição Federal: “São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Na contramão do texto constitucional, através da Portaria 69/2019, foi instaurado o inquérito nº 4.781 pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, para investigação de fake news.

O referido inquérito foi instaurado em março de 2019, com base no artigo 43, do Regimento Interno do Tribunal, que dispõe:

Artigo 43: Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. §1º: Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

Tal dispositivo é pré-constitucional, adveio ao ordenamento jurídico em 1980, e não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, uma vez que totalmente contrário ao sistema acusatório por ela trazido. Ademais, a Carta Magna traz em seu artigo 102 que compete ao Supremo Tribunal Federal a única competência de processar e julgar, não faz menção à possibilidade do órgão atuar como autoridade investigativa e instaurar inquérito.

É evidente que fake news é algo desprezível e deve ser investigado, mas sua apuração deve ser feita de acordo com o devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal²⁵. Ora, se a autoridade judiciária tem conhecimento da prática de um delito, deve enviar ao órgão competente, no presente caso, a Procuradoria Geral da República, para que proceda como necessário, mas não é possível que requirite a instauração de um inquérito ou mesmo que o instaure. Como aduzem Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa (2019, s/p): “Todas as condutas podem e devem ser investigadas pelo órgão competente que, no desenho da Constituição da República, não podem condensar todas as funções”.

Todavia, essa questão é muito discutida no ambiente jurídico, sendo certo que há posições contrárias e defensivas da instauração do inquérito, dentre elas, destaque-se o posicionamento de Georges Abboud (2020, s/p), para quem a

²⁵ Artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

abertura de inquérito pelo Supremo Tribunal Federal representa uma forma de legítima defesa:

Para segmentos da sociedade e de juristas, parece aceitável que a Corte Constitucional sofra toda ordem de ataques covardes, inclusive a partir de *fake news*, desmoralizando a atuação do Tribunal e questionando sua própria existência. Noutro giro, aos olhos vigilantes desses “observadores” do Supremo, seria inaceitável que o Tribunal se utilizasse de um inquérito para realizar uma defesa institucional, na falta de quem o defenda. [...] Nesse sentido, entendemos que o inquérito das *fake news*, numa perspectiva institucional, justifica-se como um modo de “legítima defesa” institucional contra *agentes* que, a que tudo indica, já não consideram mais a existência do Tribunal como algo legítimo ou necessário. Esse é o *novo normal* que o obscurantismo autocrático desses agentes nos apresenta mediante o uso degenerado da liberdade para se atacar espaço fundamental da própria democracia: a jurisdição constitucional.

Entretanto, o presente trabalho não coaduna com esse posicionamento. A abertura do inquérito pelo Supremo Tribunal Federal faz lembrar a época inquisitorial, onde os juízes tinham a cumulação de funções. O argumento de que houve ofensa à Suprema Corte não autoriza que o órgão judiciário inicie uma investigação. Os meios não justificam os fins, isto é, não há a possibilidade de avaliar a investigação pelo seu resultado, é preciso observar o trajeto que se faz para chegar a uma conclusão, o qual deve obedecer às regras constitucionais e o devido processo legal.

Ademais, o inquérito para investigação das *fake news* não obedeceu ao princípio do juiz natural, pelo qual todo cidadão tem o direito de ser julgado por um juiz constituído antes dos fatos, mediante regras estabelecidas em lei, que encontra previsão na Constituição Federal nos artigos 5º, inciso XXXVII que afirma que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e no artigo 5º, inciso LIII, que preceitua que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

A distribuição dos autos deve ser feita de maneira impessoal, por livre distribuição, conforme determina artigo 75, do Código de Processo Penal²⁶, bem como o artigo 66, do Regimento Interno do STF, cuja redação é a seguinte: “A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo”.

²⁶ Artigo 75, Código de Processo Penal: A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunstância judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente”.

Não obstante, de forma contrária, o Ministro presidente do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli escolheu o Ministro Alexandre de Moraes para conduzir o inquérito, sem que houvesse um sorteio entre todos os ministros. Destarte, além de instaurado de ofício pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, o inquérito nº 4.781 não foi submetido à livre distribuição, tendo sido indicado um membro do tribunal para conduzir de forma aleatória, conforme escolha pessoal do presidente.

Além disso, outro aspecto constitucional que o inquérito nº 4.781 deixou de observar foi com relação à competência do Supremo Tribunal Federal. O artigo 102, inciso I, alínea b²⁷, delimita sua competência levando-se em conta o foro dos investigados e não o foro das vítimas.

No momento de instauração do inquérito, não houve qualquer indicação de quem seriam os investigados, sendo assim, não se pode atribuir competência ao Supremo Tribunal Federal apenas pelo fato de ser eventual vítima de fato criminoso.

Vislumbra-se que o inquérito nº 4.781 é nulo *ab initio*, uma vez que diversas garantias constitucionais foram violadas desde o momento de sua instauração. Sendo assim, todos os atos nele promovidos são nulos e não podem surtir efeito algum.

Diante dessas ilegalidades, a Procuradora-Geral da República à época, Raquel Elias Ferreira Dodge, requereu o arquivamento do inquérito nº 4.781 em 16 de abril de 2019. A Procuradora-Geral (2019, s/p) enfatizou que a decisão que determinou a instauração de inquérito não requereu a manifestação do Ministério Público Federal para a instauração nem para o deferimento de medidas cautelares:

Notícias publicadas em diferentes meios de comunicação, inclusive hoje, anunciam o cumprimento de medidas cautelares penais sujeitas a reserva de jurisdição, sem prévio requerimento nem manifestação determinada por lei (Lei Complementar n. 75/93) desta titular constitucional da ação penal, seja em relação aos parâmetros legais e objetivos que condiciona, o deferimento da medida cautelar, seja em relação ao controle externo da atividade policial, que são atribuições constitucionais do Ministério Público. Há também notícia de proibição de exibição de matéria jornalística por ordem judicial emanada deste inquérito, sem manifestação prévia do titular da ação penal.

²⁷ Artigo 102, Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.”

É necessário reiterar, ainda, que não foi solicitada manifestação da Procuradoria-Geral da República neste inquérito, em qualquer ocasião, na forma determinada pela Constituição e pela lei vigentes.

Além do que, Raquel Elias Ferreira Doge (2019, s/p) afirmou que essa postura da Corte viola o sistema acusatório constitucional vigente, uma vez que coloca em risco diversas garantias constitucionais:

Nesta perspectiva constitucional, de garantia do regime democrático, do devido processo legal e do sistema penal acusatório, a decisão que determinou de ofício a instauração deste inquérito, designou seu relator sem observar o princípio da livre distribuição e deu-lhe poderes instrutórios quebrou a garantia da imparcialidade judicial na atuação criminal, além de obstar o acesso do titular da ação penal à investigação. Na sequência, os atos judiciais instrutórios da investigação e determinantes de diligências investigativas também ferem o sistema penal acusatório e a Constituição.

Em que pese todos os argumentos constitucionalmente fundamentados, o Ministro Relator Alexandre de Moraes (2019, s/p) rejeitou o pedido da Procuradoria-Geral da República no sentido de arquivamento do inquérito 4781. São suas palavras:

O pleito da DD. Procuradora Geral da República não encontra qualquer respaldo legal, além de ser intempestivo, e, se baseando em premissas absolutamente equivocadas, pretender, inconstitucional e ilegalmente, interpretar o regimento da CORTE e anular decisões judiciais do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal contrariou sua própria jurisprudência consolidada na Corte, que afirmava que o arquivamento promovido pela Procuradoria-Geral da República, motivado pela ausência de "opinio delicti", é indiscutível:

Se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de "notitia criminis", motivado pela ausência de elementos que lhe permitam formar a "opinio delicti", por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável. [...] O ato judicial que ordena, no Supremo Tribunal Federal, o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, a pedido do Procurador-Geral da República, motivado pela ausência de "opinio delicti" derivada da impossibilidade de o Chefe do Ministério Público da União identificar a existência de elementos que lhe permitam reconhecer a ocorrência de prática delituosa, é insuscetível de recurso (RT 422/316), embora essa decisão - por não se revestir da autoridade da coisa julgada

(RT 559/299-300 - RT 621/357 - RT 733/676) - não impeça a reabertura das investigações penais, desde que (a) haja provas substancialmente novas (RTJ 91/831 - RT 540/393 - RT 674/356 - RT 710/353 - RT 760/654) e (b) não se tenha consumado, ainda, a prescrição penal (Ministro Celso de Mello; PET 2509/MG. Data de julgamento: 18/02/2004. Data de publicação: 25/06/2004)

Diante da postura do requerimento de arquivamento pela Procuradoria-Geral da República, não há o que se falar em ação privada subsidiária da pública, trazida pela Constituição Federal²⁸, uma vez que o Ministério Público Federal não se manteve inerte diante dos atos, mas se manifestou no sentido de arquivamento pelo fato de o procedimento investigatório desrespeitar diversos comandos constitucionais. Não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito o mesmo órgão ser vítima, investigador e julgador. Nesse sentido, explicam Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa (2019, s/p):

a vítima somente pode propor a ação penal em face da omissão temporal do órgão acusador e não quando ele se manifesta contrariamente. Não faz sentido que a vítima promova ação penal subsidiária da pública nos casos em que o Ministério Público promova o arquivamento ou peça diligências. Somente em caso de inércia é que o art. 29 do CPP autoriza essa legitimação ativa extraordinária. A prevalecer a tese de cabimento mesmo havendo pedido de arquivamento, salvem-se. Agora qual será o resultado prático de uma investigação realizada por um Ministro quando o próprio titular da futura ação penal já avisa que não irá exercê-la? Não existe aplicação do art. 28 do CPP no âmbito do STF... Logo, se a PGR não denunciar e insistir no pedido de arquivamento, nada mais poderá ser feito. Exceto se resolverem nomear um 'acusador' ad hoc...

Diante da manifestação de arquivamento pela Procuradoria-Geral da República, o ministro relator Alexandre de Moraes determinou o desmembramento dos autos do inquérito nº 4.781 e sua remessa aos foros competentes dos supostos infratores, para que então os Ministérios Públicos Federais locais avaliassem a conveniência de ingressar com ação penal.

A atitude do Supremo Tribunal Federal em constranger os Ministérios Públicos Federais locais a promover ação penal trata-se de uma manobra para que as investigações realizadas sejam prosseguidas através de ações judiciais. Foram desmembrados casos concretos que surgiram a partir da investigação genérica. Todavia, o inquérito nº 4.781 já nasceu nulo, uma vez que sua origem é inconstitucional. Sendo assim, todos os atos dele decorrentes, nulos também serão.

²⁸ Artigo, inciso LIX: "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal".

Uma das localidades para a qual o inquérito foi enviado foi para o Ministério Público Federal de Pouso Alegre, em Minas Gerais, que, diante das ilegalidades do procedimento investigatório, também solicitou o arquivamento. Segundo o Procurador da República Lucas Gualtieri (MPF/MG; 2019, s/p):

como é notório, o Inq. 4.781/DF foi instaurado no âmbito do Supremo Tribunal Federal de ofício, por ato de seu presidente, para apurar fatos indeterminados, sem delimitação temporal, geográfica ou circunstancial. Uma vez instaurado, não foi submetido à livre distribuição, tendo sido designado membro do Tribunal para a sua condução, conforme escolha pessoal e insindicável do presidente. [...] constitui flagrante violação ao sistema penal acusatório, materializando na figura do ministro designado pela Presidência da Suprema Corte, a dupla função de investigar e julgar, em violação ao disposto no art. 129, incisos I, II, VII, VIII e § 2º da CR/88. [...] em nenhum momento a Procuradora-Geral da República (PGR), a quem compete exercer as funções do Ministério Público junto ao STF (art. 46, LC 75/93), foi instada a se manifestar no bojo dos autos, seja para analisar a conveniência e oportunidade da realização de medidas cautelares levadas a efeito (mediante 'pedido' e decisão do Ministro 'conductor'), seja para conduzir o inquérito, na função de titular exclusiva da ação penal pública. [...] é irrecusável o pedido, formulado pelo Chefe do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, de arquivamento do inquérito.

Do mesmo modo, houve envio para o Ministério Pública Federal de São Paulo, que, da mesma forma, se manifestou pelo arquivamento (MPF/SP; 2019, s/p):

Observa-se que não só existiu o vício de origem e forma (investigação iniciada e presidida por membro do Poder Judiciário), como também a mácula da incompetência absoluta do Juízo, pois a investigada não é detentora de foro no STF, como determina a Constituição Federal. Entende-se pelo arquivamento deste apuratório, eis que originado de investigação nula e, assim, desprovido da necessária prova de materialidade dos crimes que pretende investigar.

Além de todas essas medidas para barrar o inquérito das fake News, em março de 2019 o partido Rede Sustentabilidade propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572 com o objetivo de que fosse declarado a inconstitucionalidade da Portaria 69/2019, que determinou a instauração do inquérito nº 4.781. A ação afirma (2019, p. 04):

A prevalecer o objetivo por ele pretendido, a própria Suprema Corte estaria a editar, em pleno regime democrático, mecanismo de auspícios análogos ao do famigerado AI-5, dispondo de ferramental para intimidar livremente, como juiz e parte a um só tempo, todo aquele que ousar questionar a adequação moral dos atos de seus membros. Aliás, estes eminentes

juizadores não merecem escapar à censura da Opinião Pública, visto que optaram livremente por se investir na condição de agentes públicos.

Todavia, por dez votos a um, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu que a ADPF nº 572 é totalmente improcedente e que a portaria que deu início ao inquérito é constitucional. O Ministro Marco Aurélio, que defendeu a inconstitucionalidade do procedimento investigatório aberto pela Corte para apurar fake News, foi voto vencido.

Diante disso, o inquérito nº 4.781, uma verdadeira aberração jurídica, segue em andamento. Porém, como já afirmado, este procedimento investigatório é inconstitucional e nasceu viciado, logo, não tem como consertar isso, todos os atos dele decorrentes são nulos.

Tão deplorável como as Fake News, é a violação das regras constitucionais que asseguram o devido processo legal e os direitos fundamentais dos indivíduos. A autoridade judiciária não é e nem pode ser protagonista de investigações, sua função é controlar a legalidade dos atos praticados e preservar os direitos das partes, razão pela qual deve ser imparcial, seguir o devido processo legal, bem como todas as regras constitucionalmente previstas.

8 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COMO CRIME DE RACISMO

A discriminação e a violência perpetrada contra a população LGBTQIA+ decorre de um preconceito histórico. Por trás de toda a discriminação sofrida atualmente por tal comunidade, encontram-se séculos de perseguição e opressão institucionalizados. Privar os indivíduos de sua liberdade sexual e de sua identidade de gênero caracteriza severa afronta à dignidade da pessoa humana.

O fato de, por muito tempo, a Organização Mundial da Saúde entender o homossexualismo como doença demonstra a existência do preconceito enraizado na sociedade. Como explica Edilson Veiga (2020, s/p):

Foi só em 17 de maio de 1990, há 30 anos, que a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID)

No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos da República Federal do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, em seu artigo 3º, inciso IV, além do que, traz em seu artigo 5º, inciso XLI que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”.

É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, reconheceu o estado de mora, a existência de omissão legislativa, cientificou o Congresso Nacional para que edite a lei e tornou crime de racismo as condutas de homofobia e transfobia até que sobrevenha uma lei editada pelo Congresso Nacional para tratar sobre o assunto.

É certo que a homofobia e a transfobia são atos de discriminação por conta da orientação sexual de alguém, e, a depender da conduta praticada, ofensas verbais, agressões e até a morte, pode caracterizar crimes contra a honra, contra a integridade física e contra a vida. Todavia, para que se tenha uma lei específica sobre o tema, com punições mais rigorosas a essas condutas, é necessário que haja uma lei editada pelo Poder Legislativo, único órgão que possui competência para

tanto, uma vez que a Constituição Federal trouxe como competência privativa da União legislar sobre matéria penal, em seu artigo 22, inciso I²⁹.

Ao julgar a ADO nº 26 e o MI nº 4.733, que foram unidos no mesmo julgamento pelo fato de, como já exposto no presente trabalho, ambos tratarem de omissão legislativa que, de algum modo, venham a violar a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal não se limitou apenas à reconhecer a existência de uma omissão normativa inconstitucional por parte do Poder Legislativo, mas foi além dos limites de suas funções, uma vez que criou o direito positivo e, ainda mais grave, um tipo penal por decisão judicial.

A criminalização da homofobia e da transfobia pela mais alta Corte do País representa uma afronta ao princípio da legalidade, que encontra assento constitucional no artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna³⁰, no artigo 7.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos³¹, ratificada pelo Estado brasileiro em 1992, além de estar previsto no artigo 1º, do Código Penal³², pelo qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Com isso, como destaca Gustavo Badaró (2019, s/p) “Não temos mais, portanto, garantia da legalidade no direito penal! Descase em paz *nullum crimen, nula poena, sine lege*”.

Além disso, a decisão do STF também representa afronta ao princípio da vedação da analogia *in mallam partem*, através do qual se garante que na ausência de previsão legal que incrimine determinada conduta, não poderá o julgador, por analogia, aplicar sanção, justamente por ferir o princípio da legalidade. Nesse sentido, explica Fernando Capez (2017, p. 90):

A Teoria da Separação dos Poderes, preconizada por Montesquieu, contribuiu decisivamente para impedir que o juiz, usurpando função própria do Legislativo, considerasse condutas assim não contempladas pelo legislador.

²⁹ Constituição Federal, artigo 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

³⁰ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

³¹ Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 7.2: “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.”

³² Código Penal, artigo 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal”.

A partir do momento que o Poder Judiciário considera crime condutas que o Poder Legislativo não tipificou, abre-se as portas da arbitrariedade e troca-se o Estado Democrático de Direito pela ditadura do Judiciário. O princípio da legalidade é uma garantia constitucional que impede que o Estado aja de forma arbitrária, garantindo aos cidadãos que não terão sua liberdade cerceada pelo Estado, salvo as hipóteses previstas previamente em lei, isto é, só se aplica referido tipo penal para as condutas praticadas após a vigência da norma. É nesse sentido que Cesare Beccaria (1999, p. 32) brilhantemente explanava:

A autoridade de interpretar leis penal não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores, Os juízes não receberam as leis de nossos antepassados como tradição de família, nem como testamento, que só deixasse aos pósteros a missão de obedecer, mas recebem-nas da sociedade vivente ou do soberano que a representa, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos.

Entretanto, em seu voto o Ministro Celso de Mello (2019, p. 95) afirma que não se trata da criação de um tipo penal, mas de mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente. Nas palavras do Ministro:

Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal (item n. 7).

O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.

É evidente a ginástica jurídica feita pelo Ministro a fim de defender a criação do tipo penal em apreço, todavia, vai na contramão do princípio constitucional da legalidade. Para Gustavo Badaró (2019, s/p) o Ministro realizou “um verdadeiro truque de ilusionista: não é possível criar um tipo penal, mas é possível utilizar um tipo penal já existente, para considerar crime algo que nele não está descrito”.

Os problemas jurídicos advindos dessa decisão são inúmeros. A Lei de Racismo (Lei 7.716/89) traz em seu artigo 1º que trata sobre crimes resultantes de discriminação ou preconceito de “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, sendo certo que o preconceito referente à homossexualidade ou à transexualidade não se coaduna com nenhuma das hipóteses trazidas pela lei.

Além do que, faz-se necessário que se aplique as regras intertemporais do Direito Penal no caso de o Congresso Nacional editar uma lei sobre o tema. Na hipótese de a lei editada ser mais benéfica, retroagirá e colocará fim à decisão judicial. Noutro giro, caso seja mais rigorosa, haverá tanto julgados de acordo com a nova lei, quanto no sentido da decisão dada pela Corte.

Ademais, caso seja editada uma nova lei sobre o tema, isto é, caso o Poder Legislativo não promova uma simples mudança à Lei de racismo, as mesmas condutas por certo tempo serão consideradas inafiançáveis e imprescritíveis³³, posteriormente, serão delitos comuns e prescritíveis, uma vez que é a Constituição Federal que traz quais crimes são imprescritíveis.

A criação de um tipo penal, em relação ao qual há garantia constitucional de reserva de lei, pelo Poder Judiciário é inaceitável em um Estado Democrático de Direito. Compete ao Poder Legislativo a prerrogativa de criar leis e tipos penais, vez que foram eleitos para tanto e para representar os anseios da população. O ativismo judicial representa um grave risco à democracia, o qual se acentua à medida que um órgão sem legitimação popular passa a criar tipos penais.

Em que pese seja uma causa nobre e a decisão, aparentemente, parece atender o clamor social, há um grave risco para o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o Poder Judiciário não possui legitimidade para legislar, ao passo que permitir esse tipo de conduta traz como consequência a ausência de segurança jurídica, a abertura das portas para o voluntarismo, um retrocesso aos séculos passados e a criminalização de quaisquer condutas que vão contra as paixões dos julgadores.

A mais alta corte brasileira maculou princípios basilares do direito penal. De nada adianta a existência de uma Constituição cidadã e leis democráticas se no momento de aplicar o direito ao caso concreto, o julgador pode, por uma atitude voluntarista e subjetivista, abandonar o texto legal elaborado por quem tem

³³ Artigo 5º, inciso XLII, Constituição Federal: “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

legitimidade para tanto. Os membros do Poder Judiciário possuem as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios devido às características das suas funções, que não se prestam a agradar o povo, pelo contrário, os membros do Poder Judiciário devem aplicar o direito de forma que não podem julgar pelo o que é a voz do povo. Por outro lado, os Poderes Legislativo e Executivo estão sujeitos à legitimação periódica pelo voto popular, e é justamente por esse motivo que possuem legitimidade para criar leis e atender aos anseios da população.

Atualmente vislumbra-se uma crise de representatividade, se deposita mais confiança no Poder Judiciário, pois acredita-se que ele seja um órgão menos susceptível de corrupção. Todavia, deve-se ter em mente que é necessário a existência de equilíbrio e harmonia entre os poderes, sob pena de a sociedade carecer de segurança jurídica e viver a mercê das paixões dos julgadores. A interferência atual e em demasia do Poder Judiciário nos demais Poderes representa um regresso ao sistema inquisitorial, ocasião em que o magistrado concentrava em suas mãos todas as funções e as consequências disso são decisões sem qualquer base científica, em pura manifestação de autoritarismo, ao arrepio do Estado Democrático de Direito.

9 CONCLUSÃO

A busca pelo estabelecimento de limites ao poder e afirmações como a do Rei Luís XIV “L’État, c’est moi” – o Estado sou eu -, que demonstrava estar nas mãos do rei o absoluto poder sobre todos os aspectos fundamentais de seu território e que poderia agir sem a necessidade de justificar suas ações, sempre esteve presente ao longo da história. Desde de a Magna Carta de 1215 se busca estabelecer limites ao poder absoluto, com muitos antecedentes, sendo que a tripartição é um controle interno, ou seja, dentro do próprio poder, enquanto que a carta de direitos é um limite externo.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 consagrou como fundamental o Princípio da Separação dos Poderes e atribuiu a cada um dos Poderes funções típicas e atípicas, além de trazer um “bill of Rights”. Há a necessidade de entendimento e conciliação entre os Poderes, bem como todos devem ter tamanha independência a ponto de deter o outro se preciso for, a fim de evitar-se o absolutismo e que um se sobreponha ao outro. O constitucionalismo norte-americano chamou esse sistema de freios e contrapesos, que acabou sendo aperfeiçoado para um funcionamento com harmonia e independência.

De igual relevância, é o sistema de freios e contrapesos norte-americano, o qual permite que um Poder exerça funções que corresponderia ao seu papel principal e também um outro secundário para manter a própria essência e objetivo da separação de poder, qual seja, lhe proporcionar independência. A finalidade sempre foi evitar o absolutismo, mas também coibir a preponderância de um poder sobre o outro. Há então as chamadas funções típicas que guardam identidade e outras chamadas atípicas que visam assegurar o funcionamento. Mas, isso não significa que uma função típica possa ser usada para usurpação ou mesmo as funções atípicas venham a violar o sistema. A função não poderá ser utilizada com o objetivo de dominação de um Poder sobre o outro, pois isso incorreria em abuso de poder, mas sim para que haja harmonia entre eles.

Sendo assim, as posturas ativas do Poder Judiciário possuem legitimidade desde que estejam em consonância com a Constituição Federal e os demais dispositivos que compõem o ordenamento jurídico. Assim, resta superada a ideia de que por conta do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou letargia dos

demais Poderes, o Poder Judiciário possui legitimidade para apresentar soluções ao seu bel prazer, à margem da legalidade.

O ativismo judicial traduz-se como uma corrupção na autonomia do direito, isto é, no momento de julgar, o julgador troca o ordenamento jurídico por algo estranho ao direito, como a política, moral, economia ou qualquer outra ciência. Há quem defenda atitudes proativas do Poder Judiciário com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, no sistema *checks and balances*, na letargia dos demais Poderes, todavia isso faz surgir diversos problemas, inclusive com reflexos antidemocráticos, pois surge uma grande interferência do Poder Judiciário nos demais poderes, que acaba por se transformar em um novo monarca.

Diante da crise de representatividade instalada no país, aposta-se muito no Poder Judiciário, todavia, a existência de posturas subjetivistas, que fogem da legalidade, caracteriza um retrocesso. É necessário que haja equilíbrio entre os poderes, de forma que nenhum poder se sobreponha ao outro ou usurpe as funções dos demais.

Em um Estado Democrático de Direito não se pode depender daquilo que determinado julgador pensa sobre determinado assunto ou de suas paixões. É indispensável que o julgador julgue com base na ordem jurídica construída, de forma a afastar o voluntarismo e a discricionariedade. O Poder Judiciário é um elemento chave da democracia, possui e deve possuir independência, não para ser soberano, mas para poder julgar conforme o ordenamento jurídico sem sofrer represálias.

As atitudes que vêm sendo tomadas pelo Poder Judiciário são assustadoras e possuem reflexos antidemocráticos. A abertura de inquérito pelo Supremo Tribunal Federal para apurar fake news representou séria violação às normas constitucionais e legais. Houve violação ao sistema acusatório, não obedeceu ao princípio do juiz natural, atribuiu-se competência ao STF por simplesmente ser eventual vítima. Em que pese seja nulo *ab initio*, se mantém em andamento. Ademais, a criminalização da homofobia e da transfobia pela mais alta Corte do país maculou princípios basilares do direito penal, além de violar a própria Constituição Federal.

Diante da reiteração de posturas ativistas por parte do judiciário e com o fim de estabelecer um freio a isso, o Poder Legislativo vem criando diplomas legislativos que buscam estabelecer limites na atividade jurisdicional. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe o artigo 489, §1º, que traz diversas hipóteses em que

as decisões judiciais não poderão ser consideradas fundamentadas, em clara manifestação para combater o ativismo judicial. No mesmo sentido, em 2018 foi editada a Lei 13.655/2018 que introduziu os artigos 20 ao 30 à Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), e em 2019 a Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, introduziu os artigos 286, §6º, 315 e 316, § único ao Código de Processo de Penal.

A edição de todos esses diplomas legislativos representa uma reação do Poder Legislativo a todas as posturas ativistas do Poder Judiciário, que, muitas vezes, fundamenta suas decisões em conceitos abertos ou utiliza de princípios como meios retóricos para fundamentar.

Portanto, para que exista de fato uma democracia no país não basta existir uma Constituição que prevê inúmeros direitos e garantias, bem como uma legislação democrática, faz-se necessário que tais diplomas normativos sejam utilizados pelo julgador na hora de julgar.

Com isso, resta evidente o papel imprescindível das academias e doutrinas, que devem sempre transmitir conhecimento jurídico sólido e crítico, não apenas reproduzir decisões judiciais ou esquematizar a ciência jurídica. Além do que, os Poderes da República devem despertar para a situação caótica evidente que se faz presente na atualidade, como as atitudes autoritárias trazidas no presente trabalho, sob pena de a democracia não passar de um projeto inatingível.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Onde a Discricionariedade começa, O Direito Termina: Comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora On-line. **Revista dos Tribunais Online**, 2016. Disponível em: http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/ABBOUD-Georges_Discricionariedade-e-penhora.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.
- ABBOUD, Georges. O paradoxo do juiz sem tribunal: ainda o inquerito das fake news. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-20/observatorio-constitucional-paradoxo-juiz-tribunal-ainda-inquerito-fake-news>. Acesso em: 17 ago. 2020.
- A FRANÇA NO BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 30 jan. 2020.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ALEMANHA. **Verfassungem des Deutschen Reichs (1919-1933)**. Weimar: Die Verfassungen Deutschlands, 1919. Disponível em: <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AMARAL, Sergio Tibiriçá; GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro. **Organização dos Poderes e suas Funções Típicas e Atípicas segundo a Constituição Federal de 1988**. In IV Encontro de Iniciação Científica e III Encontro de Extensão Universitária. Presidente Prudente: Intertemas, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1685>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- ARAÚJO, Paulo Magalhães. **Bicameralismo: história, conceito e funções nos governos contemporâneos**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudo Políticos, 2017. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/439>. Acesso em: 06 fev. 2020.
- ARISTÓTELES. **A Política**. 4ª Ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. Ao julgador cabe interpretar a lei, mas não a reescrever. **JOTA**, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/39348378/Legalidade_penal_e_a_homofobia_subsumida_ao_crime_de_racismo_um_truque_de_ilusionista_Ao_julgador_cabe_interpretar_a_lei_mas_n%C3%A3o_a_reescrever?auto=download. Acesso em: 02 set. 2020.

BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Editora Armador, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e legitimidade democrática. Salvador: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020

Beccaria, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BISCH, Isabel da Cunha. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Legislação. MP em Dia**. Boletim eletrônico que reúne informações sobre as Medidas Provisórias editadas pelo Poder Executivo, 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/mpemdia>. Acesso em: 27 abr. 2020.

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

BRASIL. **Constituição do Estado de Santa Catarina, de 1989**. Florianópolis: Assembleia Legislativa, 2015. Disponível em: http://www.alesc.sc.gov.br/sites/default/files/CESC%202015%20-%2069%20e%2070%20emds_0.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição do Estado de Tocantins, de 1989**. Palmas: Assembleia Legislativa, 2003. Disponível em: <https://central3.to.gov.br/arquivo/61508/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm. Acesso em: 30 jul. 2020

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009**. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF em Pouso Alegre (MG) arquiva investigação sobre ofensa a ministros do STF**. Pouso Alegre: Ministério Público Federal, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-em-pouso-alegre-mg-arquiva-investigacao-sobre-ofensa-a-ministros-do-stf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF pede arquivamento de investigação oriunda do “inquérito das fake news”, do STF**. São Paulo: Ministério Público Federal, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-sp-pede-arquivamento-de-investigacao-oriunda-do-201cinquerito-das-fake-news201d-do-stf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal – Procuradoria-Geral da República. **Inquérito nº 4.781/DF. N.º 509/2019 – LJ/PGR**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Procuradoria-Geral da República promove o arquivamento deste inquérito. Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge, 16 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf>. Acesso 19 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 425/TO**. Partido do Movimento Democrático Brasileiro –PMDB, Gastão do Bem, Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins, Governador do Estado do Tocantins. Pleno. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 04 de setembro de 2002. Informativo do STF N. 280. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266350>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25**. Governador do Estado do Pará e Congresso Nacional. Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Celso de Mello na ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Partido Popular Socialista, Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4.781/DF**. Decisão rejeita pedido de arquivamento do inquérito 4781 da Procuradoria-Geral da República. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Data da decisão: 16 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-rejeita-arquivamento.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 742/PA**. Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, Eduardo Suzuki Sizo e outro (a/s), Congresso Nacional. Pleno. Relator Eros Grau. Data de Julgamento: 25 de outubro de 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 2509 AgR/MG**. Bruno Diniz Antonini e Relatora da PET 2475-3 do Supremo Tribunal Federal e outros. Pleno. Ministro Relator Celso de Mello. Data de julgamento: 18/02/2004. Data de publicação: 25/06/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97269/false>. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. 1980. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BOBBIO. Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Antônio Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, v.1 parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARBONELL, Miguel. **Derechos Fundamentales y Activismo Judicial em América Latina**. In Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Colômbia: VC Editores Ltda, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2011. p. 279-304.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 02 set. 2020.

DELLORE, LUIZ. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Equipe Forense, 2018.

DWORKIN Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda a semana do Supremo e sua investigação de ofício. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/entenda-semana-supremo-investigacao-oficio>. Acesso em: 18 ago. 2020.

MACHADO, Carlos Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição**. São Paulo: Atlas, 1999

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O Ativismo Judiciário e a Separação de Poderes. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 4 (2018), nº 5, p. 917-926. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_0917_0925.pdf. Acesso em: 03 set. 2020.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTESQUIEU, Baron. **O espírito das leis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in) determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes, e histórico das Constituições**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa (1976)**. Lisboa: Assembleia da República, 1976. Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx>. Acesso em: 17 jun. 2020.

POUND, Roscoe. **Liberdades e garantias constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

REBEC, Benjamin Constant. **De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos**. In Escritos Políticos (Estúdio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sanchez Mejía). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

REDE SUSTENTABILIDADE. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rede-adpf-inquerito-ameacas-ministros.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de; BARRETTO, Vicente de Paulo. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte**. Revista da Faculdade de Direito de Franca: Franca, 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/beatr/Downloads/62-293-1-PB.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revita dos Tribunais, 1990.

TSEBELIS, George.; MONEY, Jeannette. **Bicameralism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **A separação dos Poderes na Constituição Americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

VEIGA, Edilson. **Há 30 anos, OMS retirava homossexualidade da lista de doenças**. Deutsche Welle, 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/h%C3%A1-30-anos-oms-retirava-homossexualidade-da-lista-de-doen%C3%A7as/a-53447329>. Acesso em: 01 set. 2020.