

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

CÁSSIA BEATRIZ ROSA ARANTES PEREIRA

ATIVISMO JUDICIAL: UM OLHAR CONTEMPORÂNEO

**CURITIBA
2021**

CÁSSIA BEATRIZ ROSA ARANTES PEREIRA

ATIVISMO JUDICIAL: UM OLHAR CONTEMPORÂNEO

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel de Direito do Centro
Universitário Curitiba.**

Orientador: Me. Dr. Bortolo Valle.

**CURITIBA
2021**

CÁSSIA BEATRIZ ROSA ARANTES PEREIRA

ATIVISMO JUDICIAL: UM OLHAR CONTEMPORÂNEO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. Me. Dr. Bortolo Valle

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de

de 2021.

**Aos meus pais, Paulo e Maria Cecília, e à
minha irmã, Paula, com imensuráveis,
infinitos e incondicionais amor, gratidão e
admiração.**

AGRADECIMENTOS

Um sólido e profundo trabalho exige demasiado tempo, esforço e diligência. Entre a primeira abstração que se manifesta como reflexão e o momento no qual as elucubrações restam integralmente concatenadas, há uma trajetória flexuosa. No entanto, o meu caminho foi atenuado por admiráveis e extraordinárias pessoas sem as quais não teria sido possível finalizar esta etapa com tanto regozijo e satisfação. A estas pessoas que em tanto me ampararam, auxiliaram e em muito contribuíram para a minha formação como pessoa e acadêmica, não há vocábulo que melhor expresse o que eu sinto senão **obrigada**. Desta maneira, jazem aqui os meus mais sinceros agradecimentos:

aos Professores Bortolo Valle e Luiz Gustavo de Andrade por todas as orientações que me foram feitas para a elaboração do estudo que segue e pelo muito que ajudaram na minha formação neste curso;

à toda a minha família, em especial, à minha amada mãe, Maria Cecília, meu – mais precioso – excelso e eterno exemplo de ser humano e de profissional, sem quem nada disto poderia ter sido possível; à minha saudosa e viva lembrança, meu pai, Paulo, luz da minha vida que trago dentro de mim aonde quer que eu vá; à minha homérica irmã, Paula, pela real irmandade e incessantes ajuda, paciência, carinho e felicidade; à Bel, por tudo e tanto que sempre me ensinou;

ao meu companheiro de vida, Maximilian, por todo o amor, suporte, e por tudo que somos e construímos juntos;

aos meus queridos amigos, principalmente, à Ariadne Bogo, à Bárbara Dal Pont, à Isabela Zago, à Rafaelle Becker e a Marcel Grossmann, pela fraternidade, intimidade, aliança, sinceridade, pelos aprendizados e histórias que juntos assimilamos e confeccionamos, e, sobretudo, pelos constantes apoio e consideração.

a todos os membros do Centro Universitário Curitiba com quem tive o prazer de conviver e aprender profundamente pelos últimos cinco maravilhosos anos dentro da Instituição;

e, a toda a comunidade científica que propicia e irradia tantos conhecimentos, dentre os quais pude extrair inúmeros aprendizados que me viabilizaram a escrever o

escrito abaixo apresentado, e que permanentemente enriquecem a minha vida através da erudição, da ciência e dos valores transmitidos.

*Você tem que agir como se fosse possível
transformar radicalmente o mundo. E você tem que
fazer isso o tempo todo.*

Angela Davis.

RESUMO

O presente estudo tem como escopo analisar a legitimidade – ou não – do fenômeno do ativismo judicial frente às anomias e inconstitucionalidades omissivas e comissivas do Poder Público. Para tanto, é exposto o conceito jurídico-sociológico de anomia contido na obra “Da Divisão do Trabalho Social”, de Émile Durkheim, com o objetivo de identificar as situações anômicas lá descritas dentro do corrente cenário político brasileiro, de forma a relacionar as moras dos Poderes Legislativo e Executivo à ocorrência do citado ativismo. Neste diapasão, enfrentam-se os temas de anomias políticas e legislativas para, num momento subsequente, ser estudado o princípio da separação dos Poderes da República, sua relevância no desenrolar da história, atual concepção e papel no ordenamento jurídico pátrio. Este princípio revela-se importantíssimo para a análise da matéria aqui discutida, posto que existem distintas capacidades institucionais para cada um dos três Poderes da República e, concomitantemente, uma tênue linha entre julgar, legislar e executar, a qual delimita as atribuições eventualmente usurpadas, sendo, portanto, extremamente necessário preservar os limites da jurisdição constitucional frente às funções políticas dos respectivos Poderes, para que não haja indevida apropriação delas. Na sequência, são examinados o controle de constitucionalidade, o Estado de Coisas Inconstitucional, a judicialização da política, o ativismo judicial e as correntes filosóficas mais relevantes sobre o tema da extensão da jurisdição constitucional, quais sejam, procedimentalismo e substancialismo. Ao final, são trazidos à luz julgados do Supremo Tribunal Federal, para retratar o fenômeno aqui discutido: ativismo judicial. O trabalho se desenvolve sob a égide da Constituição Federal de 1988, estando, conseqüentemente, em conformidade com a exegese ontológica e jurídico-normativa dos princípios fundamentais garantidores e fins últimos de um Estado Democrático, dentre os quais destacam-se o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da justiça, da cidadania, da solidariedade, da proibição à discriminação de qualquer gênero, da estrita legalidade, da livre manifestação do pensamento, da proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante, da proteção dos direitos fundamentais, da separação dos Poderes e da segurança jurídica.

Palavras-chave: Anomia Política. Princípio da Separação dos Três Poderes. Controle de Constitucionalidade. Estado de Coisas Inconstitucional. Judicialização da Política. Ativismo Judiciário. Procedimentalismo e Substancialismo. Constituição Federal. Estado Democrático de Direito. Garantias e Direitos Fundamentais. Princípios Constitucionais. Julgados do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the legitimacy - or not - of the phenomenon of judicial activism in face of the omissions and unconstitutionality of the Public Power. For this purpose, the legal-sociological concept of anomie contained in the work "The Division of Labor in Society", by Émile Durkheim, is exposed with the objective of identifying the anomalous situations described there within the current Brazilian political scenario, in order to relate the debts of the Legislative and Executive Powers to the occurrence of the aforementioned activism. In this vein, the themes of political and legislative anomies are faced in order to, in a subsequent moment, be studied the principle of separation of the Powers of the Republic, its relevance in the unfolding of history, current conception and role in the national legal system. This principle proves to be extremely important for the analysis of the matter discussed here, since there are distinct institutional capacities for each of the three Powers of the Republic and, at the same time, a fine line between judging, legislating and executing, which delimits the powers that may be misused, therefore, it is extremely necessary to preserve the limits of constitutional jurisdiction in view of the political functions of the respective Powers, so that there is no undue appropriation of them. Then, the control of constitutionality, the Unconstitutional State of Things, the judicialization of politics, judicial activism and the most relevant philosophical currents on the subject of the extension of constitutional jurisdiction, namely proceduralism and substantialism, are examined. In the end, judgments from the Supreme Federal Court are brought to light, to portray the phenomenon discussed here: judicial activism. The work is carried out under the aegis of the Federal Constitution of 1988, being, consequently, in conformity with the ontological and legal-normative exegesis of the fundamental principles guaranteeing and ultimate ends of a Democratic State, among which it stands out the dignity of the person, freedom, equality, justice, citizenship, solidarity, the prohibition of discrimination of any kind, the strict legality, the free expression of thought, the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment, the protection of fundamental rights, the separation of powers and legal security.

Keywords: *Political Anomie. Principle of Separation of the Three Powers. Constitutionality Control. Unconstitutional State of Things. Judicialization of Politics. Judicial Activism. Proceduralism and Substantialism. Federal Constitution. Democratic State. Fundamental Rights and Warranties. Constitutional Principles. Judges by the Supreme Federal Court.*

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
1 INTRODUÇÃO	10
2 ANOMIA	12
2.1 DO CONCEITO JURÍDICO-SOCIOLÓGICO DE ANOMIA NA OBRA DE DURKHEIM	20
2.2 DA ANOMIA POLÍTICA.....	22
2.3 DA ANOMIA LEGISLATIVA.....	34
3 ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES	40
3.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES	40
3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL.....	63
3.2.1 Controle de Constitucionalidade.....	63
3.2.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade	74
3.2.1.2 Interpretação conforme a Constituição	83
3.2.1.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	85
3.2.1.4 Ação Declaratória de Constitucionalidade	88
3.2.1.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Estado de Coisas Inconstitucional.....	90
3.2.2 Judicialização da Política e Ativismo Judicial	106
3.3 ATIVISMO PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA	115
4 AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA E ATIVISMO	125
4.1 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA	125
4.2 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO	146
4.3 ATIVISMO NA PANDEMIA DA COVID-19.....	159
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	173
REFERÊNCIAS	181

1 INTRODUÇÃO

O ativismo do Poder Judiciário no que tange à resolução de questões constitucionalmente políticas é questão bastante controversa e atual, eis que, consoante se infere do texto constitucional, o referido Poder não tem, a princípio, incumbências para tal, uma vez que juízes não são eleitos pela população e, à vista disto, do Estado Democrático de Direito e dos Princípios da Separação dos Poderes e da Legalidade, inexistem, no rol de funções de tal Poder, a prerrogativa de legislar. Nota-se, pois, de um lado, uma anomia política e, de outro, a atuação do Judiciário como legislador positivo (considerada verdadeira usurpação de função) acerca de matérias que não podem se ver postergadas e, enfim, uma inobservância/violação dos Princípios Constitucionais da Legalidade, da Independência dos Poderes e da Primazia da Constituição Federal.

À vista disso, o presente trabalho tem como propósito fazer uma análise sobre a situação fático-jurídica brasileira, no sentido de deslindar se o aludido ativismo surge no cenário contemporâneo como uma consequência das anomias legislativas e governamentais que se verificam. Assim sendo, o objetivo geral pretendido por meio desta pesquisa consiste em estudar e explicar os conceitos jurídico-sociológico de anomia na obra de Durkheim e de anomia legislativa, de forma a relacionar a omissão do Poder Legislativo ao fenômeno do ativismo judicial no contexto político e social brasileiro, levando em consideração princípios constitucionais fundamentais. Outrossim, foram determinados os seguintes objetivos específicos: a) apresentar uma síntese da obra “Da Divisão do Trabalho Social”, de Émile Durkheim, expondo o conceito jurídico-sociológico de anomia trazido pelo autor, bem como discorrer a respeito de anomia política e anomia legislativa; b) confrontar o ativismo judicial com o Princípio da Separação dos Poderes; e c) ponderar a ausência de norma regulamentadora e o fenômeno de judicialização através do estudo de casos julgados e em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF).

Diante desses objetivos, optou-se por dividir o estudo que se expõe em três capítulos. Num primeiro momento, fez-se a anunciada análise da obra de Émile Durkheim (“Da Divisão do Trabalho Social”), a fim de extrair o seu conceito de anomia e fazer uso desta acepção para definir a existência de um estado anômico no Brasil, com a finalidade

de, concomitantemente, identificar a sistemática necessária para fazer cessar as multicitadas anomalias.

Consoante o entendimento de Durkheim, é essencial que haja uma específica divisão do trabalho para propiciar o pleno desenvolvimento governamental – e social –, o qual exige uma relação de solidariedade entre os indivíduos e os órgãos estatais, a fim de viabilizar o progresso pessoal e, conseqüentemente, o do corpo social como um todo. Ainda, frisa-se a impossibilidade de desenvolvimento do trabalho caso inexista regulamentação definindo as peculiaridades, os deveres e os direitos inerentes a cada uma das funções exercidas por cada uma das instituições. Este estado de anomia causado pela inexistência de regulamentação ou obsolescência desta frente às demandas sociais, é que inaugura e norteia, respectivamente, o estudo e a apresentação deste trabalho.

No segundo capítulo, foi realizada uma recapitulação histórica do Princípio Fundamental da Separação de Funções, com o intuito de explanar o seu papel no desenrolar da trajetória da humanidade e quais são seus respectivos encargos no vigente Estado Democrático de Direito brasileiro. Posteriormente, abordou-se o controle de constitucionalidade no Brasil e o Estado de Coisas Inconstitucional, com o intuito de se chegar nos conceitos de ativismo judicial, judicialização da política e motivos pelos quais tais fenômenos ocorrem. À vista de tais conceitos e considerações fez-se, concomitantemente e como encerramento do citado capítulo, uma análise das correntes constitucionais filosóficas mais destacadas sobre o tema, quais sejam: procedimentalismo e substancialismo.

Outrossim, ao final será apresentada análise casuística para a apuração do melhor desenlace em relação ao ativismo judicial à luz da ineficácia normativa e, principalmente, sob o prisma de princípios como a justiça, a ética, a igualdade, a liberdade, e dos direitos fundamentais como um todo. Em suma, visa-se a averiguar a efetiva (i)legitimidade do ativismo judicial com base na Carta Magna, nas constantes transformações sociais e na indispensabilidade da promoção da inclusão social e da concretização dos direitos da maioria.

2 ANOMIA

O conteúdo que se revela mais significativo para o presente trabalho é o estado de **anomia** que se denota quando da ausência de regramentos que atendam às necessidades sociais.

Nada obstante, algumas considerações preliminares mostram-se importantes no que tange à obra em epígrafe (“Da Divisão do Trabalho Social”), a qual tem como finalidade estabelecer a razão pela qual a **divisão do trabalho** se desenvolveu ao decorrer da história; como é evidenciada em determinadas sociedades; a relação e a influência que apresenta nas sociedades mais desenvolvidas e chamadas “inferiores”, e quais são suas causas. Ainda, pontuam-se os **desregramentos sociais** produto da referida divisão, cuja imprescindibilidade quando da constituição de uma sociedade é inafastável.

A produção literária é separada em três Livros, emergindo a relevância de fazer breves explanações a respeito dos Livros I e II com a finalidade de esclarecer o desenvolvimento da abstração de Durkheim e viabilizar o entendimento da parte aqui pertinente, qual seja, o conceito de **anomia** abarcado pelo Livro III.

Como fundamento do estado de não regulamentação, pontua-se que este favorece o exercício e a prosperidade da liberdade individual, o que, em verdade, não se verifica. O que ocorre é exatamente o oposto, uma vez que é **dever** da regra social impedir/obstruir abusos de poder, de forma tal que nota-se o pleno desenvolvimento da **liberdade justa** por intermédio de regulamentação que imponha o respeito mútuo entre os indivíduos que vivem em sociedade, colocando-os em patamar de igualdade.¹ Nesse sentido, uma regra não consiste somente num modo de agir habitual mas é, sobretudo, uma maneira de agir obrigatória que não comporta, senão em casos de excepcionalidade, discricionariedade individual (DURKHEIM, 2016, p. 16).

Consoante Durkheim, um corpo de normas, seja ele jurídico ou moral, reflete as dificuldades e deficiências de determinada população e, tais necessidades só podem ser reconhecidas pelo próprio corpo social em que se inserem. Destarte, para o referido

¹ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução de Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: Edipro, 2016. p. 14.

autor, “para que a anomia acabe, é preciso, portanto, que haja ou se forme um grupo no qual se possa constituir o sistema de regras que atualmente não existe.”². Posto isso e, à vista de tais observações, redigir-se-á, doravante, a respeito dos Livros que propiciarão o entendimento das convicções de Durkheim e seu conceito de anomia.

Primordialmente, **no Livro I**, conceitua-se que a divisão do trabalho social tem como função principal possibilitar a existência de uma civilização (é o fundamento de uma sociedade e a maneira pela qual ela é organizada), e, em decorrência disso, ela propicia o progresso intelectual e substancial de determinada cultura, ampliando a produtividade, a capacidade, e a maestria do trabalho realizado. A esse respeito, tem-se que:

[a divisão do trabalho remete] suas origens a um passado infinitamente distante, uma vez que ela se torna quase contemporânea do advento da vida no mundo. Já não é apenas uma instituição social que tem sua origem na inteligência e na vontade dos homens, mas um fenômeno de biologia geral cujas condições, ao que parece, devem ser buscadas nas propriedades essenciais da matéria organizada. A divisão do trabalho social passa a aparecer apenas como uma forma particular desse *processo geral*, e as sociedades, ao se conformarem a essa lei, parecem ceder a uma corrente que surgiu bem antes delas e que arrasta no mesmo sentido todo o mundo vivo.³

Outra razão de ser da divisão do trabalho social é explicada pelo sociólogo francês através de relações de amizade e de vínculos conjugais. Esses elos que são criados por similitudes e até mesmo dessemelhanças (quando complementadoras entre si) encontram embasamento na seara moral dos indivíduos, não contendo em si qualquer aspecto e/ou finalidade econômicas, o que mostra um diferente papel exercido pela divisão do trabalho, qual seja, o de “criar entre duas ou mais pessoas um sentimento de solidariedade”⁴. Ressalta-se aqui, que a consequência mais importante da divisão do trabalho é a **solidariedade** advinda da separação de funções, esta que, quando verificada, possibilita uma elevação do nível de rendimento laboral⁵.

Ao tocar no ponto supramencionado (solidariedade advinda da divisão do trabalho social), o autor busca esclarecer a verdadeira relevância da divisão do trabalho social explicando que esta vai muito além de favorecer interesses econômicos e que, sem ela,

² DURKHEIM, 2016. p. 17.

³ Ibid., p. 49-58.

⁴ Ibid., p. 63.

⁵ Ibid., p. 67.

sociedades nos moldes contemporâneos seriam ineficazes. Isso ocorre, pois a espécie humana contempla seres sociais, interdependentes entre si e que evoluíram social e separadamente (biologicamente), criando vínculos de solidariedade que visam a se perpetuar no tempo, não sendo esta – solidariedade – evidenciada somente sob circunstâncias favoráveis de retribuição ou troca⁶. Neste sentido, para Auguste Comte:

[a divisão do trabalho] ela leva imediatamente a ver não apenas os indivíduos e as classes, mas também, sob muitos aspectos, os diferentes povos como participando ao mesmo tempo, segundo um modo próprio e um grau específico, exatamente determinado, de uma obra imensa e comum, cujo inevitável desenvolvimento gradual liga também os cooperadores atuais à série de seus predecessores e até mesmo à série de seus diversos sucessores. Portanto, é a repartição contínua dos diferentes trabalhos humanos que constitui principalmente a solidariedade social e que se torna a causa elementar da extensão e da complexificação crescente do organismo social.⁷

Posteriormente, Durkheim preocupa-se em classificar as regras jurídicas em duas espécies, sendo elas: aquelas que geram **sanções repressivas** (as que encerram o direito penal, punitivo, privativo de liberdade ou de qualquer outro direito do qual goza abusivamente) e que geram uma solidariedade mecânica; e as que contêm **sanções repressivas** (estas não possuem caráter sancionador, este tipo de sanção “[...] não implica necessariamente um sofrimento do agente, mas consiste apenas no restabelecimento do estado das coisas, no restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal”⁸; são regras que contemplam o direito constitucional, o direito administrativo, o direito civil e o direito processual), e, por sua vez, reproduzem uma solidariedade orgânica, negativa.

Em razão de o Direito retratar os tipos mais relevantes de solidariedade no meio social, a citada divisão de normas mostra-se completamente necessária para que seja possível, a partir dela, desvendar a solidariedade contida em cada uma das espécies⁹. O crime, por sua vez, é uma ação humana que foi tipificada especificamente por ir contra o que estabelece a **consciência coletiva**, sendo ela o motivo pelo qual determinada

⁶ DURKHEIM, 2016. p. 58.

⁷ COMTE, Auguste. *Cours de philosophie positive*, IV, p. 425 apud DURKHEIM, 2016. p. 69.

⁸ DURKHEIM, op. cit., p. 70

⁹ Ibid., p. 74-80.

conduta é reprovada e punida no meio social de uma sociedade. Sob essa perspectiva, são caras as palavras de Durkheim:

[...] devemos sempre voltar à consciência coletiva; é dela que, direta ou indiretamente, decorre toda criminalidade. O crime não é apenas a lesão de interesses até mesmo importantes, é uma ofensa contra uma autoridade de certo modo transcendente. Ora, experimentalmente, não há força moral superior ao indivíduo, exceto a força coletiva.¹⁰

A pena, paralelamente, consiste numa “reação passional, de intensidade graduada”¹¹ que é aplicada a membros da sociedade que transpassam a moral social, de forma a praticarem delitos e, em consequência, serem julgados por estes através de um **corpo constituído**. Ressalta-se que tais condutas consideradas criminosas são reprovadas e definidas desta forma tão somente em virtude do que manda a consciência social de determinada coletividade. Assim sendo, afirma-se que existe uma **solidariedade** no que diz respeito à vontade social, de forma que esta representa não somente a vontade de um indivíduo isolado, mas sim, o sentimento coletivo. Portanto, conforme a lição de Émile Durkheim, as condutas ofensivas à moralidade pública são materializadas através do **direito repressivo**, o qual traduz todas as “similitudes sociais mais essenciais”¹² para manter um estado de coesão social.

Em contrapartida, o **direito restitutivo** contém regras que regulam relações jurídicas sociais e tem como objeto a reparação de eventuais prejuízos (decorridos, por exemplo, do descumprimento de uma obrigação contratual), e também, impedir que estes se desenrolem. Isso ocorre através de regras que versam a respeito de direitos reais e de vínculos interpessoais constituídos com esta finalidade, sob a luz de tais direitos¹³. Com efeito, são duas as classes de solidariedade advindas desses tipos de direito (restitutivo e repressivo), quais sejam:

1.^a A primeira liga diretamente o indivíduo à sociedade, sem nenhum intermediário [direito repressivo]. Na segunda, ele depende da sociedade, porque depende das partes que a compõem [direito restitutivo].

2.^a A sociedade não é vista sob o mesmo aspecto nos dois casos. No primeiro, o que se chama por esse nome é um conjunto mais ou menos organizado de

¹⁰ DURKHEIM, 2016. p. 88.

¹¹ Ibid., p. 97.

¹² Ibid., p. 99-106.

¹³ Ibid., p. 115-116.

crenças e de sentimentos comuns a todos os membros do grupo: é o tipo coletivo. Ao contrário, a sociedade de que somos solidários no segundo caso é um sistema de funções diferentes e específicas unidas por relações definidas [direito repositivo]. Essas sociedades, aliás, são uma coisa só. São duas faces de uma única e mesma realidade, mas que também devem ser distinguidas.¹⁴

No entanto, nota-se, ao decorrer da história da humanidade, que o indivíduo se diferencia cada vez mais ao passo que a divisão do trabalho evolui¹⁵, e que, a convivência em sociedade advém de duas seguintes fontes: da **similitude das consciências e da divisão do trabalho social**. A **similitude das consciências** evidencia a confusão entre si dos indivíduos, posto que estes não possuem individualidade própria e, por terem sentimentos da mesma natureza, agrupam-se e criam **regras jurídicas repressivas** que representam a vontade social e estabelecem os parâmetros que devem ser seguidos e respeitados por todos. Já a **divisão do trabalho social** se dá porque “mesmo tendo uma fisionomia e uma atividade pessoais que o distinguem dos outros, o indivíduo depende desses outros na exata medida em que deles se distingue e, por conseguinte, da sociedade resultante de sua união”¹⁶. Da divisão do trabalho em si, extraem-se **regras jurídicas repositivas** que preveem medidas reparadoras em casos de desrespeito à jurisdição estabelecida (sem finalidade de castigo), e que regulam as relações entre as diferentes profissões e suas respectivas naturezas.

Concomitantemente aos grupos de regras supramencionados, tem-se, no cerne do corpo social, um conjunto de **regras morais** que exprimem a opinião pública e que, mesmo nos casos em que tais concepções morais não geram sanções (direito repositivo), são dotadas de imperatividade por representar a moral profissional e, assim sendo, respeitadas coletivamente a fim de fazer com que o indivíduo aja solidariamente, observando interesses que não são somente seus. A esse respeito:

Cada uma das funções que exercem é, de modo constante, dependente das outras e forma com elas um sistema solidário. Consequentemente, da natureza da tarefa escolhida derivam deveres permanentes. Por cumprirmos determinada função doméstica ou social, estamos envolvidos em uma rede de obrigações da qual não temos o direito de nos livrar. Há, em especial, um órgão perante o qual nosso estado de dependência sempre aumenta: o **Estado**. Os pontos pelos quais

¹⁴ DURKHEIM, 2016. p. 124.

¹⁵ Ibid., p. 131.

¹⁶ Ibid., p. 209.

estamos em contato com ele multiplicam-se assim como as ocasiões em que ele tem a incumbência de nos chamar ao sentimento da solidariedade coletiva.¹⁷

Conclui-se, pois, que o indivíduo **depende** da sociedade e, não sendo auto suficiente, para que seja possível conviver, é necessário que todos sacrifiquem suas vontades individuais pela social, que sejam altruístas de forma a relacionarem-se entre si de “maneira sólida e duradoura”¹⁸, recebendo, portanto, tudo aquilo que precisam da sociedade e trabalhando por ela, de forma a garantir a prosperidade da vida do corpo social.

No Livro II, Durkheim busca explicar as causas e condições que propiciam o progresso social. Após análise a respeito da felicidade e sua influência no que diz respeito ao desenvolvimento da divisão do trabalho, conclui que não existe vínculo algum entre as variações daquela e esta última.¹⁹

Ademais, ao passo que as partes sociais segmentárias (as quais se originam através das similitudes sociais) perdem sua individualidade e vão permeabilizando-se entre si, verifica-se um aumento na divisão do trabalho, uma vez que a transposição dos diferentes segmentos sociais que separam a sociedade segmentária (nesta estão contidas diferentes crenças/ideologias pertencentes a grupos distintos que se assemelham exatamente, *a priori*, pelas semelhanças que apresentam), possibilita que os indivíduos façam novas combinações e relacionem-se entre si de diferentes maneiras, resultando, portanto, um progresso na divisão do trabalho social²⁰.

Lado outro, indaga-se se o volume do corpo social é um fator contributivo para a evolução da divisão do trabalho e tem-se que:

A divisão do trabalho varia na razão direta do volume e da densidade das sociedades, e se ela progride de maneira contínua ao longo do desenvolvimento social, é porque as sociedades tornam-se regularmente mais densas e, de modo geral, mais volumosas.²¹

Assim sendo, nota-se que o volume em si (crescimento do número de indivíduos) não contribui para a divisão do trabalho se não houver, sincronicamente, uma

¹⁷ DURKHEIM, 2016. p. 211.

¹⁸ *Ibid.*, p. 211.

¹⁹ *Ibid.*, p. 230.

²⁰ *Ibid.*, p. 235.

²¹ *Ibid.*, p. 240.

interação/cooperação mais acentuada entre os indivíduos daquela sociedade. Em outras palavras, quando há o adensamento da população e, paralelamente, seu aumento, evidencia-se a prosperidade da divisão do trabalho.²² À vista disso:

[...], não resta nenhum outro fato variável além da quantidade de indivíduos em relação e sua proximidade material e moral, isto é, o volume e a densidade da sociedade. Quanto mais numerosos e quanto mais estreitamente exercem sua ação uns sobre os outros, mais eles reagem com força e rapidez; por conseguinte, mais a vida social torna-se intensa. Ora, é essa intensificação que constitui a civilização.²³

Não obstante, insta salientar que a divisão do trabalho não é senão um resultado de uma cooperação entre os indivíduos, ou seja, é um “[...] fenômeno posterior e derivado de causas mecânicas e forças impulsivas que aproximam o homem, como a afinidade do sangue, o apego a um mesmo solo, etc.”²⁴. Desta forma, é necessário que as segmentações sociais se unam em razão de similitudes que apresentam para que possam, ulteriormente, se diferenciar e efetivamente dividirem entre si as funções necessárias à coletividade em decorrência de mudanças verificadas na vida social. Nesta perspectiva:

A vida coletiva não se originou da vida individual; ao contrário, foi a segunda que surgiu da primeira. É apenas com essa condição que se pode explicar como a individualidade pessoal das unidades sociais pôde se formar e crescer sem desagregar a sociedade.²⁵

Mesmo à vista de tais fatores, revela-se que não existe unicamente a necessidade de novas gerações para que haja inovações na vida em sociedade, é crucial que estas não sejam tão apensadas/ligadas às praxes e tradições, enfim, às maneiras de viver das gerações passadas. Tem-se, em decorrência disso, que a barreira a ser superada aqui pela divisão do trabalho é a “comunidade de crenças e de práticas”, e, sobre isso:

Enquanto os diversos segmentos, ao conservarem sua individualidade, permanecem fechados uns aos outros, cada um deles limita estreitamente o horizonte social dos indivíduos. [...]. Mas, **à medida que a fusão dos segmentos torna-se mais completa, as perspectivas ampliam-se, e tanto mais quanto**

²² DURKHEIM, 2016. p. 246.

²³ Ibid., p. 309.

²⁴ Ibid., p. 254.

²⁵ Ibid., p. 256.

no mesmo momento a própria sociedade torna-se geralmente mais extensa [grifos meus].²⁶

Sob outra perspectiva, existe uma última causa (fator secundário) que é analisada pelo autor com o fim de constatar se esta exerce ou não influência sobre o desenvolvimento da divisão do trabalho social, qual seja, a hereditariedade. Segundo o sociólogo, ela atrapalha a evolução das sociedades nas quais o trabalho é organizado conforme a “raça”²⁷, conforme a casta à qual a pessoa pertence segundo sua hereditariedade, ou seja, a hereditariedade constitui um obstáculo para a progressão da divisão do trabalho social; sucintamente:

Por conseguinte, quanto mais específicas são as faculdades, mais dificilmente são transmissíveis; ou, se elas conseguem passar de uma geração a outra, não podem deixar de perder força e precisão. São menos irresistíveis e mais maleáveis; em consequência de sua maior indeterminação, elas podem mudar com mais facilidade sob a influência das circunstâncias familiares, de fortuna, de educação etc. **Em resumo, quanto mais as formas da atividade se especializam, mais escapam à ação da hereditariedade [grifos meus].²⁸**

Por fim, não obstante haja análise de fatores que possuem relação de influência (ou não) sobre a divisão do trabalho, conclui-se que o desenvolvimento dessa divisão se dá pelo aumento da massa social (em volume) combinado com o crescimento concomitante da densidade moral, de forma que os indivíduos exercem influência uns sobre os outros e mantêm uma relação de mutualismo entre si. Ademais, as consequências do que precede são tratadas no Livro subsequente, a seguir elucidado.

No último Livro (Livro III), Durkheim estuda as formas de trabalho anômicas, as patologias encontradas no fenômeno da divisão do trabalho social. A divisão do trabalho propicia uma elevada especialização das funções profissionais exercidas e, tal especialização, por sua vez, se desenvolvida demasiadamente acarreta uma desintegração do todo solidário. O órgão que tem a função de manter a unidade social mesmo num ambiente repleto de diversificações funcionais é o Estado, o governo. Nesse sentido, o autor cita Auguste Comte para explicar o propósito social do Estado e, para ele (Comte):

²⁶ DURKHEIM, 2016. p. 274-280.

²⁷ Expressão utilizada – de maneira muito infeliz – diversas vezes ao longo da obra em comento.

²⁸ DURKHEIM, op. cit., p. 282-286.

[parece] sobretudo consistir em controlar de modo suficiente e em prevenir o mais possível essa fatal disposição à dispersão fundamental das ideias, dos sentimentos e dos interesses, resultado inevitável do próprio princípio do desenvolvimento humano, e que, se pudesse [tal fatal disposição] seguir sem obstáculos seu curso natural, acabaria inevitavelmente interrompendo a progressão social sob todos os aspectos importantes [grifos meus]. Essa concepção constitui, a meu ver, a primeira base positiva e racional da teoria elementar e abstrata do governo propriamente dito, considerado em sua mais nobre e mais completa extensão científica, ou seja, caracterizado em geral pela reação universal necessária, antes espontânea e em seguida regularizada, do todo sobre as partes. Está claro, com efeito, que o único meio real de impedir tal dispersão consiste em erigir essa indispensável reação em nova função especial, suscetível de intervir de maneira conveniente na realização habitual de todas as diversas funções da economia social, para fazer que incessantemente voltem-se para ela o pensamento do grupo e o sentimento da solidariedade coletiva.²⁹

Por conseguinte, nota-se a importância do papel governamental no desenvolvimento da divisão do trabalho e a necessidade mecânica³⁰ de controle por parte deste em relação à dispersão que se verifica a fim de manter um estado de solidariedade interna coletiva. A respeito da função estatal e de sua relevância no que diz respeito à divisão do trabalho e as formas anômicas desta, tratar-se-á nos subcapítulos seguintes.

2.1 DO CONCEITO JURÍDICO-SOCIOLÓGICO DE ANOMIA NA OBRA DE DURKHEIM

Consoante Durkheim, para que seja possível o pleno desenvolvimento governamental, é imprescindível que o trabalho seja explícita e pontualmente dividido, que haja solidariedade entre as pessoas e os órgãos, que elas sintam esta relação de dependência entre si e colaborem a fim de propiciar o progresso individual e, conseqüentemente, do corpo social como um todo. À vista disso, não é possível que o trabalho se desenvolva e se divida da maneira necessária se não existe regulamentação que defina as peculiaridades, os deveres e os direitos de cada função exercida. Assim sendo, é preciso que o Estado exerça tal ação reguladora, uma vez que apenas ele possui esta prerrogativa³¹.

Ainda, tem-se que uma legislação geral não é capaz de revelar a realidade dos fatos e suas especificidades ou resolver problemas ocasionados pela má divisão do

²⁹ COMTE, Auguste. *Cours de philosophie positive*, IV, p. 430 apud DURKHEIM, 2016. p. 328.

³⁰ DURKHEIM, 2016. p. 326-329.

³¹ Ibid., p. 330.

trabalho social, pela imperfeita solidariedade que surge quando as funções e seus respectivos deveres não são bem delimitados. Neste sentido:

Sabemos de fato que, por todo lugar que se observa, encontra-se ao mesmo tempo uma regulamentação suficientemente desenvolvida que determina as relações mútuas das funções. Para que a solidariedade orgânica exista, não basta que haja um sistema de órgãos necessários uns aos outros e que sintam de modo geral sua solidariedade, **é preciso ainda que a maneira como devem cooperar, se não em toda espécie de encontro, pelo menos nas circunstâncias mais frequentes, seja predeterminada.** *Caso contrário*, a cada instante seria necessário novas lutas para que eles pudessem se equilibrar, pois as condições desse equilíbrio só podem ser encontradas graças às tentativas ao longo das quais cada parte trata a outra pelo menos tanto como adversaria quanto como auxiliar. *Portanto, tais conflitos seriam incessantemente renovados e, por conseguinte, a solidariedade seria apenas virtual e as obrigações mútuas teriam de ser inteiramente debatidas de novo em cada caso particular [grifos meus].*³²

Durkheim explicita no trecho supracitado a relevância de regras predeterminadas que organizem o desenrolar da **cooperação entre as funções sociais**, para que estas não entrem em conflito e mantenham-se em equilíbrio ao exercerem os papéis que lhes são atribuídos. Destarte, é fundamental que a solidariedade social modere os conflitos que venham a surgir e que as regras definam as formas de agir perante determinadas circunstâncias gerais e contínuas da vida em sociedade. Desta forma, faz-se indispensável a delimitação dos direitos e deveres das respectivas funções, sendo estes concretizados na sociedade pelo próprio desempenho dos cargos pessoais, os quais se tornam, em razão de sua consuetudinarietà, obrigatórios, e, assim sendo, “[...] a regra não cria o estado de dependência mútua em que se encontram os órgãos solidários, mas apenas exprime-a de modo sensível e definido, em função de uma situação dada.”³³.

O estado de anomia, portanto, faz-se presente quando a mencionada regulamentação não existe, ou também, quando não acompanha o desenvolvimento da divisão do trabalho, leia-se, as normas existentes não são suficientes para regular e resolver situações problemáticas advindas da desarmonia que se instaura entre as atividades executadas³⁴. Evidencia-se, mais uma vez, a essencialidade de regras positivas prescritas pelo Direito que **governem e determinem** as ações dos indivíduos

³² DURKHEIM, 2016. p. 333.

³³ Ibid., p. 334.

³⁴ Ibid., p. 335.

responsáveis por exercer funções estatais (funcionários e servidores públicos), as quais são relevantes e afetam toda a sociedade. Sobre as rupturas de equilíbrio ocasionadas por esse estado anormal:

[...], essas perturbações [rupturas de equilíbrio] são naturalmente tanto mais frequentes quanto mais especializadas são as funções; **pois, quanto mais complexa é uma organização, mais se faz sentir a necessidade de uma regulamentação ampliada** [grifos meus].³⁵

À vista do referido estado de **indeterminação jurídica**, vislumbra-se a atual situação anômica na qual se encontra o Estado brasileiro, mais especificamente, o conflito e desvio de funções entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, o que será tratado subsequentemente.

2.2 DA ANOMIA POLÍTICA

Contemporaneamente, o ativismo do Poder Judiciário, em geral evidenciado nos Tribunais Superiores, causa desequilíbrio institucional ao passo que ofende os Princípios da Separação dos Poderes e da Neutralidade Política do Judiciário. O dito *ativismo* advém de “uma forte pressão e mobilização política da sociedade”³⁶ para solução de questões imediatamente pertinentes à moral social, com o intuito de reforçar os princípios constitucionais garantidores e o próprio Estado Democrático de Direito. Assim sendo:

Se, por um lado, parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.³⁷

Com efeito, não obstante haja previsão constitucional do princípio da Separação dos Poderes, faz-se substancial uma nova organização de regras que abarque as necessidades da sociedade e harmonize o funcionamento regular das diversas funções de cada um dos Poderes. Conforme a orientação de Durkheim, é mandatário que os

³⁵ DURKHEIM, 2016. p. 335.

³⁶ WERNECK VIANNA, Luiz. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 17.

³⁷ Ibid., p. 19.

diferentes Poderes equilibrem-se e mantenham-se em contato entre si, sobretudo para que, no exercício de suas funções, não extrapolem suas competências, uma vez que, “[...] a divisão do trabalho pressupõe que o trabalhador, longe de permanecer debruçado sobre sua tarefa, não perca de vista seus colaboradores, aja sobre eles e deles receba influência”³⁸.

Ainda, neste mesmo diapasão, ressalta-se que os corpos sociais mais desenvolvidos têm como incumbência a propagação da equidade e o empreendimento da justiça em todos os âmbitos e relações sociais, isso porque, consoante Durkheim, as sociedades atuais possuem uma necessidade de justiça cada vez mais acentuada e, assim sendo, é imprescindível que a referida necessidade de justiça seja satisfeita para que haja, efetivamente, harmonia entre as funções e o livre desempenho das forças socialmente produtivas³⁹. Segundo o autor em comento, as liberdades individuais e sociais são frutos de uma regulamentação preestabelecida como resultado próprio da **ação social** e, para conclusão desta noção, aduz Durkheim:

Definitivamente, o que constitui a liberdade é a subordinação das forças exteriores às forças sociais; pois é apenas sob essa condição que estas últimas podem se desenvolver livremente. Ora, essa subordinação é muito mais a inversão da ordem natural. Portanto, só se pode realizar progressivamente à medida que o homem se eleva acima das coisas para ditar-lhes a lei, para despojá-las de seu caráter fortuito, absurdo e amoral, isto é, à medida que ele se torna um ser social. Pois o homem só pode escapar à natureza criando para si outro mundo, a partir do qual ele domina; esse mundo é a sociedade.⁴⁰

Portanto, a partir desta linha de raciocínio e, tendo a sociedade como finalidade central a concretização da justiça social, vislumbra-se uma descoordenação das funções dos Poderes no Brasil.

Conquanto haja nítida especialização das funções estatais subdividas entre os Poderes (em linhas gerais: a implementação de políticas públicas pelo Executivo e pelo Legislativo, bem como a elaboração de leis por este e a administração e gestão da sociedade por aquele; a interpretação e aplicação de leis pelo Judiciário, com o fim de solucionar casos trazidos à apreciação da máquina jurisdicional, isto é, a exaustiva

³⁸ DURKHEIM, 2016. p. 339.

³⁹ Ibid., p. 350-352.

⁴⁰ Ibid., p. 351.

apreciação de lesões ou ameaças a direitos — art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal⁴¹ —, de maneira tal a resolver os conflitos entre as partes, julgando conforme a lei e, mormente, conforme as disposições constitucionais, aplicando eventuais sanções — caso cabíveis e necessárias —, de maneira fundamentada, conforme o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal⁴²), não é surpresa que a ausência de políticas públicas, a desorganização e omissões estatais, a inaptidão para ocupação de cargos públicos e, enfim, a ingerência dos Poderes competentes que se verificam no hodierno cenário governamental brasileiro, contribuem exaustivamente para a construção e manutenção do estado de **anomia política** que se faz presente.

O desenrolar do fenômeno anômico que aqui se discute, se deu, no Brasil, a datar do século passado (no final da década de setenta), quando da instauração de uma crise do Estado de Bem-Estar Social. As causas deste desequilíbrio funcional são, entre outras, o estrépito das demandas sociais antes sofreadas; a insuficiência de recursos públicos estatais para satisfazer as continuamente agigantadas despesas para a condução e a manutenção do Estado; a elevada burocracia exigida; a inexecutabilidade de maiores aumentos nas contribuições tributárias; a péssima gestão do Poder Público (ingestão) e, o redirecionamento dos recursos de forma a desaproveitar/desperdiçar o dinheiro público; a corrupção dos agentes políticos e a imperícia/inaptidão dos órgãos de controle estatais e sociais para fazê-lo (o controle); e a incompetência estatal na prestação de serviços públicos e na garantia de um Estado-Social.⁴³

A crise da democracia representativa mostra a incapacidade da lei geral e abstrata de promoção de igualdades entre todos de assegurar os direitos fundamentais sociais, os quais exigem, para sua concretização, a elaboração de políticas públicas adequadas e instalação eficiente destas. À lume dos pensamentos de Eduardo Cambi, a lei não mais tem o condão de representar a vontade da maioria, posto que, na realidade fática, o poder não emana do povo, mas é produto da vontade de poucos e tem como finalidade a manutenção dessa minoria no poder. A elaboração das normas fica à mercê dos desejos

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 set. 2020.

⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 set. 2020.

⁴³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 238.

e interesses arbitrários dos grupos de pressões⁴⁴ (os detentores de capital – ruralistas, empresários, empreiteiros, servidores públicos, religiosos, etc.), e da engrenagem da máquina estatal para a pactuação de votos entre os parlamentares, ato que os ilegítima e faz prevalecer os votos das lideranças, materializando o desejo de alguns. Sobre o tema:

A lei não traduz a vontade geral, sendo contraditória, ocasional, fragmentária, numerosa e cambiante. Não é expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, tampouco um ato impessoal, geral e abstrato, que traduza interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, mas um ato personalizado – proveniente de grupos identificáveis de pessoas e dirigidos a outros grupos igualmente identificáveis que persegue interesses particulares.⁴⁵

A produção legislativa, portanto, traduz-se, muitas vezes, num apetrecho, numa ferramenta para que os grupos empoderados façam valer e prevalecer as suas vontades egoístas, partidárias e opostas aos princípios mais elevados e aos direitos de relevância indiscutível e essencial à concessão, preservação e gerenciamento de um Estado Democrático de Direito. As leis devem ser criadas para atingir determinado fim, mas no contexto brasileiro, tal finalidade se volta, pelo menos em várias ocasiões, à obtenção de acordos políticos e sociais, a qualquer custo, inclusive mediante a violação/abnegação e relativização de diversos direitos intangíveis.⁴⁶ Destarte, há predominância de um estado jurídico completamente instável, e, em consequência das crises legislativa e representativa, verifica-se a mitigação⁴⁷ do princípio da legalidade, especificamente porque os representantes eleitos não exercem o poder que lhes é incumbido para representar a vontade popular, mas, ao contrário, para concretização de suas aspirações pessoais e daqueles que os patrocinam e os mantêm no poder. Desta forma, não há que se falar em poder emanado do povo, e sim, controlado por poucos e direcionado à conservação do estado de ingovernabilidade que se faz presente. A lei representa – ou deveria representar – mais que uma vontade estatal, sendo, teoricamente, manifestação

⁴⁴ CAMBI, 2018. p. 238. p. 244.

⁴⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Tradução. Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2008. p. 38 apud CAMBI, 2018. p. 244.

⁴⁶ CAMBI, op. cit., p. 245.

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125 apud CAMBI, 2018. p. 245.

suprema da vontade social, da vontade do cidadão, por intermédio da representação política. Todavia, conclui Eduardo Cambi que, diante do contexto político brasileiro, não se vê a lei como expressão da representatividade republicana democrática e, por conseguinte, tem-se a relativização do princípio da legalidade como o instrumento de maior relevância na regulação da vida em sociedade.⁴⁸

Sob essas circunstâncias políticas e sociais, quais sejam, as de restrição de direitos fundamentais através da inatividade e/ou atividade direcionada dos Poderes Executivo e Legislativo, há não somente a inobservância do postulado da legalidade (lei como vontade geral), mas, conjuntamente, infringência ao princípio da separação das funções. Nesse contexto, a atividade legislativa sofre influência de partidos ou coligações predominantes e, dessarte, fica a cargo do governo vigente a determinação do planejamento legislativo, das decisões da maioria do corpo parlamentar e do teor das regras jurídicas. Nesta perspectiva:

O Parlamento passa a gerenciar os embates políticos necessários à governabilidade do país. Isso contribui, de um lado, para a **baixa produtividade legislativa do Parlamento** e, por outro lado, pelo excesso de atividade legislativa do Poder Executivo (v.g., edição de medidas provisórias) [grifos meus].⁴⁹ No Brasil, o Poder Executivo, responsável por gerir o orçamento público, impõe a troca de favores para exercer a governabilidade, ao buscar a maioria no Parlamento pela composição partidária de seus aliados. Essa forma de gestão pública, no âmbito federal, é denominada de **presidencialismo de coalizão** [grifos meus].⁵⁰

Nesse enquadramento, o Poder Executivo busca constante realização de alianças com os partidos políticos para construir a pilastra na qual se firma o seu governo e, esta troca de favores para formação governamental, garante aos parlamentares favorecidos o poder de, por exemplo, reger Ministérios e Secretarias. Este contrato de patrocínio partidário exige obrigações onerosas de ambas as partes para a sua execução e, cabe à população brasileira arcar com a excessiva onerosidade dos pactos firmados entre os políticos, inclusive por meio do desvio de recursos públicos, feito para sustentar este vínculo cooperativo.⁵¹

⁴⁸ CAMBI, 2018, p. 245.

⁴⁹ CAMBI, loc. cit.

⁵⁰ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n 1, 1988. p. 5-34 apud CAMBI, 2018. p. 246.

⁵¹ CAMBI, op. cit., p. 247.

Inclusive, a respeito do **presidencialismo de coalizão**⁵², incumbe esclarecer que esta denominação de Sérgio Henrique Hudson de Abranches, relativa ao tipo de gestão pública, se verifica quando o Poder Executivo firma relações estratégicas para atuação de seu governo, de forma a “comprar” alianças no Parlamento para que seus coligados/associados formem/representem a maioria congressista e, estando o referido Poder encarregado de administrar as despesas e o orçamento públicos, a troca de vantagens se mostra demasiada vantajosa para os dois lados. Diante disso, resta comprovado, novamente, o desrespeito à diferenciação funcional declarada constitucionalmente com o propósito de prevenir o arbítrio estatal e assegurar as liberdades coletivas e individuais. A propósito, as lições de Vital Moreira e Émerson Garcia acerca dos órgãos do Estado e da distribuição de funções específicas tem-se que:

A separação hoje relevante se estabelece entre a *maioria governamental* e a *oposição*, sendo que a questão constitucional mais importante deixou de ser o da supremacia do Legislativo sobre o Executivo, mas sim as garantias da oposição em face do poder da maioria existente no governo e no parlamento.⁵³ ***Há um deslocamento do foco de análise do plano institucional para o partidário, com a inevitável cisão da unidade institucional e o aparecimento de estruturas paralelas que influem, diretamente, nas relações de poder*** [grifos meus].⁵⁴

Nota-se, pois, que o estado anômico corrente decorre do próprio Estado e, analogicamente, para Durkheim, este tipo de forma anormal se dá em razão da ausência de um órgão regulador, de um poder diretivo regulado e exercido de maneira especial e focada em resolver a **integração imperfeita** entre as atividades exercidas e impedir que haja os desvios acima elucidados. É indispensável que cada uma das funções seja bem delimitada e, ainda mais importante, que os incumbidos de tais tarefas ocupem-se exatamente de suas próprias responsabilidades, criando, por conseguinte, uma relação de dependência mútua entre os servidores, uma interação solidária. Com relação a isso, ressalta-se que:

⁵² ABRANCHES, 1988. p. 5-34 apud CAMBI, 2018. p. 246.

⁵³ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legalidade e limites da justiça constitucional. **Tribunal Constitucional Portugal**. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html> apud CAMBI, 2018. p. 245.

⁵⁴ GARCIA, Émerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, v. 10. jan.-jun. 2008 apud CAMBI, 2018. p. 245.

[...] de fato, de modo geral, a solidariedade depende de maneira muito estreita da atividade funcional das partes especializadas. Esses dois termos variam um com o outro. Nos casos em que as funções são monótonas, apesar de serem especializadas, coordenam-se mal entre si e sentem de modo incompleto sua mútua dependência.⁵⁵

Conseqüentemente, à luz da inteligência de Durkheim, havendo grande independência entre as funções, a solidariedade entre estas se mostra imperfeita e a desarmonização operacional produz irregularidades no sistema desintegrado. Nesta perspectiva, o motivo pelo qual o aumento das atividades funcionais assegura o crescimento tautócrono da solidariedade entre as partes, é o fato de que um organismo se torna mais ativo ao passo que suas funções tornam-se mais **contínuas**. Em outros termos, num ambiente onde a divisão do trabalho é desenvolvida, leia-se, especializada, um segmento produtivo apenas poderá prosperar enquanto os demais estiverem fazendo o mesmo e se esforçando na mesma medida, isto porque, como explicitado anteriormente, as seções atuantes não são nada separadamente e, sem a cooperação sincrônica das outras funções, não há possibilidade de elevação de rendimento, tampouco, de aumento e aperfeiçoamento condizentes das funções solidárias⁵⁶.

Em suma, se as partes auxiliam-se mutuamente, movimentando-se em ações conjuntas, se tornam mais ativas e, como resultado, são contínuas e mais solidárias entre si. Destarte, “sendo mais contínuas, elas [as funções] estão em relação de modo mais constante e têm mais continuamente necessidade umas das outras. Portanto, sentem melhor sua dependência”⁵⁷.

Entretanto, seguindo a mesma lógica, não basta que haja autonomia e continuidade funcionais entre os Poderes, sendo obrigatório que os responsáveis pelos órgãos estatais exerçam suas atribuições com exclusividade (sem interferência partidária ou de arranjos que intervenham na governabilidade do país), observados os mandamentos constitucionais, a vontade e a necessidade majoritárias da população, garantindo direitos e, em síntese, representando politicamente os cidadãos que os elegeram à ocupação do cargo, para que regulassem seus interesses e salvaguardassem a Constituição.

⁵⁵ DURKHEIM, 2016. p. 354.

⁵⁶ Ibid., p. 355.

⁵⁷ Ibid., p. 356.

Deveras, não há que se falar em ação conjunta das atividades públicas dentro do quadro fático de gerenciamento deste País, no qual se vislumbra um modelo de Estado antidemocrático. Sequer pode-se dizer que a divisão do trabalho no Brasil é completamente desenvolvida, tendo em mente que não há dedicação operacional equivalente entre os Poderes, muito menos auxílio concorrente que viabilize o aumento da produtividade e da solidariedade entre as funções, quando se detecta a existência de ajuda financiada e de ações que demonstram a busca de um fim não esperado pela sociedade. Como resultado do **presidencialismo de coalizão**, tem-se o aparelhamento do Estado, combinado com a agremiação de inúmeros partidos que possuem ideais, projetos e programas díspares, que se unem com o intuito de conservarem-se no comando.⁵⁸ Como resultado, “formam-se fragmentos de identidades e a coligação de ideias, não raro, conflitantes. Isso agrava a dificuldade de governabilidade do Poder Executivo, quando surgem interesses colidentes, cuja superação depende a aprovação de leis no Parlamento.”⁵⁹ Logo, a maioria parlamentar se reveste do poder de promover ou impedir a efetivação de políticas públicas de iniciativa do Poder Executivo, por meio de normas ou providências que demandem a anuência da maior parte do Congresso Nacional para serem executadas e, em função disso, a atuação do mencionado Poder fica comprometida, já que se governa, atualmente, para satisfazer as vontades dos grupos que pretendem se manter no controle. Sob este contexto, valem ser destacadas as palavras de Eduardo Cambi:

A depender das exigências das maiorias parlamentares, o risco da ingovernabilidade do Estado é grande, pois, com bases e ideologias diferentes, é inevitável o conflito entre grupos organizados de Deputados Federais e/ou Senadores (v.g., a bancada ruralista em oposição à ambientalista, a evangélica em detrimento de avanços em direitos humanos, a dos sindicatos de trabalhadores em contraste com a de representantes de empresas, etc), **circunstâncias que dificultam o exercício das tarefas essenciais a serem realizadas pelo Poder Executivo**, como a aprovação das leis orçamentárias, de medidas provisórias, de reajustes fiscais ou previdenciários, etc. [grifos meus].⁶⁰

⁵⁸ CAMBI, 2018. p. 246-247.

⁵⁹ NUNES, Edison. **Fragmentação de interesses e morosidade no parlamento brasileiro**. p. 33 apud CAMBI, 2018. p. 246.

⁵⁹ CAMBI, op. cit., p. 246.

⁶⁰ Ibid., p. 247.

Em conclusão, o presidencialismo de coalizão se releva completa e perpetuamente instável⁶¹, além de causar a **inconstância**, a **descontinuidade**, e a **ausência de solidariedade** entre os Poderes Legislativo e Executivo, acarretando, dessa forma, um desequilíbrio funcional, o qual não permite que o trabalho seja desenvolvido na mesma proporção por todas as atividades compartilhadas, enfraquecendo o sistema de direitos e deveres que vinculam uns aos outros de maneira permanente. Sendo a divisão do trabalho prejudicada e desestabilizada para atender a ganância e os desejos de um grupo de políticos determinado, é quimérico que as regras originadas da divisão do trabalho garantam, por si só, a solidariedade e a contribuição regulares e harmônicas entre as funções que, separadas, se complementam. Não existe regimento normativo vigente correspondente às condições nas quais se encontra o estado social, sendo fundamental “[...] fazer cessar essa anomia, encontrar meios de fazer cooperarem em harmonia esses órgãos que ainda se esbarram em movimentos discordantes, introduzir em suas relações mais justiça, atenuando cada vez mais as desigualdades exteriores que são a fonte do mal”⁶².

As sequelas deste método de governo (presidencialismo de coalizão) promovem, de um lado, melhor convívio (aproximação) entre os Poderes Legislativo e Executivo, mas, de outro, a estagnação das funções sociais que eles exercem. No caso de compatibilidade entre os interesses do chefe do Executivo (Presidente da República) e da generalidade dos membros das casas do Congresso Nacional, verifica-se a cooperação e o funcionamento regulares das funções divididas; em contrapartida, nas ocasiões em que os aludidos membros não partilham as mesmas ambições, a governabilidade do país resta escangalhada, prejudicada, considerando-se a impossibilidade de legitimação/autenticação das diligências necessárias à administração, pelo órgão competente Parlamentar, quando suas vontades não são satisfeitas.⁶³

Ademais, o mecanismo utilizado para obtenção de votos no Congresso Nacional, necessários para a aprovação de leis emanadas do Poder Executivo, por exemplo, é o avolumamento da arrecadação de recursos públicos e o desvio destes, com a finalidade de cumprir negociações políticas já firmadas e financiar as futuras. Nesta perspectiva:

⁶¹ CAMBI, 2018. p. 246-247.

⁶² DURKHEIM, 2016. p. 368-370.

⁶³ CAMBI, op. cit., p. 247.

A ampliação dos serviços públicos, a partir do Estado de Bem-Estar Social, decorrente da concessão de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, exigiu maiores quantias de dinheiro público, para a contratação de funcionários públicos, empresas e serviços terceirizados. A realização de concursos públicos, licitações e contratações criou maiores condições para a promiscuidade entre o poder econômico e o poder político. Tal promiscuidade foi potencializada pelo afrouxamento das referências éticas no exercício do poder político, aliado com as deficiências do controle do poder, por parte dos cidadãos.⁶⁴

Portanto, nestes casos, a fortuna pública é direcionada à manutenção de laços criados entre o Executivo e o Legislativo, de tal forma que a população fica desatendida e mal representada, e, o desenvolvimento nacional, comprometido.

Não obstante os processos sociais de mudança sejam velozes e intensos, a maneira pela qual o Brasil está sendo governado origina dificuldades sociais aniquiladoras do sistema democrático, como pôde ser atestado ao decorrer deste capítulo. Esta condição de anomia, ligada a um sentimento de desvio de objetivos, demonstra a desintegração social originada pela falta de regulação e de solidariedade sociais e morais. Não havendo espaço para disposições normativas permanentes numa sociedade tão dinâmica, os indivíduos responsáveis pela difusão de políticas públicas também o são para avaliar os interesses e conflitos sociais e o meio pelo qual precisam ser equilibrados.⁶⁵

A sociedade, consoante Durkheim, depende estritamente da cooperação regular entre as funções sociais, e não, entre os indivíduos: “A divisão do trabalho não envolve indivíduos mas funções sociais.”⁶⁶

Diante do exposto, a máquina estatal brasileira revela-se, diversas vezes, inerte, em razão da constante efetivação das vontades pessoais dos políticos nos Poderes Executivo e Legislativo, sendo mais importante a relação entre eles do que a comunicação funcional regular necessária à harmonização operacional do sistema. Por conseguinte, as funções tornam-se descontínuas ao passo que há demasiada independência entre os cargos/ofícios, em virtude da cultura de alinhamento político⁶⁷

⁶⁴ SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Portal das Ciências Sociais Brasileiras**. Coimbra, n. 65, 1 nov. 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf> apud CAMBI, 2018. p. 249.

⁶⁵ DURKHEIM, 2016. p. 368.

⁶⁶ DURKHEIM, loc. cit.

⁶⁷ CAMBI, 2018. p. 247.

que tem como intuito satisfazer as vontades partidárias. Este fenômeno obsta o desempenho funcional e a execução do previsto no âmbito institucional, e, a solidariedade imperfeita que isso gera acarreta, indiscutivelmente, a ruptura da integridade e da harmonização corporativa das instituições.

Frisa-se, pois, que não apenas a falta de regulamentação constitui uma forma anormal da divisão do trabalho social, mas, da mesma maneira, a inabilidade do Poder Público de oferecimento de respostas frente às problemáticas ocasionadas pela desarmonia instaurada entre as diferentes funções também configura o estado de anomia. Com efeito, mostra-se gritante a indispensabilidade de um corpo de normas ampliado, que seja páreo à complexidade social e governamental, bem como qualificado o suficiente para delinear as searas funcionais minuciosamente e solucionar as problemáticas advindas da crise da representatividade democrática, a fim de que não haja apoderamento de competências institucionais que não as já prefixadas pelos Poderes a elas alheios.

Desta maneira, é imprescindível que o Poder Público se encarregue de cumprir o que lhe foi atribuído, se incumba de reger, legislar e tutelar a sociedade, salvaguardando os direitos dos indivíduos e da comunidade em geral, em defesa à própria Constituição da República e ao Estado Democrático de Direito.

Em síntese, o órgão gerador do estado anômico é o Estado e, caso não haja instituição ou regimento que trate das particularidades e lacunas funcionais que se perpetuam no regime político vigente, em razão da corrupção e impunidade dos governantes⁶⁸, a referida anomalia se perpetuará.

É preciso que as funções sejam integradas para que ajam em consonância, mas é igualmente importante que os ocupantes dos cargos em questão exerçam suas respectivas atribuições e cumpram o que lhe foi confiado/outorgado, para que não seja necessário exigir-se a efetivação de seus **deveres** perante outras instâncias governamentais e judiciárias. Esta relação de solidariedade, aliada ao desempenho das suas respectivas funções por cada um dos Poderes, seriam capazes de sanar as anomalias aferidas, independentemente da submissão de questões institucionalmente políticas (pertinentes às duas Casas do Congresso Nacional e ao Poder Executivo) ao

⁶⁸ CAMBI, 2018. p. 249.

crivo do Poder Judiciário, uma vez que, havendo aumento das **atividades funcionais** dos Poderes, o aparelho estatal tornar-se-á mais ativo, eficaz e, conseqüentemente, mais contínuo, como relatado previamente e defende Durkheim. Por certo, somente quando as funções estatais negligentes (Legislativa e Executiva) prestarem serviço condizente e suficiente ante às demandas sociais é que haverá equilíbrio operacional, ou seja, quando todas as contribuições forem consideráveis e proporcionadas na mesma medida pelas instituições públicas, conforme aponta Durkheim, é que se terá constância e harmonia organizacionais, uma vez que não se pode falar em avanço da divisão do trabalho sem que haja a contribuição conjunta de todas as funções governamentais e que cada uma delas exerça seu papel e conceda a assistência necessária e elementar prevista no seu rol de competências.

Por fim, salienta-se que, em face da inexistência de regulamentação ou obsolescência desta frente às reivindicações sociais (estado de anomia) no âmbito de um Estado Democrático de Direito – como o é o estado brasileiro –, que tem como escopo a concretização dos direitos fundamentais, faz-se mister a implementação de políticas públicas eficazes e a atuação intensificada dos Poderes Legislativo e Executivo para que cumpram suas funções estatais e a população não fique à mercê de sua indiligência. Neste sentido:

A crise de representatividade fez com que os poderes Legislativo e Executivo deixassem de serem vistos como instâncias para efetivação das demandas sociais. Em contraposição a isto, as manifestações populares demonstram que o Poder Judiciário tem canalizado a vontade popular, passando a ocupar o lugar onde os cidadãos amparam seus anseios. Isso tem ocorrido pela falta de atuação do Poder Legislativo, que acaba relegando ao esquecimento questões que compõem o dia-a-dia da sociedade.⁶⁹

Visto isso, é possível notar que a Lei e a Administração Pública que têm a premissa de concretizar direitos e deveres dos cidadãos, com o intuito de protegê-los e auxiliá-los, não cumprem seus papéis jurídico-sociais, além de serem omissas no tocante aos obstáculos presentes para a concretização de direitos, inclusive fundamentais. A respeito

⁶⁹ SANTANO, Ana Cláudia; SILVEIRA, Geovane Couto da; ANDRADE, Luiz Gustavo de; ARRAES, Roosevelt (Org.). *Entre Democracia, Política e Ativismo: a relação entre os anseios sociais e o Papel do Poder Judiciário. **Guardiana Judicial: Entre a Segurança Jurídica e a Política***. Curitiba: Appris, 2018.

da ausência de normas garantidoras e da incoesão social e institucional que isso gera, haverá uma incursão na sequência.

2.3 DA ANOMIA LEGISLATIVA

A carência de normas positivas acerca de temas anômeros e importantes corrobora a anomia legislativa instalada no contexto jurídico brasileiro. A falta de atenção do Poder Legislativo com relação às mazelas que acometem a sociedade pátria tem repercussão imensurável no plano de direitos essenciais à plena efetivação, em última análise, do princípio da dignidade da pessoa humana, vigente num Estado Democrático de Direito.

Como previamente apontado, é notório que sociedades complexas como as atuais possuem alta taxa de mutabilidade no plano social (estão em perpétua transformação). Entretanto, mesmo sob tais circunstâncias, faz-se imprescindível um corpo de normas que acompanhe essa heterogeneidade, cuja ausência constitui verdadeira e imoral irresponsabilidade com os administrados. Extraí-se da obra de Durkheim:

Portanto, não é sem razão que o sentimento público vivencia um distanciamento cada vez mais acentuado do diletante e dos homens que, demasiado apaixonados por uma cultura exclusivamente geral, recusam-se a se deixar levar por inteiro nas malhas da organização profissional. **É porque, de fato, não estão vinculados bastante à sociedade ou, digamos, a sociedade não os retém o bastante, eles lhe escapam, e, precisamente, por não sentirem nem com a vivacidade nem com a continuidade que seria necessária, não têm consciência de todas as obrigações que sua condição de seres sociais lhes impõe.** Como o ideal geral a que são vinculados é, pelas razões mencionadas, formal e flutuante, não consegue tirá-los muito para fora de si mesmos. Não se é apegado a grande coisa quando não se tem objetivo mais determinado, e, por conseguinte, praticamente não é possível elevar-se acima de um egoísmo mais ou menos refinado. **Ao contrário, aquele que se dedicou a uma tarefa definida é, a todo instante, chamado ao sentimento de solidariedade pelos milhares de deveres da moral profissional** [grifos meus].⁷⁰

Revela-se, novamente, a veracidade do fato de que a cada indivíduo, incluindo os políticos, incumbe exercer uma função específica no grupo do qual faz parte e, dessa maneira, é imperativo que tenha adquirido os meios necessários e a educação apropriada

⁷⁰ DURKHEIM, 2016. p. 364.

para exercer a respectiva função, ou seja, é preciso que ele saiba como desempenhar moral e eficientemente a sua tarefa, essencial ao saudável desenvolvimento da sociedade.

Logo, não havendo pessoas capacitadas para legislar acerca de questões relacionadas às demandas sociais, ou havendo pessoas que não se dedicam suficientemente à sua função, é realmente impossível fazer cessar a anomia.

É, pois, indispensável que haja a criação de regras, de um sistema de direitos e deveres que garantam o desempenho regular e pacífico dos trabalhos divididos, não havendo, porém, espaço para qualquer tipo de legislação permanente, tampouco a possibilidade de se abrir espaço para violações e omissões de direitos e garantias fundamentais.⁷¹

Em observância às formulações de Durkheim, extrai-se que, quando o trabalho produzido não demonstra ser suficiente e/ou considerável, é lógico concluir que a solidariedade se dá de forma imperfeita ou não se encontra presente. Isso ocorre em situações nas quais aos trabalhadores são atribuídas tarefas incondizentes com suas capacidades laborativas e, por esse motivo, as diversas funções se desenrolam de maneira excessivamente descontínua, diante da exigência de tempo para que esses operários possam se adaptar aos estímulos uns dos outros e atuar, verdadeiramente, em sintonia.⁷²

Tendo em vista tais ponderações, infere-se que as anomalias não decorrem apenas do desenvolvimento irregular do trabalho, ou de sua divisão, mas também de outras circunstâncias atípicas, tal qual a falta de aptidão e conhecimento para o exercício de determinada função, sendo importante esclarecer que as funções se ampliam de maneira proporcional em relação às outras, isto é, o exercício inapropriado do trabalho por um elemento do grupo irá necessariamente impactar no trabalho dos demais, e isto também ocorre quando um Poder se imiscui nas funções típicas de outro. Para mais:

De fato, as mesmas causas que nos obrigam a nos especializarmos mais também nos obrigam a trabalhar mais. [...]. Além disso, a divisão do trabalho tende, por si só, a tornar as funções mais ativas e mais contínuas. Há muito tempo, os economistas apontaram as razões desse fenômeno; eis as principais:
1ª) quando os trabalhos não são divididos, é preciso se deslocar

⁷¹ DURKHEIM, 2016. p. 354.

⁷² Ibid., p. 356.

constantemente, passar de uma ocupação a outra. A divisão do trabalho evita todo esse tempo perdido; segundo a expressão de Karl Marx, reduz os poros da jornada; **2ª) a atividade funcional aumenta com a habilidade, com o talento do trabalhador que a divisão do trabalho desenvolve;** há menos tempo gasto em hesitações e em tateios [grifos meus].⁷³

Observa-se, portanto, que o trabalho é mais contínuo quando bem dividido e desempenhado de maneira mais especializada. Num estado normal, a anunciada divisão do trabalho corresponde à origem, ao berço da **coesão social**. Isso porque, por meio do estabelecimento de limites sobre a atividade funcional de cada indivíduo, a distribuição do trabalho os torna mais solidários e, ao mesmo tempo, justamente por demarcar a área de atuação de cada trabalhador, faz com que eles aprimorem seu desempenho e sua performance quando da prática das atividades que exercem em específico⁷⁴.

Em analogia ao pensamento de Durkheim, devido ao descompasso no desempenho das atividades estatais pelos respectivos Poderes, mas não apenas a isso, a legislação brasileira se mostra incapaz de oferecer as soluções necessárias para problemas imediatos e, mesmo num Estado no qual a separação dos Poderes, ou melhor, das funções, é resguardada constitucionalmente como princípio fundamental, as políticas públicas e o corpo de normas vigentes não são suficientes para garantir a justiça social e efetivar os direitos fundamentais. Observa-se, atualmente, a impotência do órgão governamental na divisão adequada de suas funções, gerando sua inegável incapacidade para suprimir as demandas sociais. Portanto, há necessidade de uma regulamentação que seja capaz de tratar as especificidades das funções sem que haja sua desintegração (divisão do trabalho levada exageradamente longe) e que os órgãos solidários estejam em contato suficiente entre si para trabalharem em conjunto, de forma a proporcionar o desenvolvimento e o aprimoramento da máquina estatal, do organismo social, da obra de justiça coletiva, sem, todavia, realizarem uma exagerada e reprovável simbiose laborativa.⁷⁵

Por conseguinte, não obstante haja previsão legal das especialidades das funções estatais, o estado político brasileiro é anômico. A legislação, embora existente, não é suficiente para regular a crise da representatividade política e seus efeitos colaterais, qual

⁷³ DURKHEIM, 2016. p. 356.

⁷⁴ Ibid., p. 358.

⁷⁵ Ibid., p. 357.

seja, neste caso, a usurpação de funções **especialmente** por parte do Poder Judiciário em relação aos demais.

A sociedade depende diretamente da cooperação e do funcionamento regulares das funções estatais e, via de consequência, não basta que haja regras, sendo indispensável que essas regras sejam **justas, condizentes e harmônicas** com a realidade social vigente. Ademais, revela-se que, inexistindo regulamentação a respeito de assuntos básicos e relevantes diante do avanço social (causa da anomia), o Legislativo se encontra num estado de crise institucional, visto que não consegue acompanhar o predito avanço e acaba sendo inoperante em relação a questões inarredáveis para a vida em sociedade. Quanto a isso, destaca-se o ensinamento de Luiz Werneck Vianna:

A crise que sofremos não se deve a uma única causa. Para que ela cesse, não basta que uma regulamentação qualquer se estabeleça nos casos em que é necessária; além disso, é preciso que tal regulamentação seja o que deve ser, isto é, justa.⁷⁶

Portanto, conclui-se que, para deter o atual estado de anomia legislativa, precisam ser encontrados meios que viabilizem a cooperação harmônica entre as funções estatais, inclusive mediante a correta divisão dos trabalhos nos diversos Poderes e, mais importante, sem a indevida interferência nas suas próprias competências. É impreterível, ainda, que seja introduzida mais justiça para equilibrar os movimentos discordantes entre as instituições, e que os Poderes, à luz da Carta Maior, apresentem respostas às anomalias presentes no atual estado social, atenuando as desigualdades existentes e concretizando os objetivos e princípios fundamentais da República Federativa brasileira, com o fim de efetivamente construir uma sociedade livre, justa e **solidária**.

A questão reclama solução urgente, pois como resultado dos hiatos legislativos, os cidadãos buscam suprir a necessidade de justiça social perante outra entidade jurídica-pública, qual seja, o Poder Judiciário. E, a atuação acentuada do Judiciário (ativismo judicial) implica na judicialização de questões que não necessitariam passar pelo seu crivo caso fossem adequadamente reguladas no campo legislativo, entre elas questões de ordem política, sobre as quais se discorrerá oportunamente.

⁷⁶ WERNECK VIANNA, 2003. p. 38.

O entendimento que se mostra elementar neste capítulo introdutório consiste em apresentar a possibilidade do íntegro desenvolvimento das funções estatais através da solidariedade entre os Poderes (sem indevida promiscuidade), da divisão específica de tarefas e do debruçamento absoluto dos agentes estatais sobre elas, para que não seja preciso recorrer a instâncias outras cujas atividades poderiam/deveriam ser canalizadas para diversas questões importantes, que não as concernentes às anomias legislativas e políticas, igualmente necessárias à efetivação dos direitos sociais. Com efeito, por intermédio da ação reguladora do Estado e do estabelecimento de regras que sejam capazes de concretizar, tutelar e assegurar os direitos individuais, coletivos e fundamentais da sociedade, poder-se-á falar em concretização do Estado de Bem-Estar Social, proteção de direitos constitucionais fundamentais e promoção da justiça.

Assim, não é à toa que o artigo 2.º da Lei Maior explicita o Princípio Fundamental da Separação de Poderes do Estado⁷⁷. Nada obstante, como sequela do estado de anomia acima explicitado, evidencia-se, não muito raras vezes, uma usurpação de funções especialmente por parte do Poder Judiciário em relação aos demais. Não se desconhece que o **ativismo judiciário** é um fenômeno jurídico que se caracteriza por uma postura proativa do Poder Judiciário, que implica em interferência nas opções dos demais Poderes. Todavia, há divergências acerca do caráter positivo ou negativo destas interferências. Este trabalho pretende focar os dois polos, pois a atividade judiciária – ativismo judicial – será positiva quando os instrumentos existentes (normativos ou não) não são capazes de regular e solucionar situações problemáticas sociais hodiernas, reclamando a adoção de soluções jurídicas proporcionais, sempre com base nos direitos fundamentais e em princípios jurídicos do Estado Democrático de Direito. Em sentido oposto, o ativismo judiciário apresentará caráter negativo quando representar indevida interferência nas atribuições dos demais Poderes. Assim sendo, o capítulo que segue abordará o mencionado Princípio da Separação de Funções estatais, a sua relativização, a desneutralização política do Judiciário, controle de constitucionalidade e seus desdobramentos, o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional, conceitos de

⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

ativismo judicial e judicialização da política e, para finalizar, correntes constitucionais filosóficas de destaque acerca do assunto (procedimentalismo e substancialismo).

3 ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES

3.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES

O desenrolar da história da raça humana demonstra que, mesmo nas sociedades mais primitivas, o convívio dentro da esfera coletiva preordena o estabelecimento de regras que retratem e reproduzam a vontade social e regulem a vida em coletividade, a fim de viabilizar a coabitação harmônica e determinar os paradigmas que precisam ser adotados, empregados e honrados por todos.

A primordialidade da constituição de normas que promovam o salutar convívio dos indivíduos acarreta o aparecimento de instituições que o viabilizem por meio do exercício de funções díspares e fundamentais, as quais são de gritante essencialidade para resguardar as normas fixadas, e da criação de órgãos governamentais que exerçam as diversas atividades funcionais com o propósito de preservar e defender o estado de ordem instituído.⁷⁸

Conquanto a separação de funções do Estado represente o princípio constitucional mais renomado, preponderante e influente da Idade Liberal⁷⁹, é mister tecer considerações quanto à evolução cronológica da doutrina da separação de Poderes no decorrer da periodicidade histórica, desde as suas primeiras noções, perpassando pelas principais e de maior relevância, até que se chegue na atual concepção contemporânea empregada no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Destaca-se, desde o início, que não se pretende esgotar toda a dimensão biográfica do princípio em tela, mas exclusivamente pincelar as ideias políticas determinantes da teoria da separação dos poderes e seus basilares pioneiros que influíram indubitavelmente na análise que se faz hoje.

A gênese deste conceito – separação dos poderes estatais e órgãos funcionais – se dá na Antiguidade, mais especificamente nos escritos de Aristóteles, em sua obra “A

⁷⁸ FIGUEIREDO, Eduardo Fin de; GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. **A Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-124, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728/1122>>. Acesso em: 15 out. 2020.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 147.

Política”, na qual foram engendradas, inclusive, concepções sobre os órgãos do Estado e suas atividades.

Para Aristóteles, um Estado precisa não somente de leis adequadas para ser considerado bem estruturado politicamente, como também é imprescindível que o Estado assegure a execução da legislação que integra o sistema. Nesse sentido, “A submissão às leis existentes é a primeira parte de uma boa ordem; a segunda é o valor intrínseco das leis a que se está submetido.”⁸⁰.

Feito este adendo, tem-se que o renomado filósofo grego ostenta a existência de três Poderes presentes em todo governo, quais sejam, o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.⁸¹

À Assembleia dos Magistrados (órgão do Poder Deliberativo) compete a formulação e supressão de leis, a deliberação a respeito de assuntos bélicos, a celebração ou ruptura de alianças e a prestação de contas aos magistrados. Insta destacar que magistrados, à época e consoante o que leciona Aristóteles, eram aqueles que participavam do Poder Público com o objetivo de deliberação acerca de determinadas matérias, do julgamento destas e, mormente, de seu ordenamento perante a sociedade civil.⁸²

Ainda segundo o filósofo, incumbe ao Poder Executivo, por intervenção das diferentes categorias de magistrados governamentais, o manejo das rendas públicas, o exercício da polícia urbana, a promoção do bem-estar na vida civil, o tabelionato e recebimento de contratos privados, a escritura de julgamentos, citações e petições nos tribunais, a prestação de contas a respeito da administração que está sendo feita

⁸⁰ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 115.

⁸¹ Ibid., p. 127.

⁸² Ibid., p. 128-132.

(prestava-se contas a outro magistrado imparcial, encarregado de exercer apenas esta função, qual seja, a de inspecionar as contas públicas), a imposição de impostos e a arrecadação destes, a execução de sentenças condenatórias, a ocupação de ofícios militares, bem como a ocupação de ofícios ministeriais voltados ao culto e à religião, o abastecimento dos mercados com as provisões necessárias, e, enfim, a administração da sociedade e da justiça mediante o emprego de ofícios, a condução e gerenciamento de ministérios públicos, e o exercício de cargos/magistraturas políticas.⁸³

Por último, afirma Aristóteles, tem-se o Poder Judiciário dividido entre oito espécies de tribunais e juízes responsáveis pelo julgamento das prestações de contas e da atuação dos magistrados, dos desvios e dilapidações de fundos cometidos na prática da magistratura política, dos crimes contra a Constituição e o Estado, das multas, dos contratos entre os particulares, dos homicídios, das relações estrangeiras e das causas de menor complexidade cujo valor não excedesse o patamar pecuniário estabelecido.⁸⁴

Em prossecução à recapitulação histórica do princípio em epígrafe, faz-se imperioso mencionar as reflexões de John Locke compiladas no “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, de 1689, relativamente à separação dos poderes. De acordo com Locke, existem três Poderes da comunidade: o Legislativo, o Executivo e o Federativo. O primeiro é considerado supremo perante os demais e tem o dever de estabelecer leis fundamentais com a finalidade de preservar a sociedade e regular as ações exigidas pelo bem comum, visando a retratar a legislação social, sobretudo a lei da natureza – cujo conteúdo principal vincula-se à preservação dos homens, não sendo admitido, sob quaisquer hipóteses, sanções que atentem contra a dita proteção humanitária.⁸⁵

O Poder Supremo é responsável pela promulgação de leis e determinação dos direitos e limitações dos indivíduos que compõem a coletividade, para garantir e assegurar a sua preservação e a de seus membros, o direito à vida, à liberdade e à propriedade, a paz, a harmonia e a prosperidade sociais, motivos e objetivos estes que fundaram a escolha dos homens de abandonar o estado de natureza em que viviam e constituir a vida em sociedade. Nesta perspectiva, o Poder Legislativo é exercido em

⁸³ ARISTÓTELES, 2006. p. 131-136.

⁸⁴ Ibid., p. 141-143.

⁸⁵ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de Victor Civita. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1973. p. 93.

conjunto pelos membros da população, por intermédio de uma pessoa ou de um grupo determinado de pessoas à qual/às quais é conferido o poder de legislar. Em outras palavras, o Poder é proveniente do povo por concessão positiva e voluntária aos que representarão a sua vontade.⁸⁶

Oportuno salientar que Locke elucida a essencialidade do Poder em comento da seguinte forma:

Todo o poder que o governo tem, destinando-se tão-só ao bem da sociedade, da mesma forma que não deve ser arbitrário ou caprichoso, também deve ser exercido mediante leis estabelecidas e promulgadas, para que não só os homens possam saber qual o seu dever, achando-se garantidos e seguros dentro dos limites das leis, como também para que os governantes, mantidos dentro de limites, não fiquem tentados pelo poder que têm nas mãos a entregá-lo para fins tais e mediante medidas tais de que os homens não tivessem conhecimento nem aprovassem de boa vontade.⁸⁷

É patente, pois, a ênfase dada pelo citado autor ao bem-estar social, atribuindo ao Poder Legislativo a competência para estipular e definir como a **força da comunidade** deverá ser empregada para que ela própria seja preservada, bem como para que sejam preservados os seus membros. Observe-se: “o poder legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros.”⁸⁸.

Além disso, Locke sustenta que o desempenho contínuo e ininterrupto da função legislativa não é necessário, porquanto as leis podem ser criadas num curto espaço de tempo. Porém, como a ascensão ao poder constitui tentação exageradamente graúda à fragilidade humana, não é útil nem sequer adequado que as mesmas pessoas às quais cumpre elaborar as leis sejam, ao mesmo tempo, encarregadas da prerrogativa de aplicá-las, isto porque é indispensável evitar que os indivíduos se isentem da obediência às leis que fizeram, ou que moldem-nas conforme as suas vontades particulares, seja no momento de criação, seja no de sua execução, conduzindo os poderes em direção contrária aos fins do governo e da sociedade.⁸⁹

⁸⁶ LOCKE, 1973. p. 92-96.

⁸⁷ Ibid., p. 94.

⁸⁸ Ibid., p. 97.

⁸⁹ Ibid., p. 98.

As leis, em comunidades civis bem reguladas, sujeitam a todos – inclusive aos que as elaboraram –, devem estar em sintonia entre si, e contribuem para atingir a finalidade para a qual o governo se presta, sendo esta a promoção do bem público, do bem do povo.⁹⁰

Embora o período no qual se elabora a lei seja efêmero, é preciso que a legislação produzida seja executada de forma contínua e incessantemente por outros que não aqueles que a fizeram e, por essa razão, torna-se imprescindível a presença de um poder permanente que assegure a execução das normas desde o momento em que elas são concebidas e até quando deixarem de vigorar no sistema jurídico. À vista disso, tem-se, assiduamente, a separação dos Poderes Legislativo e Executivo em prol do bem geral, capaz de impossibilitar eventuais abusos arbitrários e distanciamentos dos fins para os quais concebeu-se o Estado.

O terceiro Poder ao qual Locke faz menção é aquele já usufruído por todos os homens naturalmente e previamente à vida em sociedade: o Poder Natural.

Ainda que unidos e governados pelas mesmas leis dentro do corpo social ao qual pertencem, os indivíduos que o compõem preservam as suas respectivas individualidades, distinguindo-se cada qual de todos os demais membros da comunidade civil que integram. Apesar disso, referentemente ao resto da humanidade e das outras sociedades existentes, as pessoas agrupadas compreendem um corpo único “[...] que se encontra, como qualquer dos seus membros anteriormente se encontrava, ainda no estado de natureza com os demais homens”⁹¹.

Dessa maneira, ocasional controvérsia surgida entre pessoas pertencentes à determinada sociedade e aqueles que de outra fazem parte, será conduzida e resolvida pelo público, uma vez que o dano que afeta um membro da coletividade impele todos os demais à obrigação de repará-lo, “assim, neste particular, a comunidade inteira é um corpo em estado de natureza relativamente a todos os estados ou pessoas fora da comunidade”⁹².

⁹⁰ LOCKE, 1973. p. 96-97.

⁹¹ LOCKE, loc. cit.

⁹² LOCKE, loc. cit.

Então, ao Poder Federativo atribui-se a competência de deliberação a respeito de temas como guerra e paz, ligas e alianças, e todas as relações estabelecidas com pessoas e comunidades alheias/estrangeiras àquela da qual se coparticipa.⁹³

Feitas essas elucidações, no tocante à definição das obrigações dos dois últimos poderes explanados (Executivo e Federativo), vale pontuar:

Estes dois poderes, executivo e federativo, embora realmente distintos em si, compreendendo um a execução das leis municipais da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem, o outro a gestão da segurança e do interesse do público fora dela, juntamente com todos quantos poderão receber benefício ou sofrer dano por ela causado estão quase sempre reunidos. E embora esse poder federativo, na boa ou má gestão da sociedade, seja de grande importância para o bem comum, é muito menos suscetível de dirigir-se por meio de leis positivas, antecedentes e estabelecidas, do que o executivo, e assim deve necessariamente deixar-se à prudência e sabedoria daqueles em cujas mãos está para gerir a favor do bem público; eis que as leis que dizem respeito aos súditos, uns em relação aos outros, devendo dirigir-lhes as ações, bem como a variedade de desígnios e interesses, deve deixar-se em grande parte à prudência daqueles a quem tal poder se entregou, para que o administrem com a maior habilidade para proveito do bem geral.⁹⁴

Em desfecho, o pensador inglês conclui que, não obstante haja distinção entre as funções executiva e federativa, a concentração dos dois Poderes em pessoas distintas é, muitas vezes, inviável. Pelo fato de ambos exigirem a força da sociedade para funcionar, é praticamente irrealizável depositar a força estatal em diferentes mãos quando não há hierarquia entre esses dois poderes (para o empirista britânico, apenas o Poder Legislativo era hierarquicamente superior e capaz de vincular os demais). Ademais, agindo separadamente, a força pública subordinar-se-ia a comandos discrepantes gerando, um dia ou outro, desordem e ruína.⁹⁵

Por fim, insta consignar que, ainda na Modernidade, o Barão de Montesquieu sistematizou a sua Teoria do Princípio da Separação dos Poderes, a qual foi de magna importância no que concerne à composição e ao desenvolvimento dos Estados modernos⁹⁶, tendo exercido inegável influência para a construção do conceito que se tem contemporaneamente a respeito da tripartição dos poderes estatais.

⁹³ LOCKE, 1973. p. 97-98.

⁹⁴ Ibid., p. 98.

⁹⁵ Ibid., p. 99.

⁹⁶ FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016. p. 104-124.

O filósofo iluminista francês, em seu livro “O Espírito das Leis”, versa sobre a presença de três espécies de Poderes do Estado, sendo elas: “o poder de legislar, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.”⁹⁷. O primeiro tem como instrumento a criação de leis constantes/permanentes ou transitórias, competindo-lhe também retificar e abrogar as que não mais condizem com a estrutura normativa vigente. O segundo, por sua vez, guarda algumas similitudes com os Poderes Federativo e Executivo contemplados, respectivamente, por John Locke e Aristóteles, pois decide sobre guerra e paz, expede ou recepciona embaixadas, com a finalidade de frustrar intrusões e instaurar segurança, sendo chamado de Poder Executivo do Estado. O último concentra o poder para julgar e processar eventuais lides entre os cidadãos, tendo concomitantemente a incumbência de condená-los pelos crimes que venham a cometer, sendo este denominado Poder de Julgar.

Para deslindar a substancialidade de dividir os Poderes governamentais e justificar o tratamento teórico e político que lhes atribuiu, os argumentos utilizados por Montesquieu são, sucintamente, os seguintes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.⁹⁸

Desta forma, o escritor visa a impedir que o Estado e os cidadãos sejam prejudicados pelo artifício da satisfação do bel-prazer, das vontades gerais e/ou particulares de um determinado indivíduo nas mãos do qual se concentram todas as

⁹⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 167-168.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 169.

magistraturas – integralidade dos Poderes –, reunindo em si todos os grandes cargos⁹⁹ do Estado.

Para Montesquieu, o Poder Judiciário deve ser outorgado a pessoas que fazem parte do corpo social, extraídas deste temporariamente e consoante os ditames legais, para constituir um tribunal que perdure somente enquanto necessário e julgue em conformidade com o texto **exato** da lei (as pessoas são exclusivamente submetidas ao poder da lei), não sendo preciso e/ou útil que haja um senado permanente para julgar as querelas da população.¹⁰⁰

Em contrapartida, os outros Poderes (Executivo e Legislativo), exatamente por não serem exercidos diretamente sobre um indivíduo e exprimirem, por um lado, a vontade geral (Legislativo), e por outro a sua execução (Executivo), podem ser atribuídos a magistrados ou corpos permanentes/fixos.

Os membros do Poder Supremo (Legislativo) são encarregados de criar leis, verificar se estas estão sendo bem executadas e discutir os negócios públicos, não lhes cabendo a função de tomar qualquer tipo de resolução ativa. Eles têm o condão de representar a vontade social, haja vista que o Poder Legislativo pertenceria diretamente ao povo, em conjunto, se fosse possível, porém, como não é, torna-se necessário que o tecido social o faça – ainda que em condomínio – de outra maneira: através de representantes que devem ser escolhidos por meio do sufrágio daqueles que possuem o direito de dar o seu voto para a sua seleção – os que não estão em estado de “baixeza”, considerados sem vontade pessoal.¹⁰¹

Ademais, o autor defende que o Poder suprarreferenciado (o Poder Supremo) deve ser delegado e exercido separadamente, em assembleias distintas, por um corpo de nobres e por um segundo grupo que tenha sido eleito para exprimir os talentos do resto do povo, a fim de que os primeiros não fiquem “escravizados” pela má representação dos seus intentos caso seja conferido a todos o mesmo direito a um voto por pessoa.

Já o Poder Executivo deve ser condensado nas mãos de um monarca, pelo motivo de, na maioria das vezes, ser exigida a tomada de decisões/ações instantâneas, ativas e

⁹⁹ MONTESQUIEU, 1996. p. 169.

¹⁰⁰ Ibid., p. 170.

¹⁰¹ Ibid., p. 169-172.

imediatas e, afinal, de ser forçosa a independência entre os Poderes para que seja garantida a liberdade estatal, sendo que esta restaria prejudicada se o Poder Executivo fosse entregue a alguns retirados do corpo legislativo para exercê-lo. Diante disso, Montesquieu entende que em razão de casos e objetivos como tais (necessidade de ação momentânea e separação das funções para garantir a liberdade social), o controle e a gestão são melhores administrados por um só emancipado dos outros Poderes do que por muitos, como o é no caso do Poder Legislativo.¹⁰²

Outrossim, o Executivo será responsável, além de exercer seu poder sobre ocorrências, interesses e tópicos momentâneos, por limitar os empreendimentos legislativos, impedindo seu despotismo, sendo que o contrário não se aplica, isto é, o Legislativo não possui a faculdade de controlar o Poder Executivo porque a função exercida por este já é delimitada por aquele e por sua própria natureza. Sem embargo, acentua Montesquieu que o Legislativo possui a prerrogativa de examinar a maneira pela qual as leis que promulga são executadas, por regulamentar os momentos nos quais é preciso convocar as assembleias e qual o tempo de sua duração, segundo a realidade fática que se apresenta e da qual tem conhecimento, e por estatuir a respeito das forças da terra e do mar.¹⁰³ Para enfatizar e finalizar esse entendimento:

O poder executivo, como já dissemos, deve participar da legislação com sua faculdade de impedir, sem o que ele seria logo despojado de suas prerrogativas. Mas se o poder legislativo participar da execução, o poder executivo estará igualmente perdido.

Se o monarca participasse da legislação com poder de decidir, não haveria mais liberdade. Mas, como é necessário, no entanto, que participe da legislação para se defender, é preciso que tome parte nela com a faculdade de impedir.¹⁰⁴

Por fim, em decorrência da independência e separação das funções estatais, Montesquieu construiu o Sistema de Freios e Contrapesos aplicados no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo com a incumbência de frear governos despóticos (há omissão do Poder Judiciário porque Montesquieu o conceitua como politicamente nulo, sendo que a sua esfera operacional é restrita e limitada).

¹⁰² MONTESQUIEU, 1996. p. 172-173.

¹⁰³ Ibid., p. 173-176.

¹⁰⁴ Ibid., p. 175.

O Sistema, por sua vez, parte da premissa de que cada Poder goza de determinadas garantias e, quando um Poder possui uma garantia, os demais são obrigados a respeitá-la e vice-versa (“[...] às garantias de um correspondem obrigações para os outros, portanto freios para esses outros.”¹⁰⁵). Nessa relação de influência mútua e controle recíproco é que se baseia o mencionado Sistema. A aplicação das faculdades de estatuir e impedir permite que um Poder possa ordenar por si ou corrigir o que por outrem fora ordenado (“faculdade de estatuir”), e até mesmo anular (“faculdade de impedir”) atos emanados pelos demais.¹⁰⁶ Desta forma, a mútua oposição existente tem como consequência a moderação, a censura, o controle dos Poderes entre si, e isto significa que cada Poder autônomo, ao exercer as funções que lhe foram atribuídas, será controlado pelos restantes.

Com efeito, à vista do acima exposto e da dimensão histórica do princípio em tela, constatava-se, à época dos escritos do autor da obra “O Espírito das Leis”, leia-se, na Idade Moderna, o esgotamento do regime vigente, que descontentava e perturbava todas as classes sociais – especialmente as burguesias mercantil e industrial ascendentes – subordinadas às monarquias absolutistas predominantes em praticamente toda a Europa continental, sobretudo na França.

No século XVII fora consubstanciada a doutrina da soberania, desenvolvida a partir de uma “imposição casuística do poder”¹⁰⁷, sendo o poder do monarca soberano “[...] gradativamente edificado e ampliado e afirmado no curso das dissensões e antinomias medievais, como absoluto e supremo, quer do ponto de vista interno, quer do ponto de vista externo”¹⁰⁸. De fato, a **soberania** inicialmente exercida por meio do absolutismo monárquico na Europa Continental representa a ascensão política do Estado Moderno, dissímilimo do Estado medieval precedente. Os Poderes eram em sua totalidade concentrados na pessoa do monarca, quem os exercia de modo despótico e discricionário, característica institucional do regime político moderno vigente. Nesse contexto, é oportuna a seguinte lição:

¹⁰⁵ MONTESQUIEU, 1996. p. 131.

¹⁰⁶ Ibid., p. 176.

¹⁰⁷ BONAVIDES, 2011. p. 145.

¹⁰⁸ BONAVIDES, loc. cit.

A soberania se faz dogma. A autoridade do monarca esplende. O Estado moderno se converte em realidade. Mas a sociedade se acha longe de todo o repouso. O poder absoluto unificara em termos políticos a nova sociedade, dando fulminante réplica à antiga dispersão medieva.

A ordem econômica da burguesia se implanta no Ocidente e os reis conferem-lhe toda sorte de proteção. O mercantilismo como política econômica do século corre paralelo à idade de apogeu da monarquia absoluta. Com a prática mercantilista, os monarcas fazem o primeiro intervencionismo estatal, robustecem o patronato, conhecem o capital mas ignoram ainda o trabalho, fazem a legislação industrial do empresário burguês, e nem de leve suspeitam que o Estado contrai ao mesmo passo a suprema dívida de fazer um dia também a legislação social do proletariado que vai despontar, ajudam enfim o privilégio econômico da burguesia a crescer e prosperar, até aos dias em que se volve ele, arrogante, contra a decrepitude política da velha realeza.¹⁰⁹

O fenômeno revolucionário acima abreviado evoluiu e desenrolou-se no Século das Luzes (XVIII) devido à degeneração do regime político vigente. A corrompida monarquia absolutista desfez-se de toda a sua legitimidade ao passo que não empregou o poder que lhe fora conferido para realizar os objetivos aos quais se prestara o governo. Os fins essenciais ao atendimento das premências coletivas, econômicas e políticas haviam sido substituídos pelo imperativo de novas necessidades sociais e, mesmo assim, a coroa mantinha-se inerte frente à questões como tais e conservara seu caráter pessoal e opressor.

A burguesia, lado outro, detinha o poder econômico e, por esse motivo, prescindia de reis tirânicos e intervencionistas que breavam o desenvolvimento da economia capitalista. Para que esse sistema se avigorassem, mais do que nunca fora crucial que houvesse liberdade em demasia, tornando factível a possibilidade de atingir o suprassumo do crescimento expansionista da empresa capitalista. Esta, por seu turno, “[...] demandava portanto menos o paternalismo de um poder obsequente mas cioso de suas prerrogativas de mando, do que a garantia impessoal da lei, em cuja formação participasse ativa e criadoramente”¹¹⁰.

Portanto, diversos fatores políticos e econômicos peregrinavam e progrediam em direção ao redirecionamento do poder do Estado. A Era Moderna fora marcada por um desprezo categórico à “[...] concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto”¹¹¹, e à monopolização do controle político-

¹⁰⁹ BONAVIDES, 2011. p. 145.

¹¹⁰ Ibid., p. 146.

¹¹¹ Ibid., p. 147.

jurídico, bem como pela “postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica”¹¹². De fato, o controle provinha da plena concentração dos Poderes que implicava na supressão das liberdades sociais e políticas dos súditos e no incessante monitoramento de toda e qualquer manifestação do tecido social, frutos estes da autocracia já instalada.

Em prol do combate aos arbítrios estatais é que se tem o advento de correntes ideológicas que embasaram o exórdio do Estado de Direito, o qual tem como agente originador a Revolução Francesa de 1789. As convicções que incitaram/fomentaram o desencadeamento da citada Revolução são as englobadas pelo Iluminismo e pela doutrina do Direito Natural¹¹³.

Os pensamentos iluministas alumbraram os propósitos e perspectivas revolucionários à medida em que o Iluminismo deteriorou as concepções e os valores das filosofias absolutistas, consuetudinárias e religiosas que ainda se faziam presentes na Idade Moderna.

O referido movimento foi centrado na cientificidade, tendo respaldo no uso da razão e da intelectualidade para impugnar os preceitos, instituições e dogmas políticos e religiosos do Antigo Regime e, “[...] em suma, tratou-se de um movimento que não se absteve de criticar e questionar as ordens postas pelas autoridades, quaisquer que fossem elas”¹¹⁴. Sobre esta ótica:

[...] grande será o destaque concedido à razão humana, a qual permitiria a autodeterminação do indivíduo. Conduzindo-se pela razão, o ser humano seria capaz de desenhar seu próprio futuro, e, portanto, deixaria de se submeter aos preceitos impostos externamente. O conhecimento, fornecido através da racionalidade, conduziria à libertação dos indivíduos das amarras que os constroem, os quais passariam a ser fonte de suas próprias leis. Nesses termos, a liberdade individual é enaltecida pelo pensamento iluminista.¹¹⁵

¹¹² BONAVIDES, 2011. p. 146.

¹¹³ WEFFORT, Francisco Correia. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. São Paulo: Ática, 2001. p. 194 apud DAL PONT, Bárbara. **A Passagem do Estado de Direito Para o Estado Democrático de Direito**: uma análise realizada sob a ótica da virada linguístico-pragmática, 113 f. Monografia (graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Direito de Curitiba, Centro Universitário Curitiba (unicuritiba), Curitiba, 2020. p. 24.

¹¹⁴ DAL PONT, 2020. p. 25.

¹¹⁵ Ibid., p. 26.

O Movimento Iluminista, por conseguinte, exprime a insatisfação popular com a postura governamental e inspira a reforma estatal voltada para o reconhecimento do ser humano, de suas liberdades e de direitos humanos até então desprezados e desrespeitados pelo regime opressor corrente, e para as progressões intelectual e do conjunto social, respaldadas no uso da razão.

São imperiosas essas breves e simbólicas elucidações sobre a sucessão cronológica do quadro fático instituído no Modernismo para que seja possível demonstrar a grande significância da doutrina da separação dos poderes auferida pelo constitucionalismo liberal que inaugurou o Estado de Direito no século XVIII e substituiu as tutelas opressoras do absolutismo jurídico precedente.

Ademais, a doutrina iluminista foi fortemente marcada pelo enaltecimento do ser humano, sendo que um dos fins últimos do movimento era a promoção de igualdade e do bem-estar dos indivíduos e, essa luta contra as desigualdades que foram consolidadas no decorrer do tempo constitui outro fator que reflete a negação da conjuntura que se fazia presente. Sob este prisma, “O antigo regime, sistema intimamente estamental, não era só politicamente caótico, como era, outrossim, socialmente percorrido por grandes iniquidades”¹¹⁶.

Visto isso, insta trazer à luz, de forma sucinta, alguns ensinamentos a respeito do Direito Natural e de seu impacto para a concepção liberal de Estado delineada com o advento da Revolução Francesa de 1789. Não obstante a doutrina tenha tido início na época clássica e na Idade Medieval¹¹⁷, o estudo aqui apresentado faz referência à ideia que se tinha do Direito Natural nos séculos XVII e XVIII. A linha de pensamento apreciada sofreu influência dos ideais iluministas, porquanto estes ressonaram suas convicções nas searas políticas e jurídicas¹¹⁸, e, sendo incorporada ao raciocínio característico do século XVIII, o Direito Natural foi entendido como um “jusnaturalismo racionalista”¹¹⁹, uma vez que “o direito natural não deriva dos mandados de Deus, mas da natureza ou estrutura da razão humana”¹²⁰.

¹¹⁶ GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 133.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 33.

¹¹⁸ DAL PONT, 2020. p. 29.

¹¹⁹ DAL PONT, loc. cit.

¹²⁰ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 33.

São inúmeros os autores que representam a corrente jusnatural, os quais impactaram e conceberam a doutrina do Direito Natural na Idade Moderna (dentre eles: Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Hugo Grócio), embora tenham apresentado dissemelhantes teorias de conhecimento. Entretanto, o direito natural racionalista e os princípios iluministas elevarão, como proferido anteriormente, a liberdade e a igualdade entre todos, sendo fundamentais na superveniência e desdobramento da Revolução Francesa, e na concepção de Estado que se eduz da sua vinda. Acerca desta exposição, extraem-se lições importantes de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Se se pensa em um movimento histórico fundamental para as concepções vigentes a respeito de Estado no mundo civilizado, facilmente pensar-se-á na Revolução Francesa. E ela se apoia na ideia de igualdade. Não é difícil perceber que a supremacia da lei, tão cara à Revolução Francesa, tem sua raiz no princípio da igualdade. Há supremacia da lei porque resulta da formulação da vontade geral, através dos seus representantes e porque a lei propõe-se a ser geral e abstrata, precisamente para que todos os homens sejam tratados sem casuísmos, embargando-se, dessarte, perseguições e favoritismos.¹²¹

A materialização da Separação de Poderes como princípio incontestável, leia-se, como dogma do Estado Liberal, se deu com o advento da Constituição Francesa de 1791, mais detalhadamente, no artigo 16¹²² do segmento que trata da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”¹²³.

Denota-se, portanto, a partir dos prévios estudos, que o princípio possuía como principal função garantir as liberdades individuais, promovendo a defesa dos cidadãos contra as recorrentes ofensas estatais, limitando o poder e eliminando os abusos cometidos no Antigo Regime, perfazendo, portanto, a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal.

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 49.

¹²² Outros artigos do mesmo diploma também fazem referência ao princípio da separação dos poderes no sentido de determinar quais as diferentes funções estatais e as suas respectivas finalidades, como os artigos 2.º, 5.º, 6.º, 7.º, e 8.º desta Constituição.

¹²³ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Saraiva: São Paulo, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-cria%3%A7%3%A3o-da-Sociedade-das-Na%3%A7%3%B5es-at%3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

Esta abordagem histórica continental-europeia no plano do constitucionalismo moderno expõe uma **separação rígida de poderes**, que teve como base a orientação de Montesquieu, tendo sido inaugurada na doutrina do Liberalismo Moderno, e tendo alcançado seu mais elevado grau no âmago das Constituições francesas. Lado outro:

O Brasil, ao decidir-se pela forma republicana de governo, aderiu ao princípio da separação dos poderes na melhor tradição francesa – a de Montesquieu – com explicitação formal. O Império se abraçara porém a uma separação inspirada em Benjamin Constant, onde os poderes são quatro ao invés de três [...].¹²⁴

Como ilustrado por Bonavides, no Brasil, o princípio teve sua primeira aparição na Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, em seu artigo 15: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.”¹²⁵.

Posteriormente, na Constituição de 16 de julho de 1934, apresentou-se da seguinte maneira: “Art. 3º. São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.”¹²⁶.

A Constituição Brasileira de 24 de janeiro de 1967 faz menção ao princípio em seu artigo 6.º, *in verbis*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”¹²⁷.

Finalmente, tem-se a concretização da separação de Poderes como princípio fundamental na vigente Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 5 de outubro de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹²⁸. Além de princípio fundamental, insta enfatizar que a separação dos Poderes assume o *status* de cláusula pétrea no mesmo diploma legal (artigo 60, § 4.º, inciso III), compondo o núcleo essencial da Constituição

¹²⁴ BONAVIDES, 2011. p. 154.

¹²⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 fev.2021.

¹²⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 fev. 2021.

¹²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 fev. 2021.

¹²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2021.

Brasileira, e sendo passível de alteração apenas na hipótese de promulgação de uma nova Magna-Carta: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes;”¹²⁹.

Diferentemente do que se fazia no *Ancien Régime*, o princípio da tripartição dos Poderes não é mais exercido de forma rigorosa na Contemporaneidade, inclusive no Brasil, por entender-se que uma interpretação rígida não se faz mais coerente em razão da realidade fática-jurídica corrente.

Outrora, preconizava-se o aludido princípio como um tipo de escudo protetor das liberdades individuais, como uma forma de impedir a ascensão da realeza e evitar o regresso ao Absolutismo, como uma técnica que perpetuou-se no constitucionalismo clássico “[...] como arma de que se valeu a doutrina para combater sistemas tradicionais de opressão política”¹³⁰. Contudo, com a expansão dos fins aos quais se prestava o Estado no século XX, o princípio de Montesquieu, ao ser cristalizado num entendimento extremo e inflexível, passou a causar danos à máquina governamental, tornando-se um princípio que “[...] logicamente paralisava a ação do poder estatal e criava consideráveis contrassensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada”¹³¹.

As Constituições acompanharam o desenvolvimento histórico-social, passando a contemplar não somente o cidadão, o indivíduo, mas também o corpo social, o Estado (“[...] a valoração política passou do plano individualista ao plano social”¹³²). Em outras palavras, houve enquadramento constitucional nos modelos governamentais aos quais a Constituição se presta e, no atual caso brasileiro, houve adequação à progressão do regime democrático. Nesta perspectiva:

O princípio vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia, e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível.¹³³

¹²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2021.

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 72.

¹³¹ BONAVIDES, 2011. p. 157.

¹³² BONAVIDES, loc. cit.

¹³³ Ibid., p. 158.

O princípio em tela se mostra, destarte, decadente na técnica do constitucionalismo em razão do surgimento do Estado Social e da consequente dilatação das incumbências estatais no sentido de proteção eficaz dos direitos fundamentais.¹³⁴ Com efeito, no século XX, aos direitos individuais foram acrescidos os direitos sociais, os quais revelam o caráter essencial da vida em sociedade e do suporte recíproco entre os membros que a integram, com a finalidade de agirem e contribuírem “para assegurar o convívio democrático de liberdades e direitos em uma sociedade capaz de respeitar as diferenças e promover a justiça”¹³⁵.

Os prejuízos da ausência da intervenção estatal (Estado Mínimo) e da redução do direito à lei (Estado de Legalidade) revelaram deformidade que impõe a indispensabilidade de maior interferência do Estado para assegurar os direitos fundamentais na comunidade civil, através da elaboração de estruturas e medidas sociais que garantam os valores consagrados no ordenamento jurídico.

Desse modo, a partir do Estado de Bem-Estar Social, o Estado passou a agir mais diretamente na luta pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, acarretando a **desneutralização política do Judiciário**, indo em direção contrária aos ditames do Liberalismo e amplificando a visibilidade social e política da magistratura.

Entretanto, o contexto político e econômico do final do século passado proporcionou uma crise do Estado de Bem-Estar Social devido, segundo Eduardo Cambi, à explosão de demandas reprimidas, à enorme burocratização da máquina estatal, à insuficiência dos recursos financeiros do Poder Público para atender às crescentes despesas previdenciárias, à impossibilidade de aumentar a tributação, à péssima gestão e desperdício da riqueza pública, à corrupção e ineficiência dos controles estatais e sociais, e, à incapacidade do governo de exercer o seu papel no que diz respeito ao fornecimento/oferecimento de prestações estatais de boa qualidade.¹³⁶

Além disso, o avanço científico e das técnicas de produção e a globalização econômica conceberam um direito inédito: o direito transnacional. Este, por seu turno, foi

¹³⁴ BONAVIDES, 2007. p. 86.

¹³⁵ CAMBI, 2018. p. 235.

¹³⁶ Ibid., p. 238.

responsável por mitigar a soberania dos Estados¹³⁷, pois “os arranjos orçamentários indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais foram transferidos para organismos internacionais [...]”¹³⁸, frente à inépcia administrativa do Estado, à sua incompetência para cumprir os múltiplos deveres dos quais se incumbiu (garantir os direitos dos cidadãos) e, friso, às inovações tecnológicas que propiciaram um crescimento em nível mundial de maneira interconectada, inter-relacionada, as quais ecoam diretamente nos direitos sociais dos cidadãos. Neste sentido:

Sob o impacto da globalização, o Estado se debilita, na medida que vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na sua economia. Deteriora-se a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e com isso o seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais.¹³⁹

Nesse contexto de metamorfose do *Welfare State* para o Estado Pós-Social, o Poder Judiciário teve seu protagonismo na batalha pela concretização dos direitos fundamentais abalado, o que se deu não somente porque o Estado deixou de ter o domínio exclusivo da produção normativa que lhe impacta, como também pelos consequentes reflexos nas ordens econômica e social que essa assunção de algumas das responsabilidades da entidade jurídica soberana pela sociedade financeira internacional gerou.

Há, em certa medida, ressuscitação de uma ideia de Estado Mínimo, “[...] confiando (ou simulando confiar) na mão invisível do mercado, como panaceia para todos os males econômicos e sociais.”¹⁴⁰, diminuindo consideravelmente, destarte, os gastos públicos e engendrando o neoliberalismo globalizado.¹⁴¹ A crise econômica que se

¹³⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 47. “Neste contexto, os Estado tornam-se reféns dos interesses do capital internacional, pois precisam dos seus investimentos. Os países que não adaptam o seu direito interno às exigências comuns do mercado internacional são imediatamente abandonados, pois o capital sem pátria tem como buscar abrigo nos Estados cujas leis lhes favoreçam. [...] A ideia do monopólio da produção do direito pelo Estado distancia-se cada vez mais da realidade, e o ordenamento jurídico vai tornando-se policêntrico, permeado por regras engendradas por atores privados ou por entidades supranacionais”.

¹³⁸ CAMBI, 2018. p. 238.

¹³⁹ SARMENTO, op. cit., p. 44.

¹⁴⁰ Ibid., p. 45-46.

¹⁴¹ Cf. CAMBI, 2018. p. 240 apud LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito do Estado federado ante a globalização econômica**, item 7. “O neoliberalismo aposta na desconstitucionalização, preferindo o modelo procedimentalista, isto é, sem pretensões substanciais emancipatórias. A Constituição deveria ser mínima, sintética, sem normas programáticas e sem muito espaço para os direitos sociais. Deveria retornar

instaurou em razão disso revelou a emergência de maiores interação e influência estatais no plano comercial, a fim de garantir a justiça social que uma atuação ilimitada do mercado não seria e não é capaz de consubstanciar.

Mesmo neste cenário volátil e oscilante, no qual se verifica demasiada desigualdade e exclusão sociais, o Estado Brasileiro manteve-se interventor e atentado à materialização da justiça social e da igualdade substantiva¹⁴², ao passo que também cedeu espaço para satisfação das exigências impostas pelo mercado (flexibilizando o monopólio da produção normativa), distanciando-se, assim, do modelo neoliberal¹⁴³ – posto que não se exime de tutelar, supervisionar e fiscalizar questões econômico-sociais –, e caracterizando-se como um Estado Pós-Social e Democrático de Direito.

Neste enquadramento, a interpretação e a aplicação contemporâneas do princípio de separação dos poderes, no Brasil, se dá no sentido de assegurar e evitar o descumprimento dos direitos e garantias fundamentais por intermédio do estabelecimento de diretrizes, limites, prerrogativas, técnicas de controles recíprocos (sistema de freios e contrapesos), e imunidades para cada função estatal, no exercício do Poder Público.

Em linhas gerais, a Constituição de 1988 estabeleceu as funções estatais aos três Poderes, sob o timbre da soberania – independentes, autônomas e harmônicas entre si –, com atribuições **sem cunho de exclusividade absoluta** na realização dos misteres constitucionais, sendo que “[...] cada um dos Poderes possui uma **função predominante**, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional”¹⁴⁴.

Com efeito, são funções **típicas do Poder Legislativo legislar e fiscalizar**, sendo o Congresso Nacional a instituição responsável pela execução dos encargos legislativos,

à função que exerceu no Estado Liberal, isto é, preocupar-se apenas com a organização política e as liberdades individuais. Procura-se reduzir o poder de intervenção do Estado, para que o mercado fique mais livre, o que afeta a ordem econômica e social, reduzindo ou extinguindo os mecanismos de tutela dos mais fracos. Acabar com a ideia de justiça social é o principal objetivo do neoliberalismo.”

¹⁴² SARMENTO, 2004. p. 51.

¹⁴³ Cf. SARMENTO, 2004. p. 51. “Ao invés de agir coercitivamente, ele [o Estado] tenta induzir os atores privados, através de sanções premiais ou outros mecanismos, para que adotem os comportamentos que ele deseja. **As normas jurídicas que este Estado produz são muitas vezes negociadas em verdadeiras mesas-redondas, e o direito se torna mais flexível, sobretudo para os que detêm poder social** [grifos meus].”

¹⁴⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 437.

incumbido, à luz da Constituição e dos processos por ela ditados, da criação de normas jurídicas e da fiscalização do Poder Executivo.¹⁴⁵

Consoante Alexandre de Moraes, no âmbito das tarefas típicas de fiscalização o controle parlamentar classifica-se em político-administrativo e financeiro-orçamentário. O primeiro defende a possibilidade de acesso às movimentações e à performance da máquina burocrática, bem como de questionamento de atos do Poder Executivo, com o escopo de aferir a gestão da coisa pública e tomar as diligências cabíveis e essenciais para a perseverança da democracia. Já o segundo (controle financeiro-orçamentário), traduz-se na função fiscalizatória das finanças do Estado, como prevê o artigo 70 da Carta Magna (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). Neste diapasão, ressalta-se que essa fiscalização pressupõe a prestação de contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal).¹⁴⁶

Lado outro, são funções **atípicas** do Poder Legislativo **administrar e julgar**, o que se configura, a título exemplificativo, quando “[...] o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores”¹⁴⁷ (função de administrar); e quando se tem, por exemplo, um processo de *Impeachment* a ser **julgado** pelas duas Casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal). Vale lembrar que os parlamentares que representam a vontade geral dos cidadãos são eleitos por estes últimos: pelo sistema proporcional, no caso da Câmara dos Deputados; e pelo majoritário para a composição do Senado Federal.

Noutra quadra, tendo o Brasil adotado expressamente o sistema presidencialista ao reunir numa mesma pessoa o papel de Chefe de Estado e de Chefe de Governo, o

¹⁴⁵ MORAES, 2017. p. 437.

¹⁴⁶ Ibid., p. 448-449.

¹⁴⁷ Ibid., p. 449.

Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos seus Ministros de Estado (artigo 76, da Lei Maior). O Presidente é eleito pelo sistema eleitoral majoritário e, como Chefe de Estado, o representa (nacional e internacionalmente) e corporifica em si a sua unidade interna; já como Chefe de Governo, tem como incumbência a representação interna “[...] na gerência dos negócios internos, tanto de natureza política (participação no processo legislativo), como nos de natureza eminentemente administrativa [...]”¹⁴⁸.

Consequentemente, o Executivo é um órgão cuja função é perpetrar atos administrativos, de chefia de Estado, e de governo. Constitui-se ação **típica** do Executivo a administração da *res publica*, e **atípica** a legislatura (adoção de Medidas Provisórias prevista no artigo 62, da Constituição da República, por exemplo).¹⁴⁹

De modo similar ao que foi idealizado pelos ilustres filósofos previamente mencionados (Aristóteles, John Locke e Montesquieu), sem embargo das diversas nuances constatadas, cumpre ao Poder Executivo Brasileiro definir e empreender tanto a política nacional, quanto a internacional, de sorte que a ele compete – através de seus representantes –, a direção, o controle e a mobilização da Administração Pública; a participação na legislação sob a perspectiva de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis; promover e extinguir cargos públicos; manter relações com Estados estrangeiros, celebrar tratados, convenções e atos internacionais; declarar guerra e celebrar a paz; exercer o comando das Forças Armadas; nomear os que foram instituídos em determinados cargos públicos; prestar contas ao Legislativo; dentre outras atribuições previstas na legislação pátria e na Carta Constitucional.

Por fim, ao **Poder Judiciário**, em contrapartida aos ideais liberalistas, compete a proteção e a efetiva realização dos direitos fundamentais, sendo obsoleta a concepção na qual separava-se a Política do Direito e neutralizava-se o Judiciário, outorgando-lhe apenas o compromisso de subsumir os fatos às normas. Nos dias que correm, o adequado funcionamento do Estado Democrático Social de Direito exige uma atuação ampla e positiva deste Poder na promoção dos princípios fundamentais e constitucionais, dentre os quais destacam-se os que se constituem nos mais superiores instrumentos

¹⁴⁸ MORAES, 2017. p. 498.

¹⁴⁹ MORAES, loc. cit.

regulatórios da vida social, sendo estes, o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da legalidade e da justiça social. Daí deflui-se a essencialidade de autonomia, imparcialidade e independência do Judiciário para que este possa, de fato, proteger-se das opressões advindas dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), resguardar a integralidade do sistema normativo e a sua observância, e “[...] consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania”¹⁵⁰.

Seguindo as definições de Alexandre de Moraes, como dever **típico** o Poder Judiciário encarrega-se de **julgar**, de ocupar-se da função jurisdicional – “consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade”¹⁵¹ –, trazendo soluções a casos concretos que envolvem conflitos de interesses entre as partes, obviamente à luz do grupo de normas vigentes inspiradas nos ditames constitucionais. As funções **atípicas** possuem naturezas administrativa e legislativa, sendo que a primeira se dá, por exemplo, com a concessão de licença, férias e outros afastamentos aos seus membros e serventuários (artigo 96, inciso I, alínea “f”, da Constituição Federal), e com o provimento dos cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição (artigo 96, inciso I, alínea “c”, da Carta Constitucional). A segunda, no que lhe concerne, substancializa-se, *verbi gratia*, com a organização estrutural de seus órgãos (do Judiciário), com a eleição de seus órgãos diretivos, a elaboração de regimentos internos sob a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Lei Maior).¹⁵²

O surgimento e a implantação de direitos sociais, culturais e econômicos nas Constituições contemporâneas associou constitucional e completamente o Poder Judiciário ao cumprimento e à execução dos direitos fundamentais.¹⁵³ À vista da efetivação desses direitos constitucionais e do vasto aumento no volume de questões

¹⁵⁰ MORAES, 2017. p. 531.

¹⁵¹ Ibid., p. 532.

¹⁵² Ibid., p. 533.

¹⁵³ Cf. CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2. p. 119 apud MORAES, 2017. p. 533. “Para o exercício de tão importantes missões constitucionais, faz-se necessária a existência de certas garantias, que possibilitem a aplicação dos princípios basilares do Direito Constitucional apontados pelo já citado Marcelo Caetano: (a) a regra da proteção dos direitos individuais; (b) a regra do processo jurídico regular; (c) a regra do razoável ou do equilíbrio de interesses; e (d) a regra da igualdade de direito à proteção legal.”

litigiosas apurado nas últimas décadas, revela-se primordial a existência de determinadas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio – artigo 95, da Constituição) que permitam a atuação do Judiciário no sentido de efetiva aplicação dos precípuos princípios do Direito Constitucional. Neste diapasão, essas garantias são extremamente relevantes para a perenidade da Separação de Poderes e para o pleno desenvolvimento da Democracia e dos direitos fundamentais, posto que a inexistência, supressão ou diminuição de tais garantias configuram “obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, [...], permitindo que sofra pressões dos demais Poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos [...] que causem lesão a direitos individuais ou coletivos”¹⁵⁴.

Vê-se, assim, em compatibilidade com o tema contemplado no capítulo dois do presente estudo – a indispensabilidade de solidariedade, harmonia, contribuição conjunta, equilíbrio, continuidade, integração, divisão de tarefas e dedicação total para sua realização, e constante contato entre os órgãos estatais como meio capaz de curar as anomalias do sistema (inexistência e/ou obsolescência de regulamentação) e encontrar soluções para as lacunas funcionais presentes na Política corrente –, a necessidade de coesão entre as funções do Estado como forma de propiciar o desenvolvimento de cada uma delas e do todo unitário. Nesta sequência, observa-se também a impossibilidade de progresso da coletividade quando se interpreta o princípio da separação de funções rigorosamente, sendo congruente para frisar este entendimento, as seguintes reflexões de Auguste Comte:

Se, de um lado, de fato, a separação das funções sociais permite ao espírito minucioso um desenvolvimento venturoso, impossível de qualquer outra maneira, ela tende, espontaneamente, a sufocar o espírito global ou, pelo menos, a entravá-lo profundamente. [...] É assim que o mesmo princípio que, sozinho, permitiu o desenvolvimento e a extensão da sociedade geral ameaça, sob outro aspecto, decompô-lo em uma infinidade de corporações incoerentes que parecem quase não pertencer à mesma espécie.¹⁵⁵

Por conseguinte, é preciso que haja solidariedade orgânica entre as funções do Estado e, sincronicamente, que seja respeitada a regra que as diferencia, viabilizando,

¹⁵⁴ MORAES, 2017. p. 533.

¹⁵⁵ COMTE, Auguste. *Cours de philosophie positive*, IV, p. 429 apud DURKHEIM, 2016. p. 327.

assim, a evolução do órgão governamental e, conseqüentemente, da sociedade para o qual foi concebido.

3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

3.2.1 Controle de Constitucionalidade

A Constituição da República de 1988 determina como direito e garantia fundamental que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5.º, inciso XXXV)¹⁵⁶. Desta forma, a atividade judiciária possui, atualmente, maior destaque social e está vinculada à política estatal, uma vez que a perpetuidade do Estado Democrático e Social de Direito pressupõe a inestimável participação positiva do Poder Público na consumação da justiça constitucional, o que inclui e implica na **desneutralização política** do Judiciário para vigiar e controlar os atos políticos e as políticas públicas promotoras de direitos fundamentais que não estejam desempenhando o papel que lhes compete.

O tema que envolve o ativismo judiciário para tutelar os direitos constitucionais (fundamentais, sociais, culturais, econômicos) frente à inércia ou inépcia dos membros do Legislativo e do Executivo é, realmente, tormentoso, sobressaindo oportuna, de plano, a seguinte lição do insigne Émerson Garcia:

A sindicância dos atos e das omissões da Administração assumirá uma perspectiva diferente daquela formada por influência do liberalismo, cujo objetivo principal era obstar o avanço sobre esferas resguardadas ao indivíduo. **Em se tratando de direitos sociais, a Administração deve penetrar em determinadas áreas essenciais ao indivíduo e realizar as prestações necessárias à sua concretização, o que exigirá uma ótica de análise distinta, essencialmente voltada à aferição das omissões administrativas [e legislativas]. Essa constatação permite concluir que as inter-relações mantidas entre os Poderes Executivo [Legislativo] e Judiciário não devem ser concebidas numa linearidade indiferente aos influxos ideológicos que exijam um *facere* ou um *non facere* estatal. Com isso, será possível descortinar, na própria Constituição, a legitimidade do Poder Judiciário na**

¹⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

aferição de comportamentos aparentemente envoltos no outrora inexpugnável manto da discricionariedade administrativa [grifos meus].¹⁵⁷

A função jurisdicional engloba, pois, a responsabilidade de projetar as liberdades individuais e coletivas no plano empírico social, e o compromisso “pelo sucesso político das exigências do Estado Social”¹⁵⁸, demandando uma atuação completamente diferente daquela que se tinha no Liberalismo, não estando o Judiciário restringido à subsunção do fato à norma legal em abstrato, mas incumbido de concretizar, em colaboração com os Poderes (Legislativo e Executivo), os direitos fundamentais sociais e as diligências necessárias para conservar a democracia. Neste caso, havendo um expressivo número de direitos a reclamar uma prestação jurisdicional direcionada à manutenção da ordem constitucional, o Judiciário não fica “preso” à estrita legalidade (*dura lex sed lex*), podendo adotar opções ideológicas que reflitam em princípios vetores do sistema constitucional. Todavia, sublinha-se que essa prestação jurisdicional deverá ser realizada de forma a garantir a independência, a separação e a harmonia entre os Poderes.

Portanto, “cabe à ordem constitucional, a partir dos diferentes influxos ideológicos que, explícita ou implicitamente, nela se materializaram, atuar como elemento polarizador do princípio da separação dos poderes”¹⁵⁹, de maneira a contrapor e, ao mesmo tempo, integrar as funções estatais, com o intuito de preservar a dignidade da pessoa humana, promover o bem-social e o progresso coletivo, obtendo como resultado desta mútua oposição – e convivência – “a moderação de todos os poderes; o império da lei; a liberdade”¹⁶⁰.

Como é cediço, a Constituição ocupa o topo da pirâmide normativa e apresenta hierarquia superior em relação às demais leis do ordenamento jurídico (*lex superior*), estando, por conseguinte, igualmente acima das funções estatais que estabelece. Nessa seara, para que seja possível tutelar os direitos fundamentais concebidos pelo texto constitucional, o Estado precisa colocar à disposição os meios indispensáveis à implementação de condições fáticas que permitam o pleno gozo dessas liberdades (fundamentais). Para tanto, o órgão judicante assume, na contemporaneidade, o cargo

¹⁵⁷ GARCIA, 2008. p. 245.

¹⁵⁸ CAMBI, 2018. p. 270.

¹⁵⁹ GARCIA, op. cit., p. 245.

¹⁶⁰ MORAES, 2017. p. 533.

de guarda legal e constitucional, “[...] para conter os abusos decorrentes da livre margem de arbitrariedade travestida sob as roupagens denominadas conveniência e oportunidade”¹⁶¹. Com isso, furtar do Judiciário a possibilidade de apuração e avaliação dos atos dos demais Poderes que prejudiquem o decoro e a efetividade dos fins do Estado, “seria o mesmo que regressar à época do absolutismo com uma única diferença, ao invés de rei, teríamos o presidente, concentrando em suas mãos todo o poder com o nome de Executivo”¹⁶².

A eficácia dos direitos aos quais se presta a democracia depende de um diferente processo de diálogo e cooperação¹⁶³ entre os três Poderes do governo, em razão da responsabilidade do Poder Público de agir e intervir ativa e positivamente para introduzir na realidade pátria o texto e os direitos constitucionais, quaisquer que sejam – de proteção e/ou de prestação. Nesse sentido, a concretização dos princípios de justiça clama a transformação do Poder Judiciário para que ele não somente aplique a lei – examinando apenas a legalidade do fato – como fazia o juiz politicamente neutro, mas que também controle os poderes de legislar e administrar a fim de constatar se estes estão sendo conduzidos sob o prisma da efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais¹⁶⁴. Em outras palavras, o Judiciário, ao assumir a sua parcela de “responsabilidade política na atuação promocional do Estado – nomeadamente através de uma vinculação mais estreita do direito ordinário à Constituição, de modo a garantir uma tutela mais eficaz dos direitos da cidadania [...]”¹⁶⁵, aumenta o seu alcance e desneutraliza-se politicamente, passando a fiscalizar as políticas públicas¹⁶⁶ proferidas e

¹⁶¹ MORAES, 2017. p. 533.

¹⁶² ANDRADE, Fernando Gomes de. **Direitos Sociais e Concretização Judicial: Limites e Possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 123.

¹⁶³ CAMBI, 2018. p. 268.

¹⁶⁴ ANDRADE, op. cit., p. 123-124.

¹⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Portal das Ciências Sociais Brasileiras**. Coimbra, n. 65, 1 nov. 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁶⁶ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 121 apud CAMBI, 2018. p. 272. “O controle judicial de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais, segundo Ana Paula de Barcellos, pode incidir sobre os seguintes pontos: (i) a definição, pelo Poder Público, de fins e prioridades no que tange o tema dos direitos fundamentais; (ii) a repercussão e o resultado esperados das políticas públicas; (iii) a parcela de recursos a serem destinados ao cumprimento, à execução das políticas públicas; (iv) a concretização das metas traçadas pelo Poder

instaladas pelos demais Poderes e transformando-se, realmente, num verdadeiro Poder Político.

Todavia, na eventualidade de uma atuação mais extensa colidir-se com um indesejável governo dos juízes, a referida desneutralização tornar-se-ia um problema, exatamente porque juízes não são eleitos pela população, não possuem mandato fixo, não sujeitam suas decisões à apreciação e parecer públicos (julgamentos que não se legitimam pela vontade popular, mas “pela mera aplicação do Direito aos casos concretos”¹⁶⁷ – o que tem uma razão de ser, pois não seria plausível que juízes decidissem consoante os desejos dos cidadãos e ignorassem o que dispõem a Constituição e o ordenamento jurídico), fruem de garantias como vitaliciedade e inamovibilidade, podendo, destarte, fazer valer seus interesses enquanto grupo político, em descompasso com os interesses da população e com os postulados da democracia representativa vigente.¹⁶⁸

Lado outro, a respeito do tema do controle realizado pelo órgão jurisdicional, nota-se a relevância da criação de um corpo normativo adequado que seja capaz de regular a intervenção judiciária nas políticas públicas e no controle de constitucionalidade, posto que, caso contrário, inexistindo regras nesse sentido, haveria potencialidade de o juiz – querer – substituir o administrador público, desrespeitando o Princípio da Separação dos Poderes em razão de ao Executivo caber a conveniência e a oportunidade do ato de administração.

Portanto, de um lado tem-se a indispensabilidade da relação de (inter)dependência e controles recíprocos (sistema de freios e contrapesos) dos Poderes entre si, para promover a proteção do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional como a base e a justificativa de validade da ordem jurídica; de outro, tem-se a preocupação de obstar a formação de um “[...] superpoder, com a conseqüente possibilidade de abusos

Público; e (v) a eficiência mínima que decorre da observância do princípio constitucional da eficiência na aplicação dos recursos públicos, o qual determina que o administrador público tem o dever de otimizar o emprego da fortuna pública para obtenção dos mais excelentes e adequados resultados possíveis, como meio de promoção do interesse público”.

¹⁶⁷ CAMBI, 2018. p. 271.

¹⁶⁸ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 158 apud CAMBI, 2018. p. 271.

e desvios”¹⁶⁹. Diante disso e do princípio fundamental da Separação de Funções, sustenta-se que nenhum órgão nomeadamente habilitado a desempenhar certas atividades pode exercer outras que esvaziem as funções materiais que aos demais foram outorgadas, sendo que “o alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do monismo de poder [...]”¹⁷⁰, o que sucederia na aglutinação de plenos poderes a um só órgão de soberania, a um só Poder (característica que se faz presente em regimes antidemocráticos).

Assim sendo, a tripartição destina-se a impedir que haja abuso de competência e permitir a moderação entre os Poderes para que cada qual não extrapole a sua área de domínio funcional. Nesse sentido:

A implementação judicial dos direitos fundamentais sociais e, para tanto, o controle judicial de políticas públicas deve respeitar o princípio da subsidiariedade. Compete ao Judiciário atuar somente como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo, quando restar caracterizada a atuação ou a omissão inconstitucionais, vale dizer, quando estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos fundamentais. Caso contrário, estar-se-ia depositando no Poder Judiciário uma expectativa que, fatalmente, frustraria, **pois a jurisdição constitucional deve ser exercida, tão somente, como uma ferramenta capaz de potencializar o Estado Democrático de Direito** [grifos meus].¹⁷¹

Conclui-se, pois, que a intervenção judiciária deve ser subsidiária às restantes formas de controles que se tem à disposição, ou seja, deve ocorrer meramente quando for constatado, no mundo fenomênico, a inconstitucionalidade por ação ou omissão dos demais Poderes.

Nesta linha, do funcionamento desarmônico do ordenamento defluem-se mecanismos de reparação como meio de proteção dos direitos fundamentais, sendo, um destes, o **controle de constitucionalidade**, o qual nada mais é do que a verificação, formal e material, de coerência entre qualquer lei e/ou ato normativo infraconstitucional e a própria Constituição – a qual deve prevalecer e orientar toda pretensão jurídica.

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003. p. 556.

¹⁷⁰ Ibid., p. 559.

¹⁷¹ CAMBI, 2018. p. 278.

Consoante Luís Roberto Barroso, existem dois requisitos essenciais à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais¹⁷². Deveras, já foi mencionado acima que a Lei Fundamental encontra-se no mais alto grau da escala normativa e, por esse motivo, toda norma que for criada deve derivar e estar em conformidade com os valores, princípios e as limitações impostas pelo texto constitucional e, caso não esteja, não poderá subsistir validamente no ordenamento jurídico, fato este que traduz o princípio da supremacia da Constituição sobre todos os Poderes, inclusive o Legislativo, que anteriormente era concebido como Poder Supremo. Já quanto à estabilidade, a Constituição rígida é a que ostenta que a norma constitucional deve “[...] ter um processo de elaboração diverso e mais complexo [e dificultoso] do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle”¹⁷³, verificando-se novamente a soberania, a preeminência da norma constitucional frente àquelas produzidas pelo Poder Legislativo.

Em respeito à legitimidade democrática, é preciso que atos contrários aos ditames da Lei Maior sejam invalidados por juízes e tribunais, a fim de salvaguardar os direitos de propriedade e também os direitos fundamentais frente às imposições políticas de uma maioria parlamentar e assegurar a supremacia da Constituição. Nesse seguimento, “ao aplicar a razão pública, o tribunal deve evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem-posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem”¹⁷⁴.

Não obstante o controle de constitucionalidade apresentar como primeiro precedente o caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 (nesta conjuntura, foi feito controle difuso de constitucionalidade), no Brasil, apenas a datar da Constituição Republicana de 1891 é que foi consagrada a técnica em epígrafe – no método difuso – sob a luz do sistema estado-unidense. A partir de então, todas as subsequentes Constituições Brasileiras (1934, 1937, 1946, 1967 e 1988) trouxeram similar previsão em

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

¹⁷³ Ibid., p. 24.

¹⁷⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 284.

seu bojo, cada qual com as suas peculiaridades que exprimiam as realidades sociais experimentadas nas épocas.

A Carta de 1988 engloba “[...] um dos mais complexos e completos sistemas de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”¹⁷⁵, sendo que, quanto ao **momento de realização do controle**, este pode ser **preventivo** ou **repressivo**. Via de regra, o primeiro é realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo e propõe-se a impedir a entrada de espécies normativas inconstitucionais no sistema; o segundo é praticado pelo Poder Judiciário com o propósito de verificar a adequação de atos normativos com a Constituição e expelir do ordenamento jurídico normas que a desrespeitem.¹⁷⁶

O **controle preventivo** ocorre, **no âmbito do Poder Legislativo**, por ação das Comissões Permanentes de Constituição e Justiça e de Cidadania (prevê a Constituição, em seu artigo 58, a criação de Comissões pelo Congresso Nacional, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação¹⁷⁷), que possuem, consoante o artigo 32, inciso IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, campo temático e áreas de atividade voltados à aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões, assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado e dos Poderes e às funções essenciais da Justiça, para efeitos de admissibilidade e tramitação¹⁷⁸. O Regimento Interno do Senado Federal, por sua vez, prevê que à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de

¹⁷⁵ CAMBI, 2018. p. 284.

¹⁷⁶ MORAES, 2017. p. 743-744.

¹⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁷⁸ BRASIL. **Resolução nº 17, de 1989**. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, 1989. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário¹⁷⁹.

Na **esfera do Executivo**, o controle preventivo desenrola-se mediante o veto do Chefe deste Poder, visto que, se o Presidente da República considerar o projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto¹⁸⁰, conforme o artigo 66, § 1.º, da Magna Carta.

O **controle de constitucionalidade repressivo**, em regra, é feito pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário, havendo dois mecanismos de controle nesta vertente, denominados por Alexandre de Moraes como **controle reservado ou concentrado** (via de ação) e **controle difuso ou aberto** (via de exceção ou defesa).¹⁸¹

Cumprе ressaltar que, em caráter excepcional, incumbe ao Legislativo realizar o controle repressivo, sendo competência exclusiva do Congresso Nacional, em correspondência ao artigo 49, inciso V, da Constituição da República, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa¹⁸², exercendo, desta forma, o referido controle. Outra hipótese na qual isso acontece – controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo –, é aquela que envolve a adoção de medidas provisórias com força de lei, pelo Presidente da República, posto que este deve submetê-las de imediato ao Congresso Nacional¹⁸³ (artigo 62 da Constituição Federal), para que este a aprove e a converta em lei, ou rejeite e retire-a do ordenamento jurídico sob a alegação de reconhecimento de inconstitucionalidade aferida pela Comissão Mista.

¹⁷⁹ BRASIL. **Resolução nº 17, de 1989**. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, 1989. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁸¹ MORAES, 2017. p. 749.

¹⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

O Poder Judiciário, como relatado acima, efetua dois modelos de controle, apresentando, por isso, controle de constitucionalidade misto (de forma concentrada e de forma difusa). A Constituição afirma, em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”, que compete ao **Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal¹⁸⁴. Por seu turno, o artigo 97 do mesmo diploma legal declara que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os **tribunais** declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público¹⁸⁵. Há, portanto, uma cláusula de reserva de plenário¹⁸⁶, e se o ato normativo for considerado inconstitucional sem o número de votos necessários para constituir maioria absoluta do órgão fracionário a decisão é absolutamente nula, seja no controle difuso, seja no concentrado (a exceção para a observância do artigo 97 da Lei Maior se dá tão somente quando o ato normativo já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal).

À luz de tais dispositivos, falar-se-á, num primeiro momento, a respeito do **controle difuso**, o qual permite a realização de controle de constitucionalidade por todo e qualquer juiz, de qualquer instância judicante, objetivando verificar, incidentalmente, em meio à análise do litígio a ser solucionado pelo Judiciário, a compatibilidade ou contrariedade do ordenamento jurídico com a Constituição da República. Se for constatado algum contrassenso, deverá prevalecer a Constituição em razão da sua supremacia diante de todas as espécies e atos normativos. Ressalte-se que o controle difuso é exercido exclusivamente no caso concreto que esteja sendo julgado e decidido pelo Poder jurisdicional, dado que este último apenas “[...] incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação”¹⁸⁷. A este respeito, vale fazer menção à competência privativa

¹⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁸⁶ MORAES, 2017. p. 753.

¹⁸⁷ Ibid., p. 750-753.

do Senado Federal – por meio de ato discricionário do Poder Legislativo – para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁸, unicamente no exercício do controle por via de exceção ou defesa, “[...] uma vez que no controle concentrado os efeitos da decisão são *erga omnes* e vinculantes”^{189, 190}

Ademais, cumpre expor os **efeitos da declaração de inconstitucionalidade no plano do controle aberto**. Entre as partes do processo e no processo em que se deu a declaração de inconstitucionalidade, têm-se, via de regra, efeitos *ex tunc* (retroativos), em virtude da nulidade da lei ou ato normativo e de todas as ações destas derivadas (mesmo que anteriores), quando em desarmonia com os comandos constitucionais. Para os demais não envolvidos, os efeitos são *ex nunc*, se houver “*ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal* (CF, art. 52, X)”¹⁹¹, e for editado pelo Senado resolução que suspenda a execução no todo ou em parte, de lei ou ato normativo declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, tendo, destarte, efeitos *erga omnes*, mas *ex nunc*, pois passa a ter validade a datar da publicação da resolução senatorial¹⁹².

Antes de ingressar mais especificamente no tema do controle por via de ação, cabe tecer comentários sobre o **controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo**.

A Constituição Federal prevê, entre os artigos 59 a 69 de seu corpo legal, normas que envolvem o processo legislativo constitucional para concepção de heterogêneas espécies normativas que, em reverência ao princípio da legalidade, devem respeitar o devido processo legislativo. Assim sendo, é de incontestável relevância a efetuação de controle de constitucionalidade, seja este difuso ou concentrado, no tocante à fabricação

¹⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁸⁹ MORAES, 2017. p. 755

¹⁹⁰ Cf. MORAES, 2017. p. 757. “Não mais será necessária a aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal – cuja efetividade, até hoje, sempre foi reduzidíssima –, pois, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar Súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a questão controvertida continue a acarretar insegurança jurídica e multiplicidade de processos sobre questão idêntica.”

¹⁹¹ Ibid., p. 755.

¹⁹² Ibid., p. 757-758.

legislatória em dissonância com o citado devido processo legislativo (inconstitucionalidade formal), e, conseqüentemente, com os princípios da legalidade e da supremacia da Constituição.

Em contrapartida, há de se abordar a **possibilidade de controle jurisdicional no que se refere ao processo legislativo ainda em trâmite** nas Casas do Congresso Nacional. Tendo em vista que a lei ou ato normativo ainda está em curso neste intervalo de tempo, conclui-se, por óbvio, a impraticabilidade de controle concentrado de constitucionalidade, isto é, o controle jurisdicional sempre ocorrerá de maneira difusa sob essas circunstâncias, por intermédio da impetração de mandado de segurança por parlamentares que sejam membros do Legislativo desde o momento da propositura da ação e até a decisão final do Supremo Tribunal Federal (se o parlamentar autor da ação supervenientemente perder o mandato, extingue-se o remédio constitucional – o mandado de segurança –, sem julgamento do mérito), e que se entenderem lesados, prejudicados ao longo do processo legislativo. Logo, o Poder Judiciário realiza este controle “[...] para poder – no mérito – garantir aos parlamentares o exercício de seu direito líquido e certo a somente participarem da atividade legiferante realizada em acordo com as normas constitucionais”¹⁹³, porquanto não são obrigados – os parlamentares – a participar e votar num procedimento ilegal, inconstitucional, viciado. No que concerne à interpretação dos Regimentos Internos do Congresso Nacional, da Câmara de Deputados e do Senado Federal, não cabe controle jurisdicional, posto que, conforme o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, tal ato constituiria manifesta afronta

¹⁹³ MORAES, 2017. p. 763.

ao princípio da Separação de Poderes e intromissão política do Judiciário no Legislativo por se tratar de assunto *interna corporis*^{194, 195}.

Como guardião da Constituição, o **controle concentrado** compete ao Supremo Tribunal Federal, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, diferentes classes de ações que têm como finalidade declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, independentemente de outra ação que verse sobre litígio *inter partes*. Em outras palavras, essas ações específicas buscam unicamente nulificar, invalidar atos e normas que contrariem a Constituição – **sendo este o objeto principal da ação**, por isso o nome de controle reservado, concentrado ou por via de ação –, para garantir-se a segurança das relações jurídicas, as quais devem pautar-se na Lei Maior como norma de validade para os demais atos normativos do sistema. As espécies do anunciado controle são cinco e serão retratadas na seguinte ordem: (i) ação direta de inconstitucionalidade genérica; (ii) ação direta de inconstitucionalidade interventiva; (iii) ação direta de inconstitucionalidade por omissão; (iv) ação declaratória de constitucionalidade; e (v) arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3.2.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A **ação direta de inconstitucionalidade genérica** está prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a”, primeira parte, da Carta Magna¹⁹⁶, tendo o Supremo Tribunal Federal

¹⁹⁴ Cf. MORAES, 2017. p. 76. “Em julgamento envolvendo proposta de emenda constitucional, o plenário do STF analisou detalhadamente qual a amplitude da atuação do Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, durante o processo de elaboração legislativa, balizando-se básica e, simultaneamente, pela necessidade de defesa a lesão a direito individual (CF, art. 5.º, inc. XXXV) e da separação dos Poderes (CF, art. 2.º). [...]. Pela posição majoritária, confirmando tradicional entendimento do Pretório Excelso, compete ao Poder Judiciário analisar, em sede de mandado de segurança ajuizado por parlamentar, a regularidade na observância por parte do Congresso Nacional de *normas constitucionais referentes ao processo legislativo*, uma vez que os congressistas têm direito líquido e certo a não participarem de processo legislativo vedado pela Constituição Federal. Contrariamente, porém, entendeu-se que interpretações de normas regimentais, por tratarem de assunto *interna corporis*, são insuscetíveis de apreciação judiciária.”

¹⁹⁵ Para finalizar, cabe comunicar que há possibilidade de controle **difuso** de constitucionalidade em sede de **ação civil pública** em relação às leis federais, estaduais, distritais e municipais em face da Constituição Federal, sem efeitos *erga omnes*, caso contrário configurar-se-ia usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, por ser este o único órgão constitucionalmente autorizado a realizar controle concentrado da Carta.

¹⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2021.

capacitação para decretar a inconstitucionalidade, pela maioria absoluta de seus membros, de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital – meramente “no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros”¹⁹⁷ –, que ainda sejam vigentes ou tenham sido reproduzidos posteriormente à promulgação da Constituição Federal, não admitindo-se, pois, ação desta natureza de lei ou ato normativo já revogados (ressalta-se que lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e também que a Constituição não recebe lei anterior com ela conflitante no ordenamento jurídico), ou cuja eficácia tenha sido esgotada (há perda do objeto da ação).

Assinale-se, por relevante, que não se tem caso concreto a ser resolvido como na hipótese de controle difuso, e que o objetivo único e último da ação de controle concentrado é a declaração da (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Neste sentido, a partir da Lei n.º 9.868/99, “[...] é possível afirmar que as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade são ‘ações de sinais trocados’, pois ambas têm natureza dúplice e a procedência de uma equivale – integralmente – à improcedência da outra e vice-versa”¹⁹⁸. Além disso, o § 2.º do artigo 102 da Carta da República, determina que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal¹⁹⁹, havendo, desse modo, precípuas similitudes de objetos nestas duas ações.

Além disso, normas constitucionais originárias não podem ser objeto de ação que pretende declarar inconstitucionalidades, ou seja, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias fundamentais²⁰⁰, correspondentes às cláusulas pétreas elencadas no § 4.º, do artigo 60 da Constituição, não podem ser, por mérito de simbolizarem os mais superiores princípios constitucionais, invocadas com o propósito de virem a ser consideradas inconstitucionais.

¹⁹⁷ MORAES, 2017. p. 767.

¹⁹⁸ Ibid., p. 768.

¹⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2021.

²⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2021.

Leis e atos normativos municipais ou estaduais que expressem afronta às Constituições Estaduais serão julgados pelos Tribunais de Justiça de cada Estado, cabendo a estes, originariamente, o processamento e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, em fiel obediência ao artigo 125, § 2.º, da Lei Básica, o qual preconiza que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição, cabendo-lhes a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão^{201, 202}

Seguindo a doutrina de Alexandre de Moraes, é inadmissível controle concentrado de lei ou ato normativo **municipal** em face da **Constituição Federal** por via de ação direta de inconstitucionalidade, tanto perante a Suprema Corte, quanto ao Tribunal de Justiça Estadual, sendo admitido nessas hipóteses, em regra, apenas o controle difuso exercido no caso concreto a ser julgado por todo e qualquer órgão do Judiciário, “[...] e, excepcionalmente, presente observado princípio da subsidiariedade, mediante o **controle concentrado de lei municipal** a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação”²⁰³. Da mesma forma, inexistente controle concentrado de lei ou ato normativo distrital no exercício de competência municipal, sendo admitido pelo próprio Supremo, como indicado previamente, ação direta de inconstitucionalidade perante lei ou ato normativo distrital no exercício de competência estadual a ser julgada pela Corte Maior.

Quanto à legitimação – ativa e recursal –, o artigo 103 da Carta de 1988 estabelece que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da

²⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2021.

²⁰² Cf. MORAES, 2017. p. 772. “[...] observe-se que quando tramitam simultânea e paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma perante o Tribunal de Justiça local e outra em curso no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação ajuizada perante a Suprema Corte.”

²⁰³ Ibid., p. 773.

Câmara dos Deputados²⁰⁴; a Mesa de Assembléia 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 Nacional²⁰⁵; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional²⁰⁶, exigindo o Pretório Excelso a demonstração da pertinência temática por parte da Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador de Estado ou do Distrito Federal, e das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Essa restrição decorrente da pertinência temática é “[...] definida como requisito objetivo da *relação de pertinência* entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação”²⁰⁷, e os demais legitimados não precisam prová-la, pois esta “[...] se presume de forma absoluta [...], em face de suas próprias atribuições institucionais, no que se denomina **legitimação ativa universal** [...]”²⁰⁸.

A **ação direta de inconstitucionalidade** se volta a extirpar do ordenamento jurídico leis e atos normativos que contradigam a Constituição Federal, de forma que o Supremo Tribunal Federal ocupa, nesta conjuntura, a posição de um legislador negativo, “[...] **nunca de legislador positivo**. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição”²⁰⁹. Além disso, não há possibilidade de desistência de ações como esta²¹⁰,

²⁰⁴ Revela-se que a Mesa do Congresso Nacional não possui legitimidade para propor ação direta de constitucionalidade; as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados não se confundem com o órgão distinto que o é a Mesa do Congresso.

²⁰⁵ A perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional ao longo do trâmite da ação direta de inconstitucionalidade, em consonância com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, não acarreta na perda de legitimidade e no conseqüente prejuízo da ação.

²⁰⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2021.

²⁰⁷ MORAES, 2017. p. 778.

²⁰⁸ Ibid., p. 778.

²⁰⁹ Ibid., p. 781.

²¹⁰ Igualmente, impede-se a desistência de eventual pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade. Infeere-se, pois, a viabilidade de pedido de cautelar nessas ações quando comprovado perigo de lesão irreparável, já que a concessão de medida liminar – que deve ser por meio de decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal – representa verdadeira exceção ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos elaborados pelo Legislativo e sancionados pelo Executivo. No que diz respeito aos efeitos da citada concessão, a Lei n.º 9.868/99 anuncia em seu artigo 11, §§ 1.º e 2.º, que a medida cautelar, dotada de **eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc** (a partir do deferimento, atos com base na norma de eficácia suspensa são inadmissíveis), **salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa**, tornando aplicável a legislação anterior exclusivamente a casos já existentes à época, salvo expressa manifestação

justamente por possuir natureza e funções distintas e extraordinárias (aplicação do princípio da indisponibilidade), bem como não existe prazo decadencial ou prescricional para ações como tais, em virtude da incapacidade de convalidação de qualquer lei ou ato normativo inconstitucional pela transcurso cronológica.

Atua como “[...] curador especial do princípio da presunção da constitucionalidade [...]”²¹¹, em defesa da lei ou ato normativo contestado/atacado nas ações diretas de constitucionalidade, o Advogado-Geral da União, não podendo manifestar-se em sentido oposto à constitucionalidade da norma, devendo ser citado previamente à apreciação da inconstitucionalidade para defender o ato ou texto impugnado²¹².

Perante o Supremo Tribunal Federal, o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade genérica e da ação declaratória de constitucionalidade são estabelecidos pela Lei n.º 9.868/99. A petição necessariamente indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, e individualizará o pedido, com suas especificações²¹³. Para completude da apresentação do tema, acrescenta-se que, em conformidade com o artigo 103, § 1.º, da Carta Maior, o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal²¹⁴.

A Lei n.º 9.868/99 determina que o Relator, considerando a relevância da matéria, a representatividade dos postulantes e o interesse público, poderá, por despacho irrecorrível²¹⁵ (“[...] o Supremo Tribunal Federal [relativizou] essa irrecorribilidade,

em sentido contrário. Em outras palavras, a suspensão da eficácia da lei ou ato normativo impugnado suscita o retorno provisório da vigência e eficácia da lei anteriormente revogada até que se julgue o conteúdo da ação. BRASIL. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

²¹¹ MORAES, 2017. p. 785.

²¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

²¹³ BRASIL. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

²¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

²¹⁵ A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória. BRASIL. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

autorizando a possibilidade de recurso pelo *amicus curiae* da decisão que haja denegado seu pedido de admissão no processo.”²¹⁶), admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades dotados de representatividade adequada ao processo de controle abstrato²¹⁷. Cogitam-se, desta forma, hipóteses de admissão da figura do *amicus curiae* (até o dia da remessa dos autos para inclusão em pauta de julgamento) como terceiro interveniente, nas quais a sua participação no controle abstrato não deve sofrer restrições, sendo exercida da maneira mais ampla possível, objetivando oferecer/trazer pareceres e/ou informações adicionais relevantes ao processo e auxiliar na sua instrução, servindo como “[...] instrumento de democratização e maior legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal”²¹⁸, não sendo, porém, a este terceiro interventor assistente atribuído poderes processuais inerentes às partes.

O artigos 23 e 24 da Lei em comento (Lei n.º 9.868/99), destacam a natureza dúplice da decisão na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, posto que, efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada – se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate da primeira (ação direta de inconstitucionalidade) ou da segunda (ação declaratória de constitucionalidade) –, e, sendo proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória²¹⁹.

Os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual no controle concentrado são, via de regra, *erga omnes*

²¹⁶ MORAES, 2017. p. 788.

²¹⁷ BRASIL. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

²¹⁸ MORAES, op. cit., p. 790.

²¹⁹ BRASIL. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

(para todos), *ex tunc* (retroativos), vinculantes e repristinatórios^{220,221}. Sendo verificada a inconstitucionalidade da norma impugnada, todos os atos e consequências dela decorrentes são automaticamente nulos, mesmo quando pretéritos, porquanto inconstitucionais²²². Aliás, a lei ou ato normativo que assim for considerado será imediatamente removido do ordenamento jurídico com a decisão definitiva da Corte Suprema (eficácia *erga omnes* da decisão), não cabendo a aplicação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, como ocorre nos casos de controle difuso.

Importante consignar a possibilidade de modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade mediante a presença de dois requisitos constitucionais. O artigo 27, da Lei n.º 9.868/99 prevê que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (requisito constitucional material da limitação dos efeitos), poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros (requisito constitucional formal), restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado²²³. Esta manipulação de efeitos da decisão constitui “[...] opção interpretativa **excepcional** fundada em razões de segurança jurídica e interesse social, cuja finalidade é evitar a ocorrência de maiores danos sociais com a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade [grifos meus]”²²⁴, de forma que o Supremo pode afastar a regra geral de efeitos *erga omnes* (universalidade da incidência da decisão), *ex tunc* (efeito temporal) e repristinatórios

²²⁰ Cf. MORAES, 2017. p. 803. “[...] nos efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade, se a lei revogadora foi decretada nula e, conseqüentemente, jamais teve a força de revogar a lei anterior, essa manteve sua vigência permanente. Exemplificando: Se a Lei A for revogada pela Lei B, em 1.º de janeiro, sendo esta, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 30 de julho, não haverá solução de continuidade na vigência da Lei A, que manterá sua vigência inclusive no período compreendido entre 1.º de janeiro e 30 de julho, em virtude dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.”

²²¹ Ibid., p. 793.

²²² Cf. MORAES, 2017. p. 794. “Importante ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade de ato impugnado e, conseqüentemente, a retroatividade de sua nulidade alcança, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgado [...]. Há, porém, necessidade de ajuizamento de ação rescisória [...].”

²²³ BRASIL. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

²²⁴ MORAES, op. cit., p. 797.

(validade de atos praticados sob a vigência da norma declarada inconstitucional), tudo para garantir a segurança jurídica no sistema.²²⁵

Sobre este aspecto, apresenta-se passagem de pertinente exemplo trazido por Alexandre de Moraes:

[...] no julgamento da medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 23, onde foi concedida medida liminar pelo Ministro Ricardo Lewandowski, [...], em virtude de mora do Congresso Nacional em regulamentar, por lei complementar, nos termos do artigo 161, II, Constituição Federal a entrega de recursos e os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), uma vez que, em julgamento anterior, ocorrido em 24 de fevereiro de 2010 (ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243), o STF declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da LC nº 62/89, modulando os efeitos de sua decisão e determinando sua aplicação até 31 de dezembro de 2012; prazo em que o Poder Legislativo deveria editar nova Lei complementar. Transcorrido esse prazo, para que não houvesse **situação de anomia jurídica em virtude da inércia do Legislativo**, foi concedida liminar em ADO para estender o prazo anteriormente fixado por meio de modulação dos efeitos da ADI prorrogando-se por mais 150 dias, período em que determinou-se a permanência da vigência dos dispositivos da lei complementar anteriormente declarados inconstitucionais.

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade com manutenção da vigência da lei por determinado prazo até a edição de nova norma pelo Poder Legislativo poderá acarretar a perpetuação ad eterno de norma inconstitucional pela inércia legislativa e pela possibilidade de concessão de medida liminar em ADO [grifos meus].²²⁶

Percebe-se, ao abrigo do exemplo exposto, a essencialidade do uso **excepcionalíssimo** da modulação de efeitos da decisão proferida nesse tipo de ação, para que não se immortalize, no ordenamento jurídico, lei ou ato normativo efetivamente inconstitucional.

Outrossim, frisa-se, como já aludido previamente, que a Constituição da República ordena, no seu artigo 102, § 2.º, que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito

²²⁵ Cf. MORAES, 2017. p. 798. “O Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta, vem aplicando costumeiramente essa modulação, tendo declarado a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei impugnada, com a conseqüente declaração do Congresso Nacional em mora e fixando prazo de manutenção da vigência e eficácia da lei declarada inconstitucional (efeitos pro futuro), ora de 60 dias, ora de 18 ou 24 meses, para que a situação legal pudesse ser regularizada.”

²²⁶ Ibid., p. 799.

vinculante²²⁷, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal²²⁸, ou seja, há vinculação obrigatória da totalidade dos órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário às interpretações constitucionais proferidas pela Corte Suprema nestes casos (esse efeito vinculante não condiciona a própria Corte Constitucional, conforme o seu próprio entendimento acerca da matéria). De outra parte, os efeitos vinculantes voltados ao Legislativo correspondem – somente – ao impedimento de edição de norma derogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal, e de normas que ratifiquem os atos considerados nulos praticados com embasamento na lei declarada inconstitucional²²⁹, e, esta não aplicação de efeitos vinculantes à atividade legiferante, tem como escopo viabilizar a evolução e o equilíbrio do sistema constitucional e democrático representativo e a sua adequação aos anseios da realidade fática, jurídica, política e social.

A vinculação obrigatória existe porque a própria Constituição atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a sua guarda e ocorre, destarte, quando da procedência da ação (norma declarada inconstitucional e retirada do ordenamento jurídico com os efeitos já mencionados), da sua improcedência (norma declarada constitucional), da interpretação conforme a Constituição, da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, e da interpretação constitucional.²³⁰

²²⁷ Contra as decisões de magistrados ou Tribunais que descumpram o entendimento fixado em caráter vinculante pelo Pretório Excelso, cabe utilização de reclamação – pela parte que venha a ser afetada – para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF, consoante o artigo 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição da República.

²²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

²²⁹ Cf. MORAES, 2017. p. 800. “Não será possível, porém, a vinculação do Legislador em relação ao mérito da matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que poderá editar novas normas com objeto oposto ao decidido pela Corte Suprema, em virtude de sua absoluta liberdade de criação legislativa, garantindo-se, dessa forma, a possibilidade de evolução. Dessa forma, caso o Congresso Nacional edite nova lei disciplinando matéria de maneira conflituosa com entendimento anterior do STF, em sede de controle concentrado – seja por repetir lei anterior, seja por redigir entendimento muito semelhante – caberá ao Supremo, caso provocado novamente, reanalisar a matéria, no sentido de sua constitucionalidade.”

²³⁰ Ibid., p. 801-802.

3.2.1.2 Interpretação conforme a Constituição

Adentrando no tópico da **interpretação conforme a Constituição**, reforça-se a supremacia desta frente ao ordenamento jurídico, bem como a “[...] presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente [...]”²³¹, sendo que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige, às exigências do bem comum e à exegese constitucional²³².

Assim sendo, a técnica da interpretação conforme a Constituição é exclusivamente adotada em face de normas polissêmicas ou plurissignificativas e, verificando-se ambiguidade na interpretação de alguma norma e/ou múltiplos significados desta, escolhe-se, se houver, o que a confere sentido correspondente aos ditames constitucionais, para que seja preservada na legislação pátria e não venha a ser declarada inconstitucional. Importante ressaltar que:

[...] não terá cabimento a *interpretação conforme a Constituição* quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como *legislador positivo*, de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a Constituição.²³³

Existem meios para se chegar à interpretação conforme a Carta, e o intérprete – Supremo Tribunal Federal –, no processo hermenêutico, poderá realizar a interpretação conforme a Constituição **com redução de texto**, declarando a inconstitucionalidade de determinada expressão do texto impugnado e excluindo-o para compatibilizar o entendimento da norma com a Constituição Federal; **sem redução de texto**, conferindo à norma impugnada uma específica interpretação que lhe preserve a constitucionalidade – e que deve ser respeitada e aplicada de tal forma, caso contrário o texto é tido como inconstitucional –, quando não for possível reduzir o texto de sua expressão literal; e **sem redução de texto mas com exclusão de uma interpretação da norma que**

²³¹ MORAES, 2017. p. 803.

²³² BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

²³³ MORAES, op. cit., p. 804.

promoveria a sua inconstitucionalidade, isto é, neste caso, “[...] será reduzido o alcance valorativo da norma impugnada, adequando-a à Carta Magna”²³⁴.

À vista dessas técnicas interpretativas, menciona-se a **declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto**, a qual não é considerada instrumento interpretativo, mas técnica de decisão judicial através da qual obtêm-se, semelhantemente, a exclusão de determinadas situações, impondo um emprego da norma que seja compatível com a Constituição, igualmente com o objetivo de preservar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo que tenha sido impugnado (sem alterar seu texto). Embora seja manifesta a afinidade entre os efeitos, a diferença teórica entre as espécies – técnicas interpretativas e técnica de decisão judicial –, reside no fato de que a primeira elimina hipóteses de interpretação, enquanto a segunda afasta hipóteses de aplicação ou incidência da norma que levariam a uma inconstitucionalidade²³⁵. Esta técnica interpretativa é prevista no artigo 28, da Lei n.º 9.868/99, do qual extrai-se que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

De acordo com o artigo 34, inciso VII, da Lei Maior, cabe à União interpor ação direta de inconstitucionalidade interventiva aos Estados e ao Distrito Federal, em caráter excepcional (em respeito à organização político-administrativa autônoma dos entes federativos), para assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e, e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde²³⁶. Se o Poder Público editar lei ou ato

²³⁴ MORAES, 2017. p. 805.

²³⁵ JÚNIOR, Dirley da Cunha. Distinções entre as Técnicas da “Interpretação Conforme a Constituição” e da “Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem redução de texto”. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152105770/distincoes-entre-as-tecnicas-da-interpretacao-conforme-a-constituicao-e-da-declaracao-parcial-de-inconstitucionalidade-sem-reducao-de-texto>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2021.

normativo estadual contrário aos princípios sensíveis constitucionais, será suscetível a sofrer controle de constitucionalidade na modalidade interventiva, sendo que a decretação da intervenção dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, e de representação do Procurador-Geral da República²³⁷. Esta ação apresenta finalidade jurídica porque visa à declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que viole os princípios indicados, e também finalidade política graças à “[...] decretação de intervenção federal no Estado-membro ou no Distrito Federal [...]”²³⁸, no insucesso do restabelecimento da normalidade com a suspensão do ato impugnado na ação.

3.2.1.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Ainda no controle abstrato, tem-se a **ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)** prevista na Carta de 1988, a qual determina, em seu artigo 103, § 2.º, que 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 dias²³⁹. Com o propósito de conferir plena eficácia a normas constitucionais que se sujeitam à suplementação infraconstitucional, é que o legislador constituinte originário criou este modelo de controle de constitucionalidade. Em outros termos: cabe interposição da presente ação quando o Poder Público é omissivo e inibe-se da feitura, do cumprimento de um dever a ele atribuído pela Constituição. Neste sentido:

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²⁴⁰

²³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²³⁸ MORAES, 2017. p. 812.

²³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²⁴⁰ MORAES, op. cit., p. 813.

Desta forma, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão implica no reconhecimento, pelo Pretório Excelso, da inércia do Poder Público, e na consequente notificação ao Poder inadimplente para que aja de acordo com os comandos constitucionais, incumba-se de suas tarefas, ocupe-se de suas responsabilidades e faça cessar a anomalia ocasionada pela conduta negativa (omissiva) que não assegura a aplicabilidade e a eficácia da norma constitucional. Vale dizer, essa ação é cabível quando se configura a denominada inconstitucionalidade por omissão, a qual se dá nos casos em que a Carta Magna obriga o Poder Público a atuar positivamente e emitir um comando normativo e este não o faz, agindo negativamente frente à ordem constitucional de um atuar positivo, omitindo-se parcial ou totalmente (omissão absoluta ou relativa). Na concreta imposição constitucional de um dever de agir e, concomitantemente, na presença de uma inércia funcional que gera lacunas institucionais, apura-se a imprescindibilidade da propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão para combater a inaplicabilidade de normas constitucionais.

Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade²⁴¹, sendo estes: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia 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; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No que couber, empreende-se o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade genérica – vista antecedentemente – previsto na Lei n.º 9.868/99, para a ação que declarara inconstitucionalidade por omissão. E, a omissão inconstitucional total ou parcial, quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa deverá constar da petição inicial, assim como os pedidos com suas especificações²⁴².

²⁴¹ BRASIL. **Lei n.º 12.063 de 27 de outubro de 2009**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁴² BRASIL. **Lei n.º 12.063 de 27 de outubro de 2009**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

As decisões declaratórias de inconstitucionalidade por omissão possuem caráter obrigatório e mandamental, já que têm em vista a obtenção de ordem judicial remetida a outro Poder estatal, devendo dar ciência ao Poder competente para:

1. Órgão administrativo: adoção de providências necessárias em 30 dias ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. A fixação de prazo permite a futura responsabilização do Poder Público administrativo, caso a omissão permaneça.

2. Poder Legislativo: ciência para adoção das providências necessárias, sem prazo preestabelecido. Nessa hipótese, o Poder Legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, **não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu *múnus*, sob pena de afronta à separação dos Poderes, fixada pelo art. 2.º da Carta Constitucional.** Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. **Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se a sua responsabilização por perdas e danos**, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo [grifos meus].²⁴³

Por fim, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observada a essencialidade da presença, na sessão, de pelo menos oito Ministros, poderá conceder medida cautelar após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 05 (cinco) dias; e, se o relator julgar indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República no prazo de 03 (três) dias. A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, somente no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.²⁴⁴

²⁴³ MORAES, 2017. p. 815-816.

²⁴⁴ BRASIL. **Lei n.º 12.063 de 27 de outubro de 2009.** Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

3.2.1.4 Ação Declaratória de Constitucionalidade

No que tange à **ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal**²⁴⁵, prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a”, e no § 2.º do mesmo artigo da Carta Constitucional, compete ao Supremo Tribunal Federal, originariamente, processá-la e julgá-la. A citada ação tem como objetivo afastar a insegurança jurídica e a dúvida sobre validade de lei ou ato normativo federal, buscando sempre a preservação da lei ou ato impugnado na ordem jurídica constitucional – busca-se a preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo que é seu objeto –, isto é, “[...] a finalidade precípua da ação declaratória de constitucionalidade [é]: *transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes*”²⁴⁶. Portanto, quando da discussão acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal nas esferas inferiores de jurisdição, transmite-se a querela ao STF para que este afaste o controle difuso e declare a constitucionalidade da norma legal, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (o Executivo)²⁴⁷. Possuem legitimidade ativa os mesmos colegitimados anteriormente mencionados²⁴⁸.

Para admissibilidade da petição inicial, deverá ser indicado o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido, o pedido com suas

²⁴⁵ Cf. MORAES, 2017. p. 817-818. “[...], a possibilidade de criação de uma *ação declaratória de constitucionalidade de âmbito estadual* divide a doutrina. José Afonso da Silva não admite tal possibilidade, por ausência de previsão constitucional, enquanto Nagib Slaibi Filho entende permitida ao Estado-membro, no exercício de sua competência remanescente, a criação dessa ação na esfera estadual, desde que respeitado o paradigma da Constituição Federal. Parece-nos que a razão está com Nagib Slaibi Filho, uma vez que é característica da Federação a autonomia dos Estados-membros, que engloba a capacidade de auto-organização por meio de suas respectivas Constituições estaduais. Assim, e desde que seguissem o modelo federal, nada estaria a impedir que o legislador constituinte-reformador estadual criasse por emenda constitucional uma ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, em face da Constituição Estadual, a ser ajuizada no Tribunal de Justiça e tendo como colegitimados, em virtude da EC n.º 45/04, os respectivos estaduais, para os colegitimados do art. 103 da CF, para a ação direta de inconstitucionalidade.”

²⁴⁶ Ibid., p. 818.

²⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁴⁸ O Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia 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; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

especificações, e, atente-se, a demonstração e comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória²⁴⁹, isto é, exige-se a presença de inúmeras ações em curso em juízos ou tribunais que versem relativamente à constitucionalidade da lei impugnada, precisando ser apresentadas e provadas as alegações – favoráveis ou não à constitucionalidade – feitas nas searas inferiores, leia-se, a controvérsia judicial, e as respectivas condutas diante da problemática sob exame. Proposta a ação direta, não se admitirá desistência²⁵⁰.

Resumem-se os seguintes procedimentos para a ação declaratória de constitucionalidade: adoção da disciplina, no que couber, da ação direta de inconstitucionalidade; necessidade de juntada da documentação referente ao processo legislativo do ato normativo a ser discutido, quando for alegado vício formal da atividade/produção legiferante; demonstração de controvérsia judicial que põe em risco a presunção de constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal; inadmissibilidade de desistência; impossibilidade de admissão de terceiros na relação processual, pela inexistência de sujeito passivo; desnecessidade de oitiva do Advogado-Geral da União; oitiva do Procurador-Geral da República no prazo de quinze dias; aplicação do *quórum* relativo à ação direta de inconstitucionalidade.²⁵¹

Quanto à **medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade**, o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá exercer poder geral de cautela e deferir liminarmente pedido de tal natureza com efeitos vinculantes²⁵², *erga omnes* e *ex nunc*, para impossibilitar a inobservância da lei ou ato normativo federal sob análise, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo²⁵³, devendo o Tribunal

²⁴⁹ BRASIL. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁵⁰ BRASIL. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁵¹ MORAES, 2017. p. 821-822.

²⁵² Enfatiza-se que contra as decisões de magistrados ou Tribunais que descumpram o entendimento fixado em caráter vinculante pelo Pretório Excelso, cabe utilização de reclamação – pela parte que venha a ser afetada – para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF, consoante o artigo 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição da República.

²⁵³ Cf. MORAES, 2017. p. 823. “Dessa forma, uma vez concedida a liminar em ação declaratória de constitucionalidade, não haverá mais possibilidade do afastamento, por inconstitucionalidade, da incidência da lei ou ato normativo federal por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário ou por parte do Executivo,

Supremo proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de eficácia da medida provisória.²⁵⁴

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo nas ações declaratórias de constitucionalidade, julgando procedente ou não ação, produzirão eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeitos vinculantes e retroativos (*ex tunc*), relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal²⁵⁵. Destaca-se que: (i) poderá ser declarada a procedência parcial da norma, extinguindo-se a fração inconstitucional do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc*; (ii) poderá ser julgada procedente a ação e constitucional a norma desde que interpretada de uma maneira específica (interpretação conforme a Constituição), vinculando os órgãos supra citados.²⁵⁶

3.2.1.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Estado de Coisas Inconstitucional

Para esgotar o tema de controle de constitucionalidade, insta tratar da **arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)** decorrente da Constituição, a qual será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei²⁵⁷.

A Lei n.º 9.882/99 regulamentou que podem propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para ação direta de inconstitucionalidade²⁵⁸ (o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados;

que deverão submeter-se ao integral cumprimento da norma analisada liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal, em face dos efeitos vinculantes”.

²⁵⁴ BRASIL. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁵⁶ A declaração de constitucionalidade – ou de inconstitucionalidade –, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Além disso, a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória. BRASIL. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁵⁸ BRASIL. **Lei n.º 9.882 de 03 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

a Mesa de Assembléia 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; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).

Esta arguição será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público já concretizado (não se presta a realizar controle preventivo de atos do Poder Público); reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público já concretizado; sendo também cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (nesta última hipótese, a petição deverá conter prova da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado).²⁵⁹

Salienta-se o caráter subsidiário da arguição em comento, uma vez que, conforme o § 1º do artigo 4.º da Lei n.º 9.882/99, não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade²⁶⁰. O princípio da subsidiariedade reivindica o esgotamento exaustivo de outras vias para proteger os preceitos fundamentais ou a verificação de ineficiência destas medidas, sendo elas: o *habeas corpus*; o *habeas data*; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão; e ação declaratória de constitucionalidade.

A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação. Ademais, a petição deverá conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental; o pedido, com suas

²⁵⁹ BRASIL. **Lei n.º 9.882 de 03 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

²⁶⁰ BRASIL. **Lei n.º 9.882 de 03 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

especificações; e, sendo o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado²⁶¹.²⁶²

O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Entretanto, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o Relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo(s) ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.²⁶³ Vale trazer que, em analogia ao artigo 7.º, § 2.º, da Lei n.º 9.868/99, há possibilidade de participação de *amicus curiae*.

A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros (não se tem quórum estabelecido para tomada de decisão, contudo, se no caso for declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, consoante o artigo 97 da Carta Constitucional, serão necessários os votos da maioria absoluta de seus membros²⁶⁴).

Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e

²⁶¹ BRASIL. **Lei n.º 9.882 de 03 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

²⁶² A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias, e, se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Ainda, poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento. Por fim, o Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações. BRASIL. **Lei n.º 9.882 de 03 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

²⁶³ BRASIL. **Lei n.º 9.882 de 03 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

²⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

aplicação do preceito fundamental. O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. Dentro do prazo de dez dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. A decisão terá eficácia contra todos – *erga omnes* – e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, cabendo, inclusive, o instituto da reclamação para garantia de tais efeitos. Cabe também modulação de efeitos da decisão, dado que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Outrossim, aponta-se que a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.²⁶⁵

Portanto, os mecanismos para arguição de descumprimento de preceito fundamental revelam “[...] uma maior efetividade no controle das ilegalidades e abusos do Poder Público e na concretização dos direitos fundamentais [...]”²⁶⁶, seja no manuseio dessa ferramenta de maneira preventiva, quando o objeto é evitar lesão a preceito fundamental; seja de modo repressivo, para reparar/cessar ofensa aos mandamentos constitucionais ocasionada pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer Poder.

No que se refere à arguição de descumprimento de preceito fundamental, reforça-se a sua importante função na proteção e efetividade dos preceitos constitucionais, princípios, direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, sobretudo o excelso e mais elevado princípio que norteia e é fundamento da República Federativa Brasileira, qual seja, o da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III, da Carta Magna²⁶⁷). Então, o Supremo Tribunal Federal é capaz de evitar ou fazer cessar condutas

²⁶⁵ BRASIL. **Lei n.º 9.882 de 03 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

²⁶⁶ MORAES, 2017. p. 830.

²⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

dos Poderes Públicos que coloquem em risco esta gama de imposições e princípios fundamentais, de forma célere (há possibilidade de concessão de liminar), universal (eficácia *erga omnes*) e obrigatória (efeitos vinculantes), por intermédio de juízo de admissibilidade discricionário, o qual decorre do cunho subsidiário que ostenta a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. O poder facultativo de utilização desse meio para sanar a lesividade demonstra uma função peculiar inerente à Corte Constitucional, mostrando que esta deve antepor e privilegiar as ocorrências de protuberante interesse público, e que “[...] não é somente um órgão judiciário comum, mas sim órgão político diretivo das condutas estatais, na medida em que interpreta o significado dos preceitos constitucionais, vinculando todas as condutas dos demais órgãos estatais [...]”²⁶⁸.

Para concluir, há a previsão, no parágrafo único do artigo 1.º, da Lei n.º 9.882/99, de interposição de arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação distanciando-se o legislador ordinário do que determinou o legislador constituinte, pois incluiu por equiparação legal o cabimento da referida ação quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição²⁶⁹, e ainda que excepcionalmente revogados. Neste seguimento:

O texto constitucional é muito claro quando autoriza à lei o estabelecimento, exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser arguido perante o Supremo Tribunal Federal. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação de competências do STF.

Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo Poder Público de um preceito fundamental, e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado.²⁷⁰

Nota-se que o legislador utilizou-se de estratégia inconstitucional para ampliar as competências da Suprema Corte, as quais regularmente só podem ser alteradas e fixadas pelo texto da Constituição. Reaviva-se que são iguais os efeitos (*erga omnes* e

²⁶⁸ MORAES, 2017. p. 831.

²⁶⁹ BRASIL. **Lei n.º 9.882 de 03 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

²⁷⁰ MORAES, op. cit., p. 831.

vinculantes) e também o grupo de colegitimados para a arguição de descumprimento de preceito fundamental e para a ação direta de inconstitucionalidade, “[...] o que iguala ambas as hipóteses, demonstrando, claramente, a tentativa da legislação ordinária em ampliar, repita-se, de forma inconstitucional, a competência do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade”²⁷¹.

Em adição, menciona-se que foi em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, mais especificamente, na ADPF n.º 347 MC²⁷², que o Supremo Tribunal Federal declarou e inaugurou o chamado “**Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**”, diante da situação desumana e degradante do sistema carcerário brasileiro.

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional teve origem na Corte Constitucional colombiana e tem aplicação no Brasil “[...] para a solução de demandas que visam dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos, a partir da adoção de ‘medidas estruturais’”²⁷³.

Os países da América Latina apresentam similitudes no que diz respeito à sua evolução histórica, como a colonização ibérica, a independência política, a formação dos Estados Nacionais, a preeminência inglesa e depois a norte-americana²⁷⁴, as desigualdades sociais, as falhas de representação política, os descatos aos regimes estatais vigentes e, sobretudo, a violação de direitos econômicos, sociais, culturais e fundamentais, o que demanda o uso de mecanismos procedimentais como o ECI, movimento constatado em diversos países latino-americanos²⁷⁵.

Na Colômbia, o ECI foi reconhecido pela primeira vez em 1997, na *Sentencia de Unificación* n.º 559/1997, visando a salvaguardar direitos fundamentais (previdenciários)

²⁷¹ MORAES, 2017. p. 832.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁷³ KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. **A ADPF 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil**. Direito, Estado e Sociedade, Curitiba, n. 53, p. 147-181, jul. dez. 2018. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁷⁴ PRADO, Maria Ligia Coelho. Repensando a história comparada da América Latina. **Portal de Revistas da USP (Universidade de São Paulo Brasil)**, n. 153, 2005. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/19004>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁷⁵ KOZICKI; VAN DER BROOKE, op. cit., p. 147.

de professores²⁷⁶. A clara violação de direitos individuais, coletivos e/ou fundamentais fez que com que a Corte colombiana concebesse o Estado de Coisas Inconstitucional, o qual acarretou não somente neste caso, mas também nos similares subsequentes em que se percebia o referido estado, as determinações, como solução, de deixar para os entes representativos estatais o desenvolvimento de políticas públicas que amparassem os afetados, os vulneráveis atingidos por inconstitucionalidades; de impor maior interação e cooperação institucionais (o que já foi evidenciado como artifício para cessar o estado anômico na obra de Émile Durkheim); e da participação dos atores governamentais e da população (deliberação democrática) nas tomadas de decisão, “[...] o que remonta às bases do ‘novo constitucionalismo latino-americano’ em que se insere a ordem constitucional colombiana”²⁷⁷.

Na *Sentencia* T-068/2010, foram definidos os fatores ou causas que produzem a existência do Estado de Coisas Inconstitucional, quais sejam:

[...] 1) A violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que atingem um número significativo de pessoas. 2) A prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia desses direitos. 3) A adoção de práticas inconstitucionais, como a exigência de incorporação da ação de proteção ao procedimento de garantia do direito violado. 4) A não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentais necessárias para evitar a violação de direitos. 5) Existência de um problema social cuja solução comprometa a intervenção de várias entidades, para a adoção conjunta de um conjunto de medidas multissetoriais que... requerem um nível de recursos que exige um significativo esforço orçamental adicional. 6) Se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema fossem à ação de proteção para obter a proteção de seus direitos, haveria um maior congestionamento judicial.²⁷⁸

²⁷⁶ Cf. HERINGER, Helimara Moreira Lamounier; LEHIFELD, Lucas de Souza. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise de sua aplicação na defesa dos direitos coletivos dos servidores públicos da educação mineira em virtude da Lei Complementar n.º 100/2007. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*, Curitiba, v. 4, n. 61, p. 797-824, 2020. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2059/pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021. “Desde 1997, o desenvolvimento jurisprudencial acerca do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), na Corte Constitucional colombiana, alargou-se através de sua aplicação a diversas situações, tais como: a) a não inclusão de alguns professores no Fundo do Magistério, o fundo previdenciário, primeiro caso; b) a violação dos direitos processuais dos acusados detidos; c) a falta de um sistema de segurança social para os acusados e presos; d) o atraso no pagamento de pensões; e) a falta de proteção aos defensores dos direitos humanos; f) a omissão na realização de concurso público para os servidores notariais; e g) o dramático caso de pobreza e sofrimento dos desalojados em decorrência da guerra civil colombiana, promovida pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia”.

²⁷⁷ KOZICKI; VAN DER BROOKE, 2018. p. 148.

²⁷⁸ “[...] *destacó los siguientes: 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar estos derechos. 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la exigencia de incorporar la acción de tutela como parte del procedimiento para*

Assim sendo, a ineficiência e a inépcia do Poder Público – por quaisquer razões – que represente deformidade nas prestações estatais, lesione direitos e garantias fundamentais e gere um estado de emergência social foi caracterizada pela Corte Constitucional Colombiana como um Estado de Coisas Inconstitucional.

Segundo a referida Corte Constitucional, são elementos que reafirmam a existência de uma situação inconstitucional:

- 1) Em primeiro lugar, a violação massiva de múltiplos direitos reflete a gravidade da situação de violação de direitos enfrentada pela população deslocada, quando o mesmo legislador a considera um dos componentes da definição da condição de deslocado.
- 2) O elevado volume de ações de proteção iniciadas pelos deslocados para obter os diversos auxílios e o aumento das mesmas constituem o outro elemento confirmatório da existência de uma situação inconstitucional em matéria de deslocação forçada.
- 3) O acúmulo de processos ocasionado pelo volume indicado de tutelas, confirma o estado de inconstitucionalidade e permite visualizar como a violação de direitos atinge boa parte da população deslocada, em múltiplos pontos do território nacional e que as autoridades omitiram adotar as correções necessárias.
- 4) A continuação da violação de tais direitos é imputável a várias entidades da estrutura administrativa e não a apenas uma, da qual derivam a complexidade e a dimensão interadministrativa do problema.
- 5) A violação dos direitos dos deslocados se deve a fatores estruturais, entre os quais se destaca a falta de correspondência entre o “desiderato” normativo (suas prescrições) e os meios para cumprí-las, aspecto que adquire uma dimensão especial quando do olhar para os recursos insuficientes, dada a evolução do problema do deslocamento e a magnitude do problema é apreciado face à capacidade institucional para responder de forma atempada e eficaz. Em conclusão, o Tribunal declarará formalmente a existência de uma situação inconstitucional em relação às condições de vida da população deslocada internamente. Portanto, tanto as autoridades nacionais quanto as territoriais, no âmbito de suas atribuições, deverão adotar as medidas corretivas para superar tal situação.²⁷⁹

garantizar el derecho conculcado. **4)** La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. **5)** La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, para la adopción mancomunada de un conjunto de medidas multisectoriales que... exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. **6)** Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.” COLOMBIA. **Corte Constitucional da República de Colombia.** Sentencia T-068/2010. Rel. Min. Jorge Pretelt, DJ. 04/02/2010. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-068-10.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁷⁹ 1) *En primer término la violación masiva de múltiples derechos refleja la gravedad de la situación de vulneración de derechos enfrentada por la población desplazada, cuando el mismo legislador la considera como uno de los componentes de la definición de la condición de desplazado.*

2) *El elevado volumen de acciones de tutela incoadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas constituyen el otro elemento confirmatorio de la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado.*

Em prol de um constitucionalismo democrático e, através do reconhecimento desse “estado de coisas”, é que o Judiciário legitimou-se para intervir em questões atinentes aos demais Poderes quando aferido verdadeiro estado de anomia institucional em face da inexistência de regulamentação e/ou da sua obsolescência para regular e resolver problemas advindos da desarmonia instaurada entre as atividades das funções estatais.

Destarte, segundo a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, a inconstitucionalidade reside em fatos, ações ou omissões dos Poderes na implementação e/ou ausência de políticas públicas, ocasionadas por agentes específicos ou pela forma como se dá o funcionamento das instituições e suas respectivas estruturas, que impliquem na violação de direitos fundamentais garantidores do Estado Democrático de Direito. Quanto a isso, cabe um adendo: “[...] o Estado de Coisas Inconstitucional não se assemelha às ações diretas de inconstitucionalidade, uma vez que não se delimitam a um determinado caso ou dada inconstitucionalidade de uma lei, emenda ou ato normativo”²⁸⁰, sendo mais abrangente e partindo da premissa da existência de um prejuízo em massa engendrado por problema(s) que abala(m) a todos, direta ou indiretamente. Nesta perspectiva, e:

Levando-se em conta as feições emprestadas ao procedimento do ECI pela jurisprudência da Colômbia, incumbirá ao STF, [...] não apenas atuar em cooperação com os demais poderes estatais, mas também com representantes

3) *La acumulación de procesos provocada por el volumen señalado de tutelas, confirma el estado de cosas inconstitucional y permite visualizar como la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos.*

4) *La vulneración continuada de tales derechos es imputable a varias entidades de la estructura administrativa y no a una sola, de donde se colige la complejidad y la dimensión interadministrativa de la problemática.*

5) *La vulneración de los derechos de los desplazados obedece a factores estructurales dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre el “desiderátum” normativo (sus prescripciones) y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos, dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas. COLOMBIA. Corte Constitucional da República de Colombia. Sentencia T-068/2010. Rel. Min. Jorge Pretelt, DJ. 04/02/2010. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-068-10.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2021.*

²⁸⁰ HERINGER; LEHIFELD, 2020. p. 797-824.

do povo, na formulação e conseqüente fiscalização da efetivação de medidas estruturais condizentes com a salvaguarda dos direitos fundamentais violados.²⁸¹

Com efeito, conforme a citada Teoria, é dever do Judiciário colaborar harmoniosamente com os demais órgãos do Estado para a realização dos fins aos quais este foi concebido, devendo, também, comunicar às autoridades competentes a omissão e/ou ação que produz determinado estado de coisas que viola a Constituição.

Como bem observado por Durkheim, além de regulamentação suficiente que normatize as relações mútuas, interdependentes, das funções dos Poderes, é urgente, para que a solidariedade orgânica exista, o desenrolar cooperativo entre os Poderes, mantendo seu equilíbrio e, mormente, concretizando as garantias e os direitos sociais, econômicos, culturais, individuais, fundamentais. O dever de colaboração e envolvimento entre todos os Poderes da República e o acompanhamento de políticas públicas aptas a modificar o cenário inconstitucional, tornam-se imperativos para resguardar e assegurar o Estado Democrático de Direito, refletindo, também, na administração da justiça. Por isso, a exigência do cumprimento diligente das obrigações constitucionais que pesam sobre uma determinada autoridade, para restabelecer a ordem fundamental rompida pela violação de direitos desta mesma natureza (fundamental) – seja por comissão ou omissão –, consiste em meio legítimo pelo qual o Tribunal Supremo exerce sua função de guardião da integridade da Constituição e da eficácia de seus mandos.

Extrai-se, pois, que preocupantes situações inconstitucionais demandam práticas dialógicas²⁸² entre as subdivisões do Poder (o poder é uno e emana do povo), a estipulação de medidas que explicitem a realidade empírica da racionalidade implícita do constitucionalismo, a constante fiscalização do cumprimento da sentença que fixa as medidas necessárias, “[...] com o favorecimento do debate a uma ampla variedade de atores governamentais e não governamentais sobre os procedimentos a serem adotados e a implementação das políticas públicas [...]”²⁸³, tudo com o propósito de se perfazerem os direitos constitucionais.

No Brasil, como preteritamente indicado, houve flagrante adequação e preenchimento dos pressupostos para a arguição de descumprimento de preceito

²⁸¹ KOZICKI; VAN DER BROOKE, 2018. p. 797-824.

²⁸² Ibid., p. 797-824.

²⁸³ Ibid., p. 797-824.

fundamental com o objetivo de custodiar a integridade física e moral dos encarcerados na ADPF n.º 347, considerada a degradante situação do sistema penitenciário brasileiro. Foi implementada, então, a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, posto que reconhecida a sua configuração em território nacional, caracterizada pela violação massiva e persistente de direitos fundamentais pela superlotação carcerária e condições desumanas presentes, devido às falhas estruturais e às anomalias das políticas públicas cujas modificações demandam medidas abrangentes de naturezas normativa, administrativa e orçamentária²⁸⁴.

Foi requerida medida liminar para ser reconhecida a figura desse “estado de coisas” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e, para que fossem adotadas providências estruturais em face das lesões a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões (atos comissivos e omissivos) dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, de natureza normativa, administrativa e judicial. Os fundamentos foram no sentido de manifesta inconstitucionalidade exteriorizada na superlotação e condições degradantes em que se encontravam presidiários, o que ofende os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à justiça e os direitos sociais à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social e à segurança dos prisioneiros.²⁸⁵

Preceitos legais e constitucionais são olvidados pela Administração Pública ao não prover número de vagas suficiente para abrigar dignamente toda a população carcerária, sendo que “[...] a União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, apesar de encontrarem-se disponíveis e serem necessários à melhoria do quadro”²⁸⁶. Ademais, não eram observados pelo Judiciário os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.4 da Convenção

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

Interamericana de Direitos Humanos que previam o direito à audiência de custódia; o Legislativo “[...] estaria influenciado pela mídia e pela opinião pública, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade. Faz referência à produção de ‘legislação simbólica’, expressão de populismo penal”²⁸⁷. Com referência ao mérito:

Argumenta serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”. Destaca as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Saliencia ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos.²⁸⁸

Afirma-se a irrealizável ressocialização dos detidos, tendo as cadeias se tornado estabelecimentos de função distorcida nos quais se ensina a prática de crimes e de delinquências, não sendo fornecida proteção alguma e provocando o oposto da reabilitação, leia-se, a reincidência das pessoas ali contidas²⁸⁹. Esta conjuntura implica, sublinha-se, o efetivo estupro de princípios, garantias e preceitos fundamentais decretados e exigidos pela Lei Maior: o princípio da dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil que constitui-se em Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1.º, inciso III); a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5.º, inciso III) e da incoerência de penas cruéis (artigo 5.º, inciso XLVII, alínea “e”); a imposição do cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (artigo 5.º, inciso XLVIII); o que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁸⁹ “A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e insegurança social.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

5.º, inciso XLIX); o que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (artigo 5.º, inciso LVII); os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça; ainda, o descumprimento de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Essas circunstâncias reclamam a indispensável intervenção do Supremo Tribunal Federal – “[...] no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis”²⁹⁰ –, pois ante a gravidade do quadro que configura o ECI gerada pela falha estrutural de políticas públicas, é mister a decretação e adoção de providências por parte de todos os órgãos estatais da União, dos Estados e do Distrito Federal. Por intermédio desse “Estado de Coisas Inconstitucional”, o juiz constitucional é autorizado, excepcionalmente, a ditar o dever de tomada de ações emergenciais e cruciais pelos Poderes Públicos, para fazer cessar as massivas violações e graves transgressões de direitos humanos e fundamentais, supervisionando a efetiva implementação dessas medidas. Legitimou-se, assim, o ativismo do Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF n.º 347, em virtude da “[...] imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de ‘bloqueios institucionais’ nos outros Poderes”²⁹¹, no que concerne ao *status* do sistema prisional brasileiro.

Por esses motivos, as medidas estruturais impostas não equivaleriam a ofensa ao princípio democrático, tão pouco ao da legalidade, porquanto a atuação judicial voltada à defesa de direitos fundamentais – “[...] principalmente quando envolvidas minorias impopulares, como são os presos”²⁹² –, alicerçada à comunicação e à cooperação entre os Poderes da República, que resulte na solução de incógnitas urgentemente valiosas à

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

moral social e ao próprio Estado Democrático de Direito ao se atribuir ao Governo e ao legislador a chance de redigir estratégias para afastar o “Estado de Coisas Inconstitucional”, não pode ser considerada intervenção na competência institucional dos demais Poderes. Outrossim, restou consignado que “aponta caber ao Supremo, ou quem lhe faça as vezes, o monitoramento da fase de implementação, devidamente auxiliado por entidades dotadas do indispensável conhecimento, inclusive com a participação deliberativa da sociedade civil”²⁹³, como se contempla na Teoria colombiana. Como seguimento deste raciocínio:

Conclui que, presente cenário de forte violação de direitos fundamentais dos presos e falência do conjunto de políticas públicas voltado à melhoria do sistema carcerário, o Supremo deve impor aos poderes públicos, em síntese, as seguintes medidas: elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização das audiências de custódia; fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões provisórias; consideração do “estado de coisas inconstitucional” quando da aplicação e execução da pena.²⁹⁴

Entende-se como remédio para a falência do sistema prisional o comprometimento federativo, a alocação de recursos financeiros, a integração institucional, a formulação harmônica de planos nacional, estadual e distrital, visando à ultrapassagem da conjuntura dramática do referido sistema, mediante metas, propostas e providências específicas dos Poderes que acabem com a violação da dignidade da pessoa humana, a inobservância do mínimo existencial dos presos sujeitos às condições sub-humanas, insalubres e degradantes de superlotação carcerária, bem como que permitam o acesso dessas pessoas a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, todos apontados como preceitos fundamentais indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura.

Os atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da universalidade dos entes federativos são responsáveis pelas relatadas transgressões, sendo que só é possível

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

superar o ECI se houver expressiva mudança nos comportamentos normativo, administrativo e judicial das Instituições.

A falta de coordenação institucional, as ações e omissões de todos os Poderes, as falhas estatais estruturais de políticas públicas que deveriam ser promovidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, as lacunas no cumprimento das obrigações constitucionais, a inércia e a incapacidade das autoridades públicas de transformar o quadro inconstitucional agravam e perpetuam as violações constantes e generalizadas dos direitos fundamentais. Presencia-se a **anomia política** não apenas quando da ausência da legislatura, mas também quando inexistentes quaisquer tentativas de alteração da situação, “[...] uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes”²⁹⁵. Evidencia-se inaceitável e inapropriada assistência judiciária, ausência de sensibilidade legislativa e, simultaneamente, motivação política do Executivo.

O péssimo funcionamento estrutural do Estado e a falta de colaboração entre os Poderes impede que a solidariedade orgânica exista, fatores impreteríveis para reparar e desfazer a conjuntura inconstitucional. O complexo de soluções deve, portanto, “[...] envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade”²⁹⁶. Está-se defronte ao que se chama de “litígio estrutural”, o que requer a manutenção das políticas públicas já existentes ou a criação de novas outras que atendam aos propósitos constitucionais, e isto se dá por meio de mudanças estruturais que envolvam os órgãos e instituições que queiram se manifestar, bem como a sociedade civil através de audiências públicas, sendo a implementação dos planos monitorada e havendo devida coordenação entre os Poderes da República.

Observa-se, pois, que, consoante a interpretação do Supremo Tribunal Federal três são os pressupostos principais para configuração do ECI – nos quais se enquadra o sistema carcerário brasileiro: (i) situação de violação massiva e generalizada de direitos

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

fundamentais; (ii) deliberada omissão do Poder Público, inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em alterar a situação; (iii) a superação das transgressões demandar a atuação não apenas de um órgão, mas de uma pluralidade de autoridades diante do litígio estrutural.²⁹⁷

No caso em comento, ante o elevadíssimo estágio de inconstitucionalidades retratado, coube ao STF exercer sua função típica no sentido de racionalizar a aplicação e a interpretação da legislação processual e penal, materializando a ordem jurídica constitucional em todos os ramos do Direito. Simultaneamente, exerceu atividade atípica, anormal e pontual, determinando a fixação de políticas públicas que impactam em questões orçamentárias porque preenchidos os requisitos atinentes ao Estado de Coisas Inconstitucional, o qual abriu plena possibilidade de o Tribunal, ainda, participar de deliberações tipicamente políticas, sem gerar afronta aos princípios democráticos e da separação dos Poderes. Isso ocorreu à luz da intensa violação de direitos fundamentais que ultrajaram os axiomas mais elementares do Estado Democrático de Direito (como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e vários outros direitos no patamar do mínimo existencial), justificando a atuação atípica do Supremo com o intuito de obrigar a União, os Estados e o Distrito Federal a tomarem as medidas necessárias para garantir os preceitos fundamentais dos presos (“Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.”²⁹⁸). Nesta trilha:

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.²⁹⁹

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

Destarte, a incapacidade e omissão democráticas parlamentares, governamentais e estatais legitimam a intervenção judicial para frear o trespasse aos direitos fundamentais, posto que, na ausência da atuação jurisdicional, os bloqueios e desacordos políticos permanecerão, assim como o grave problema com relação aos direitos aqui discutidos (“Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático”³⁰⁰).

3.2.2 Judicialização da Política e Ativismo Judicial

A Carta Federativa de 1988 judicializou a política, propiciando soluções jurídicas para problemas políticos e soluções políticas para os problemas jurídicos, e a permanência de relações de interdependência, complementação, solidariedade e influências recíprocas entre os Poderes. Os direitos fundamentais e a sua tutela perante os conflitos sociais não podem ficar à mercê do Governo e da maioria parlamentar, exercendo o Judiciário função importantíssima no controle de constitucionalidade e legitimidade do Poder Público. Tendo em vista que nenhum Poder está acima da Constituição e todos encontram sua base neste documento político de soberania, todo ato estatal inconstitucional está submetido à apreciação e fiscalização judiciais (“O Estado de Direito exige uma organização do poder político que, constituído conforme o Direito Constitucional, obriga o poder político a se legitimar”³⁰¹). De mais a mais, repete-se que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito³⁰², o que possibilita a apreciação jurisdicional, sob o manto do texto constitucional, de omissões e comissões administrativas e legislativas que atentem contra a Lei Maior.

Assim, o juiz não se limita às funções típicas a ele atribuídas, eximindo-se de questões – *a priori* – políticas, devendo censurar o legislador ordinário e o administrador

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁰¹ CAMBI, 2018. p. 289.

³⁰² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> . Acesso em: 07 abr. 2021.

público quando da violação da Constituição, afastando o estado inconstitucional e garantindo a integridade e a supremacia constitucionais.

Portanto, a **judicialização** simboliza, também, a submissão de questões institucionalmente políticas pertinentes às duas Casas do Congresso Nacional e ao Poder Executivo, ao crivo do Poder Judiciário, o que decorre, dentre outras causas, do fenômeno da desneutralização política deste último Poder para salvaguardar a Carta Federativa e os direitos individuais, sociais, econômicos, culturais e fundamentais dos indivíduos. A judicialização entrega poderes aos juízes e tribunais, remodelando significativamente a linguagem, a argumentação e o modo pelo qual o Poder Judiciário participa da sociedade³⁰³.

O Ministro Barroso aponta três fatores como causa da judicialização³⁰⁴: (i) a redemocratização do Brasil, com a Carta de 1988, que expandiu e fortaleceu o Judiciário, fazendo com que se metamorfoseasse num poder político institucionalmente capaz de impor e efetivar as normas constitucionais e o próprio arcabouço normativo, mesmo em conflito com os demais Poderes; (ii) a constitucionalização abrangente que oferece denso conteúdo material, abarcando princípios, valores, diretrizes, regras, funções, competências, e transformando temáticas políticas anteriormente outorgadas ao legislador ordinário em temas de Direito (“O Direito Constitucional *judicializou a política*, uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonegados, passam a ser temas de Direito Público.”³⁰⁵); e (iii) o sistema brasileiro abrangente e eclético de controle de constitucionalidade permeado por técnicas de controle difuso e concentrado, previamente abordados.

A **judicialização da política** não é, destarte, opção ideológica, filosófica ou metodológica³⁰⁶, mas dever constitucional. Levam-se ao Poder Judiciário controvérsias sobre ações concretas ou políticas públicas que envolvam direitos a serem preservados

³⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN) Thesis**, v. 5, n. 1, 2012, p. 3. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2021.

³⁰⁴ BARROSO, loc. cit.

³⁰⁵ CAMBI, 2018. p. 289.

³⁰⁶ BARROSO, op. cit., p. 3.

e, sob a égide da Carta Maior, o Judiciário restringe-se a cumprir o seu papel constitucional em consonância com as delimitações institucionais vigentes.

A nova noção e constitucionalização da democracia, atrelada à proteção de direitos, garantias e liberdades humanas e fundamentais com o objetivo de salvaguardar o corpo social e os mais vulneráveis contra o potencial despotismo da maioria, espelham a **judicialização da política** que emana do modelo constitucional acolhido/escolhido pelo Brasil.

O **ativismo judicial**, por sua vez, consiste numa atuação mais acentuada do Poder Jurisdicional quando verificada omissão dos outros Poderes, para efetivar os direitos e garantias fundamentais constitucionais. A judicialização difere do ativismo porque na primeira, a atuação do Judiciário se dá pelo motivo de lhe ser prescrito pela Carta Magna agir de tal maneira, sem alternativa; já no segundo (ativismo judiciário) há uma atitude, uma “[...] escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil [...]”³⁰⁷, que obstrui a satisfação das demandas sociais de forma eficaz.

Infere-se, pois, que o Estado de Coisas Inconstitucional nada mais é do que uma derivação/espécie de ativismo judicial, expressão esta primordialmente empreendida por Arthur Schlesinger Jr., em 1947, num artigo sobre a Corte Suprema dos EUA³⁰⁸, publicado na Revista *Fortune*. Posteriormente, a contar da decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown v. Board of Education*, em 1957, por meio da qual foi julgado inconstitucional o constante descumprimento da sentença que proibia a segregação racial, notou-se nessa postura ativa da Corte a presença de “[...] ordens estruturais para a reforma em larga escala das instituições que se encontravam em mau funcionamento, a partir do pressuposto de uma relação de colaboração entre as esferas de poder envolvidas”³⁰⁹.

Tendo por norte a prática constitucional norte-americana, Ronald Dworkin realizou a seguinte crítica sobre o ativismo judicial:

³⁰⁷ BARROSO, 2012. p. 3.

³⁰⁸ MORAES, 2017. p. 807.

³⁰⁹ KOZICKI; VAN DER BROECKE, 2018. p. 147-181.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.³¹⁰

A passagem exposta indica que o ativismo judicial pode vir a ser um perigo à Democracia, à República e à Separação dos Poderes, por caracterizar usurpação de funções legislativas, administrativas e/ou institucionais, o que desqualifica a sua prática quando realizada sob a égide de opiniões pessoais dos membros do Judiciário sobre políticas públicas.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais por vias judiciais é, deveras, muito censurada, sob o argumento de que tais decisões extrapolam/vão além da dogmática jurídica, não sendo o Poder Judiciário vocacionado para tanto, devendo, então, se ater ao caso concreto que lhe é trazido, exatamente porque “[...] não teria como levar em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço público a ser prestado, a maximização dos resultados etc.”³¹¹, isto é, não teria como prever as repercussões globais de direcionamento de recursos públicos que amparam uns, mas que podem vir a debilitar o todo.

Contudo, a incessante imoralidade política no que concerne à omissão dos órgãos e instituições na produção de medidas estruturais e políticas públicas eficientes, além dos respectivos resultados indesejados, caracterizam um estado de anomia, de inconstitucionalidades. Diante disso, da supremacia da Constituição e do fato de que esta estabelece que a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito³¹², valida-se a intervenção do Supremo – na medida correta e suficiente – e até mesmo o ativismo judicial que seja voltado à práxis constitucional, que não viole ou ignore a Carta Federal e que institua a justiça, não simbolizando, portanto, qualquer desacato à

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-452.

³¹¹ CAMBI, 2018. p. 354.

³¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

democracia, traduzindo-se em “[...] verdadeira necessidade constitucional permitida pelo sistema de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantia a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais”³¹³.

A Constituição assegura uma complexa gama de direitos, cria e fixa deveres para as Instituições competentes, viabiliza a judicialização da exigência desses direitos e do comportamento ativo dos Poderes na execução da justiça social – trazendo até o Judiciário a controvérsia sobre ações ou omissões concretas, ou a (des)necessidade de políticas públicas –, fortalece o controle judicial de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição e desneutraliza o referido Poder. À vista disso, não se pode deduzir, de prontidão, a ilegitimidade da expansão ativa da função jurisdicional da Corte Superior “[...] para exigir do Estado o respeito e a realização de direitos fundamentais, impondo-lhe deveres negativos e positivos de atuação [...], para assegurar a validade concreta de direitos sociais e econômicos”³¹⁴, sendo permitidas novas técnicas interpretativas num contexto de “[...] bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos [...]”³¹⁵, com o fim de preencher os vazios antidemocráticos do Estado-Legislador e do Estado-Administração.

Acentua-se que a atuação do Supremo dentro dos parâmetros legais e constitucionais não pode sofrer impugnação de natureza democrática quando requer ações orquestradas entre os Poderes para alcançar e efetivar princípios e direitos fundamentais de ordem constitucional.

Com ressalvas, o ativismo pode ser considerado como um método de interpretação constitucional que promove, “[...] por parte do Poder Judiciário, a necessária *colmatação das lacunas constitucionais* geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou

³¹³ MORAES, 2017. p. 807.

³¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 35 f. (Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2015. p. 357-358 apud KOZICKI; VAN DER BROECKE, 2018. p. 155.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional”³¹⁶.

Quanto à preocupação de **contrariedade ao princípio da Separação dos Poderes**, atenta-se à incapacidade institucional do Legislativo e do Executivo e às falhas estruturais ante o vácuo de políticas públicas apropriadas e suficientes, fatores que corroboram a atuação estatal imprestável que deságua no ultraje aos direitos fundamentais integrantes da base do ordenamento jurídico e garantidores de uma sociedade justa, digna e, conseqüentemente, livre. Assim:

É impertinente levar em conta, no caso examinado [na ADPF n.º 347], essas formulações teóricas [separação de Poderes e superioridade institucional do Legislativo e do Executivo quando comparadas à do Judiciário], uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.³¹⁷

Desta forma, cumpre ao Poder Judiciário atuar com o intento de destruir e vencer os ditos bloqueios estatais, políticos e institucionais, sem o desiderato de substituir os Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento de suas tarefas específicas. Não se pode retirar do Governo e da Legislação os processos de elaboração, desenvolvimento e execução das soluções que se anseiam e, em hipótese alguma, é permitida a usurpação de funções pertencentes tipicamente a outro Poder, conquanto seja não apenas admissível, mas desejável propiciar o diálogo entre as Instituições e com a sociedade, cabendo “[...] ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções”³¹⁸.

³¹⁶ MORAES, op. cit., p. 807.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

Como aventado neste trabalho, Durkheim defende a indispensabilidade do Estado ser responsável e ter o dever de manter a unidade pública, intervindo de forma pertinente e sensata no desempenho de todas as diferentes funções sociais, com atuação voltada ao sentimento de solidariedade interna coletiva. Ao Estado incumbe uma ação reguladora que nutra a cooperação entre os órgãos governamentais e a sua relação de interdependência mútua, oportunizando a existência da solidariedade orgânica. Uma organização complexa reivindica normas, intervenções e atuações colaborativas que regulem os contratempos coletivos oriundos das anomias institucional e funcional, bem como originados da desarmonia entre as atividades desempenhadas. A ruptura no equilíbrio causado pelo estado anormal, leia-se, pelo estado inconstitucional, carece de efetivo controle de constitucionalidade e de revisão judicial, sempre evitando-se que o Judiciário assumira funções de governo.

Por conseguinte, não compete ao Poder Judiciário delinear o conteúdo intrínseco inerente às políticas públicas e medidas estruturais a serem tomadas, os detalhes e os artifícios empregados, e os caminhos a serem percorridos pela Administração Pública. Não se pode desprezar e/ou desrespeitar as capacidades, aptidões e características típicas concernentes aos demais Poderes. Deve-se coordenar as atividades e preencher as lacunas necessárias a fim de destituir o estado inconstitucional, impedir a inércia e dizimar as deformidades estatais permanentes. Sob esta ótica:

Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.³¹⁹

Incumbe ao Poder Judiciário interferir comedidamente nas escolhas governamentais, avaliar e vistoriar a instalação das políticas e medidas produzidas e tomadas, sem pormenorizá-las, responsabilizando-se por deixar margem de desdobramento a ser estipulado e esquematizado pelos demais Poderes, reservando a estes “[...] o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações”³²⁰. Este é o papel que deve desempenhar o Supremo Tribunal Federal em benefício à superação do quadro inconstitucional, intervindo na apuração de diretrizes orçamentárias e políticas públicas, estabelecendo direcionamentos e instruções flexíveis aos Poderes Executivo e Legislativo, tocando-lhe preservar, conter e controlar a jurisdição para fiscalizar o acatamento à decisão e o êxito na aplicação dos recursos designados.

Ao passo que se remove o estado de letargia e inércia das autoridades públicas e aumenta-se a deliberação política e social, atenta-se à proibição e à prevenção da supremacia judicial, tudo com o intuito de afastar as inconstitucionalidades do sistema e, concomitantemente, não transgredir o princípio fundamental da separação de funções do Estado – o que se dá por meio do estabelecimento de ordens flexíveis por parte do Judiciário. Ademais, preocupa-se com o monitoramento das soluções propostas para que estas sejam verdadeiramente efetivas, com a integração institucional e o constitucionalismo cooperativo. O fracasso das políticas públicas existentes exige, autoriza e legitima o controle judiciário democrático com base na Constituição e seus preceitos, posto que ela mesma entregou ao Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo cumprimento da Carta Federal. Como complemento:

A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.³²¹

Para encerrar, tem-se o Supremo Tribunal Federal como coordenador institucional, produzindo efeito desobstrutivo perante os excessivos retardos e omissões dos órgãos do Poder Público, afastando a injustiça e um governo tirano. É possível e institucionalmente crucial o desempenho de um ativismo judicial excepcional e moderado para fazer cumprir obrigações, regras, direitos, deveres, princípios, valores do próprio estatuto constitucional, quando se identificam condutas estatais nocivas à Carta Magna,

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

³²¹ DWORKIN, 1999. p. 452.

não podendo o Judiciário se reduzir a um ente passivo ante as mazelas sociais – tampouco se tornar legislador positivo.

E mais, o ativismo judicial é totalmente exequível com respeito à cláusula constitucional da Separação dos Poderes, de forma que ao Poder Judiciário e, em especial ao Pretório Excelso, compete garantir às normas constitucionais máxima efetividade, salvaguardar a Lei Maior e o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, o sistema de freios e contrapesos é corroborado pelo controle de constitucionalidade e intervenção judiciária quando da gravidade dos quadros inconstitucionais que se instauram, para – como leciona Durkheim – regular o estado anômico e as situações que carecem de resolução (em razão da ausência de normas regulamentadoras), garantir a solidariedade orgânica por meio da cooperação e interdependência dos Poderes e do diálogo institucional, restaurando o desequilíbrio ocasionado pelo estado de coisas anormal de inconstitucionalidades, em prol do princípio da supremacia da Carta Federativa. Isto se dá, como visto, mediante a judicialização e o consequente atendimento das demandas do tecido coletivo, através do ativismo judicial-dialógico que tão somente delinea novas políticas públicas e ordens flexíveis que serão minuciadas pelos Poderes Legislativo e Executivo no exercício de suas respectivas e típicas funções; que vistoria a efetividade das medidas a serem tomadas (já implementadas); que permite uma ampla discussão da matéria entre atores governamentais e não-governamentais (abertura à participação colaborativa inclusive da sociedade civil), operando dentro do princípio democrático e de seu campo de atuação constitucionalmente delimitado (observando o princípio fundamental da Separação de Funções), e movimentando a máquina estatal no sentido de harmonizar as ações legítimas e democráticas do Direito Constitucional.

Com efeito, cabe ao Juiz dar força normativa à Carta Política e preencher a lacuna jurídica por intermédio dos parâmetros estabelecidos pela Constituição para concretização e efetividade do texto constitucional, sendo-lhe defeso sobrepor a sua atividade à do legislador ou do governante, não tendo, pois, propriedade para absorver o espaço político reservado ao debate majoritário acerca de políticas públicas e seus detalhes, somente tendo capacidade para intervir na formação, controle e execução dessas políticas públicas – restrita e responsabilmente – quando houver dever legal,

constitucional e/ou fundamental violados (jamais podendo ser identificado como legislador que foi democraticamente eleito para ocupar tal posição). Destarte, sob tais circunstâncias, a legitimidade do Poder Judiciário, por mais que subsidiária, é convalidada independentemente do sistema eleitoral, em nome dos direitos fundamentais que representam o conteúdo material do Estado Democrático de Direito.

À luz de tais conceitos e considerações far-se-á, a partir de agora, um estudo das correntes constitucionais filosóficas mais marcantes sobre o tema da extensão da jurisdição constitucional, quais sejam: procedimentalismo e substancialismo.

3.3 ATIVISMO PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA

Primeiramente, discorrer-se-á acerca da corrente **procedimentalista**, por meio da qual seus defensores desassocia os discursos de fundamentação dos de aplicação da norma. Esta dicotomia foi desenvolvida por Klaus Günther, apoiado pelos pensamentos de John Rawls no que diz respeito à interpretação coerente do conjunto de normas disponíveis e vigentes com o contexto social, para justificar uma concepção sobre justiça; e, analogicamente, com base nos ensinamentos de Ronald Dworkin sobre “integridade” da ação estatal fundada em princípios coerentes que designam a exigibilidade de compatibilização entre normas jurídicas e o comportamento político. Neste diapasão, Klaus Günther elaborou e apresentou uma original noção acerca da coerência dos sistemas normativos, na qual foram também incorporados elementos próprios da teoria desenvolvida por Jürgen Habermas com relação ao discurso prático.³²²

Günther defende a necessidade de uma interpretação coerente do conjunto de normas disponíveis no ordenamento jurídico, quando inseridas num determinado contexto social. Neste sentido, os critérios utilizados para elucidar a validade de uma norma não coincidem com aqueles empreendidos para indicar a adequação de uma norma válida a uma determinada situação concreta. Destarte, o raciocínio prático apresenta duas modalidades: a fundamentação da validade de uma norma geral e a justificativa da relevância da aplicação de uma norma geral a um caso particular. O

³²² GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. DOXA, v. 17-18, 1995. p. 272.

princípio da universalidade está atrelado ao campo de fundação ou justificação das normas, enquanto o princípio da adequação é típico do âmbito de argumentação dirigida à aplicação das normas. Assim, a norma é legitimamente aplicada num caso concreto quando são levadas em consideração todas as características relevantes dentro do cenário apresentado, garantindo uma interpretação coerente de todas as normas aplicáveis, leia-se, uma determinada norma legal somente é correta se amparada por normas válidas e aplicação adequada. Estes critérios de validade – discursos de fundamentação e de aplicação – são impostos tanto ao julgamento moral, quanto ao realizado na seara legal, e são responsáveis por viabilizar a construção de um discurso judicial de aplicação imparcial das normas consideradas válidas.³²³

Ainda no tocante aos discursos de fundamentação e de aplicação, nota-se a inafastabilidade do reagir reflexivo do julgador que constrói a fundamentação, afirma e legitima o ordenamento jurídico e o Direito, “[...] e isso de forma que se institucionalizem procedimentos de fundamentação jurídica permeáveis aos discursos morais”³²⁴. Assenta-se, pois, que o procedimentalismo de Günther e Habermas pretende desvendar procedimentos que viabilizam a solução de conflitos morais sob o manto da imparcialidade, e não oferecer critérios “conteudísticos” objetivos³²⁵.

Segundo a teoria do procedimentalismo, o Poder Judiciário tem competência para tão somente corrigir lapsos e desvios do processo de representação popular, com o fim de garantir a plena participação do povo no Poder e de defender os interesses das minorias³²⁶, negando-se a legitimidade da jurisdição constitucional para efetivação dos direitos fundamentais e para verificação do conteúdo basilar das normas infraconstitucionais que se subordinam à conformidade com a Constituição.

Ainda, o procedimentalismo repugna a maior amplitude e a politização do Poder Judiciário, “a invasão da sociedade pelo Judiciário, ou a não resistência à tentação de interpretar o Direito mediante a introdução de juízos morais, comprometeria a sua

³²³ GÜNTHER, 1995. p. 273.

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Cómo es posible la legitimidade por via de legalidad?*. Gotinga, 1972. p. 39.

³²⁵ MAIA, Antônio Cavalcanti. *Direitos humanos e a teoria do discurso e da democracia*. Arquivos de direitos humanos. v. 2, 2000. p. 30 apud CAMBI, 2018. p. 373.

³²⁶ ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 86.

imparcialidade, além de debilitar a *democracia representativa*³²⁷. Com efeito, segundo esta corrente filosófica, o controle judicial de constitucionalidade, por trazer consequências práticas e críticas, deve se limitar à compreensão procedimental da Constituição:

Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está *limitada* à *aplicação* de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação.³²⁸

Assim sendo, não se pode ferir a estrutura lógica da divisão de Poderes: o legislador é legitimado pela própria observância processual das normas constitucionais e por ter sido eleito pela vontade popular; as instâncias jurisdicionais devem ocupar-se da aplicação do direito, jamais podendo normatizá-lo, sendo que “o fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador”³²⁹. Com base na soberania do povo, critica-se a invasão política e social pelo Direito, propõe-se uma democracia constitucional com escopo em procedimentos que assegurem a constituição democrática da vontade e da opinião. No paradigma procedimental de Habermas, o Judiciário não pode avançar sobre a esfera da política, posto que esta comunidade (política) foi legitimada para tanto pela vontade geral e, caso extrapole os limites de seu papel protetivo do processo de criação democrática do direito, estará violando os princípios da soberania popular e da cidadania ativa, de modo que, ressalta-se, a função da Corte Constitucional “[...] seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político”³³⁰.

Por não ser eleito, e em prol da cidadania social, o Poder Judiciário não é autorizado a controlar as políticas públicas, não possui argumentos legitimadores além

³²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2. p. 45 apud CAMBI, 2018. p. 373.

³²⁸ Ibid., p. 324.

³²⁹ Ibid., p. 325.

³³⁰ WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 29.

da perspectiva de aplicar o direito, não se encaixando na “[...] perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema de direitos, à medida que persegue suas políticas”³³¹. Extrai-se das acepções de Habermas que “[...] o debate sobre os significados e obrigações jurídico-constitucionais não deve ser resolvido pelo Poder Judiciário, devendo ser relegado ao espaço político – com a atuação viva dos partidos políticos e dos movimentos sociais.”³³², não incumbindo ao Tribunal configurar uma legislação implícita, pois unicamente a criação democrática que siga e respeite o processo de gênese das leis estabelecido pela Constituição legitima o Direito.

Para Habermas, a Carta Maior não pode ser entendida como ordem jurídica global e concreta, destinada a impor, *a priori*, uma determinada forma de vida sobre a sociedade, devendo determinar procedimentos políticos para que os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, possam perseguir cooperativamente o projeto de produzir justas condições de vida – o que exprime ser mais correto, por ser equitativo. Neste seguimento:

Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.³³³

Desta forma, ao Judiciário cabe avaliar os conteúdos das normas objeto de controvérsia, em especial no contexto dos pressupostos comunicativos e das condições procedimentais do processo de legislação democrático, sendo que, consoante Habermas, “tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição”³³⁴.

Na filosofia de Habermas, são constitutivos para a produção democrática da vontade os direitos de comunhão e participação e, por isso, a sua teoria é fundamentada

³³¹ HABERMAS, 1997. p. 324.

³³² CAMBI, 2018. p. 374.

³³³ HABERMAS, op. cit., p. 326.

³³⁴ Ibid., p. 327.

na concordância potencial de todos como condição da verdade³³⁵. Deveras, na realidade fática, a concordância global e a representação de todos os grupos relevantes são inatingíveis, jamais podendo ser critérios suficientes para justificar a decisão judicial. “Em síntese, a verdade consensual é insuficiente para impor [responsabilidades] a alguém, pois a única justificação aceitável é aquela resultante da verdade representada pela *correspondência* entre os fatos e as normas aplicados”³³⁶.

Habermas toma como pressuposto que as corporações e deliberações parlamentares atingem amplitude suficiente e levam em consideração todos os temas, argumentos, problemas, valores e interesses pertinentes à fundamentação das normas a serem decididas³³⁷, ou seja, ele idealiza um conceito de democracia e apoia-se numa situação ideal do discurso “[...] calcado na existência de direitos à autonomia e à participação política, mas que não se preocupa em assegurar que as *condições materiais necessárias* para a autonomia e para a participação política sejam efetivamente exercidas por todos os indivíduos”³³⁸. Como se pode concluir, no procedimentalismo de Habermas o papel dos juízes constitucionais consiste em meramente certificar se estão presentes as condições do processo democrático de legislação. Contudo, como bem apontado por Eduardo Cambi:

Não pode haver efetiva democracia se grande parte do eleitorado é analfabeto ou semiletrado, não tendo instrução necessária para compreender as principais questões colocadas no debate político, ou estão doentes e sem adequado atendimento médico-hospitalar, ou se estão passando fome ou, ainda, se estão desempregadas ou trabalhando em condições opressivas. Não basta assegurar direitos sem que seus titulares possuam condições mínimas de, efetivamente, desfrutá-los.³³⁹ [...]. Desse modo, a democracia de Habermas é *procedimental* e não pressupõe a efetivação dos direitos fundamentais (especialmente, os sociais).³⁴⁰

Realmente, um regime não é legitimamente democrático se os titulares dos direitos não possuem condições mínimas de gozar desses direitos. Então, considerando que os

³³⁵ CAMBI, 2018. p. 375.

³³⁶ Ibid., p. 376.

³³⁷ HABERMAS, 1997. p. 328.

³³⁸ ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). Os desafios dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. n. 56. set.-dez. 2005. p. 97.

³³⁹ CAMBI, op. cit., p. 377.

³⁴⁰ ARANGO, op. cit., p. 97.

direitos fundamentais dependem de possibilidades fáticas e jurídicas para a sua satisfação³⁴¹, estes demandam uma ação positiva do Estado – não se limitam a uma abstenção estatal, como era no Liberalismo – que os irradiem por todos os ramos do Direito e os posicionem como os princípios supremos da ordem jurídica que são. O modelo procedimental não atribui restrições à competência ou deveres substanciais ao legislador e, desde que ele respeite as previsões constitucionais sobre a forma, procedimento e competência, tolera-se e autoriza-se que faça tudo, leia-se, as competências e a discricionariedade do legislador são substancialmente ilimitadas no procedimentalismo.³⁴² Em razão disso, o modelo puramente procedimental é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais.³⁴³

Sociedades como a brasileira reclamam medidas institucionais e meios materiais, educacionais e culturais de efetivação dos direitos fundamentais e, se o Legislativo não contribui para a configuração da ordem jurídica, não é sensato defender a não intervenção do Judiciário num cenário de claras inconstitucionalidades, quando da violação de direitos e garantias fundamentais. Não há factual democracia quando as normas constitucionais fundamentais deixam de ser efetivas, quando não se garante o pleno exercício da cidadania. A concretização da justiça também precisa ser feita pelos métodos interpretativos da lei, pela hermenêutica jurídica realizada através de uma operação de caráter linguístico que envolve as circunstâncias histórico-sociais presentes para aferição de significado. Neste sentido:

A ratio essendi dos direitos fundamentais é a *justiça* que, por sua vez, é o resultado da concretização dos valores elementares (igualdade, liberdade e dignidade).³⁴⁴ Por conseguinte, não se pode afirmar que a regra é, por si só, expressão da justiça, ou que a tarefa de justiça é cumprida pelo legislador (ou que os discursos de fundamentação asseguram a realização democrática) [...].³⁴⁵

Neste seguimento, o contraponto de um modelo estritamente procedimental é um modelo puramente material, no qual a Constituição abrange deveres e proibições para

³⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**; tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 577.

³⁴² Ibid., p. 579-580.

³⁴³ Ibid., p. 581.

³⁴⁴ DERANI, Cláudia. **Direitos fundamentais e democracia**. Arquivos de direitos humanos, v. 1, 1999. p. 60-66 apud CAMBI, 2018. p. 379.

³⁴⁵ CAMBI, 2018. p. 379.

toda decisão legislativa imaginável. Como descrito por Forsthoff, neste modelo (**substancialista** puro), a Carta Maior é como um genoma e não permite qualquer regulação legiferante livre pelo legislador, isto é, toda discricionariedade seria eliminada, não restando dúvidas de que “[...] tal inexistência de discricionariedade contradiria o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado”³⁴⁶.

A **corrente substancialista** defende a intervenção do Poder Judiciário como intérprete dos valores substanciais do Direito e da vontade geral, assumindo o citado Poder importantíssimo papel, por ser responsável pela efetivação do teor democrático da Carta Política. Os substancialistas valorizam o conteúdo material da Constituição, competindo à lei concretizar os vetores axiológicos nela contemplados, o que imprime “[...] resgatar o *caráter transformador* da Constituição, para que se possa assegurar a devida força normativa aos princípios e regras constitucionais, capazes de realizar o núcleo axiológico das promessas emancipatórias não cumpridas.”³⁴⁷.

No Brasil não se adota a corrente substancialista de forma extrema, nem mesmo a teoria procedimentalista pura, uma vez que a Constituição deve vincular a atividade legislativa aos direitos fundamentais, mas não deve fazê-lo de forma a eliminar a liberdade legislativa, deixando uma margem discricionária ao legislador.

A Constituição de 1988 contém normas de organização e procedimento, como ocorre no procedimentalismo. Entretanto, diferentemente do modelo **puramente** procedimental, os direitos fundamentais têm força vinculante em face do legislador, não podendo o Poder Legislativo simplesmente positivar leis de acordo com a sua vontade, e estas serem validadas no ordenamento porque foram regularmente criadas por meio do procedimento e da forma previstos na Lei Maior (nesta teoria extrema, “[...] a importância material dos direitos fundamentais seria reduzida a zero”³⁴⁸). Por outro lado, a Carta Magna também apresenta normas materiais (o que é típico do substancialismo), a partir das quais pode ser derivado o conteúdo de qualquer norma do sistema jurídico, só que não por meio de um sistema operacional/procedimental qualquer, como o é no substancialismo puro.

³⁴⁶ ALEXY, 2015. p. 581-589.

³⁴⁷ CAMBI, 2018. p. 380.

³⁴⁸ ALEXY, op. cit., p. 521.

Visualiza-se, dessarte, uma Constituição de natureza mista material-procedimental, a qual abarca ao lado das normas de direitos fundamentais, dispositivos sobre os objetivos do Estado (componentes materiais), bem como é formada por normas relacionadas ao processo legislativo (parte procedimental).³⁴⁹

Nesta linha, o modelo constitucional vigente propicia a realização dos direitos fundamentais e é, ao mesmo tempo, uma ordem-moldura (“[...] o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o que é facultado – ou seja, nem obrigatório, nem proibido – é aquilo que se encontra no interior da moldura. Nesse sentido, a discricionariedade do legislador é definida por aquilo que é facultado [...]”³⁵⁰, é uma discricionariedade de natureza estrutural), uma ordem-fundamento em sentido qualitativo ou substancial (por meio da Constituição são decididas questões fundamentais para a comunidade), e de discricionariedade epistêmica ou cognitiva (esta discricionariedade decorre não dos limites daquilo que é proibido ou obrigado pela Constituição, mas dos limites da possibilidade de se reconhecer o que a Constituição, por um lado, obriga e proíbe e, por outro, nem obriga e nem proíbe, leia-se, o que ela faculta).³⁵¹ Para fixar este entendimento:

Uma constituição pode decidir questões fundamentais, e, nesse sentido, ser uma ordem-fundamento, e, mesmo assim, deixar muitas questões em aberto, e, nesse sentido, ser uma ordem-moldura. De acordo com a teoria dos princípios, uma boa constituição deve conciliar as duas coisas. Ela tem que ser tanto uma ordem-fundamento quanto uma ordem-moldura. Isso é possível se ela, em primeiro lugar, obriga e proíbe algumas coisas, ou seja, se ela estabelece uma moldura; em segundo, faculta outras coisas, ou seja, aceita discricionariedades; e, em terceiro, se por meio de seus deveres e proibições forem decididas aquelas questões fundamentais para a comunidade, que podem e devem ser decididas por uma constituição.³⁵²

Em resumo, observa-se que a primeira corrente abordada (procedimentalismo) tende à busca de soluções totalmente imparciais, cabendo ao Judiciário apenas promover e garantir o processo democrático de representação, de forma a corrigir ocasional falha/equívoco no mencionado processo de representação política. Consequentemente, o procedimentalismo acentua o papel instrumental da Constituição,

³⁴⁹ ALEXY, 2015. p. 522.

³⁵⁰ Ibid., p. 523.

³⁵¹ Ibid., p. 582-583.

³⁵² Ibid., p. 584.

valoriza a liberdade política e critica a politização do Poder Judiciário justamente porque seus integrantes não são eleitos (cabendo ao Judiciário tão somente assegurar a observância do processo constitucional), voltando-se à garantia de instrumentos de participação democrática em prol da democracia representativa e do exercício do direito à cidadania.

Lado outro, a segunda concepção (substancialismo), visa ao contrário, ou seja, excita a intervenção do Judiciário e o avanço do Direito em esferas outrora afetas à liberdade política, sendo que a função jurisdicional ocupa papel de extremo destaque e significância na efetivação da Constituição e dos direitos fundamentais.

Vale dizer, à luz da teoria procedimentalista, exigem-se soluções imparciais do Poder Judiciário de maneira a assegurar que o processo democrático de representação seja eficiente e corresponda à vontade popular (no âmbito legislativo), ao passo que, conforme a corrente substancialista, admite-se a intervenção jurisdicional nos setores políticos para certificar e preservar a concreta e devida aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Dito isso, as considerações que se mostram essenciais até o momento gravitam em torno da possibilidade de íntegro desenvolvimento das atividades dos Poderes estatais por intermédio da solidariedade entre os órgãos e instituições (cooperação entre as funções estatais sem indevida usurpação de competências), da pontual divisão de tarefas e da completa dedicação dos agentes estatais para a sua efetuação – para que não sejam configuradas, como sequelas, anomias legislativas e políticas –, com o intuito de não ser preciso recorrer a outras instâncias cujas atividades poderiam ser direcionadas à diversos outros assuntos relevantes e indispensáveis à concretização das garantias e dos direitos fundamentais, sociais, econômicos, culturais e individuais. Ademais, tendo em vista os constantes retardamentos, protelações e omissões do Poder Público, é legítimo o ativismo judicial de forma excepcional e comedida para impor o cumprimento de deveres, princípios, obrigações, normas e valores axiológicos da Carta Constitucional quando da violação do conteúdo – qualquer que seja – da Carta Magna, posto que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, não tendo cabimento atuação passiva deste frente às anomalias instauradas, sendo igualmente inconcebível que se torne legislador positivo.

Assim sendo, o ativismo judiciário é realizável sem prejudicar, desrespeitar ou infringir a cláusula fundamental da Separação dos Poderes se praticado de forma infrequente, moderada e dialógica (são necessárias cooperação e solidariedade entre os Poderes), uma vez que é atribuição constitucional do Judiciário salvaguardar a Constituição e o próprio Estado Democrático de Direito, perfazendo, desta forma, o adequado sistema de freios e contrapesos implementado entre os Poderes da República, tudo com respaldo nos princípios democrático, da supremacia da Lei Maior e da dignidade da pessoa humana, os quais devem prevalecer sob quaisquer hipóteses.

Visto isso, passar-se-á às análises pontuais de casos concretos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, focando-se na averiguação da legitimidade – ou não – do ativismo judicial por meio de controle de constitucionalidade, com base na Constituição Federal de 1988 e considerações tecidas ao longo deste trabalho.

4 AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA E ATIVISMO

Existem diversos casos que retratam perfeitamente o panorama filosófico e normativo exposto, dentre os quais merecem destaque os que serão abordados na sequência.

4.1 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

O Partido Popular Socialista (PPS) impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26³⁵³, em face do Congresso Nacional, com pedido de medida cautelar, para obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, principalmente (mas não de forma exclusiva) das ofensas individuais e coletivas, dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero real ou suposta da vítima, por ser isto (a criminalização específica) resultante da ordem constitucional de legislar relacionada ao racismo (artigo 5.º, XLII, da Constituição), ou, subsidiariamente, relativa às discriminações atentatórias a garantias, direitos e liberdades fundamentais (artigo 5.º, XLI, da Carta), ou ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (artigo 5.º, LIV, da Constituição de 1988).³⁵⁴

Foi juntado aos autos da ADO n.º 26 o Mandado de Injunção n.º 4.733³⁵⁵, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), posto que congruente/coincidente com as conclusões auferidas do julgamento da ação de controle abstrato, e de indispensável concessão sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 Distrito Federal**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240&prcID=4515053#>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 Distrito Federal**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240&prcID=4515053#>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 4.733**. Rel. Min. Edson Fachin, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344543023&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania³⁵⁶ (artigo 5.º, inciso LXXI, da Lei Fundamental). Ambos foram apreciados conjuntamente, dado que, tanto o Mandado de Injunção quanto a Ação Direta são instrumentos garantidores da efetividade do direito protegido pelo mandado de criminalização, tendo as duas ações por objetivo tipificar criminal e especificamente “[...] todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”³⁵⁷.

Ante a inaceitável e cruel realidade contemporânea da comunidade LGBTI+³⁵⁸, no que diz respeito às constantes e graves ofensas aos seus direitos fundamentais, e pior, perante a mora/omissão legislativa para implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização estabelecidos pela Carta Federativa no sentido de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5.º, inciso XLI), e de que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei³⁵⁹ (artigo 5.º, inciso XLII), impetrou-se a referida ADO n.º 26 como instrumento por meio do qual buscou-se superar este estado inconstitucional e concretizar as cláusulas constitucionais violadas, em razão da injustificável inércia do Poder Público. Em outras palavras, o Estado foi omisso na promulgação de diplomas legais necessários à punição de atos discriminatórios e agressivos “justificados” pela orientação sexual e/ou pela identidade de gênero da vítima, frustrando a efetivação dos direitos fundamentais da citada comunidade vulnerável (LGBTI+).

À vista da proteção deficiente configurada, foram determinadas possíveis soluções para a colmatação do estado de mora inconstitucional provocado pelo Poder Legislativo:

³⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240&prcID=4515053#>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

³⁵⁸ Na atualidade, a referida sigla que representa esta comunidade foi estendida para LGBTQIA+ (Lésbicas; Gays; Bissexuais; Transexuais; *Queer*; Intersexo; Assexual; e o sinal de “+” que abriga todas as diversas possibilidades de orientação sexual e/ou identidade de gênero existentes).

³⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

(i) a notificação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional; e (ii) o enquadramento imediato das práticas de homofobia e transfobia, mediante interpretação conforme (não sendo confundida com a exegese fundada em analogia “*in malam partem*”), ao conceito ontológico-constitucional de racismo previsto na Lei n.º 7.716/89. Houve ainda legítima declaração de inviabilidade e impossibilidade de tipificação de delitos e cominação de sanções penais, pelo Supremo Tribunal Federal, posto que tais temas submetem-se à cláusula de reserva constitucional de lei em sentido formal, não havendo crime sem **lei** anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação **legal** (artigo 5.º, inciso XXXIX).³⁶⁰

Foram apresentadas considerações acerca dos registros históricos e das práticas sociais hodiernas que espelham o tratamento desumano, preconceituoso, excludente, agressivo e discriminatório contra integrantes da comunidade LGBTI+. Neste cenário, o Poder Judiciário, através do método interpretativo hermenêutico, deve empreender esforços para tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão às atitudes preconceituosas e intolerantes contra os vulneráveis deste grupo social. Neste sentido tem-se o artigo 13, § 5.º do Pacto de San José da Costa Rica, o qual claramente não foi observado e prevê que a lei deve proibir – dentre outros comportamentos – toda apologia ao ódio racial que constituía incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência³⁶¹.

O Estado possui o dever de reprimir práticas ilícitas contra os integrantes do grupo LGBTI+ e, não obstante ele seja laico, foi comprovado na inicial parcialidade axiológica do Poder Público, uma vez que os parlamentares não aprovavam projetos de lei que versassem sobre crimes de preconceito de identidade ou orientação sexual, pois contrários aos seus valores conservadores e/ou dogmas religiosos. Esses parlamentares da bancada religiosa expõem “[...] verdadeiro fundamentalismo religioso no Congresso Nacional, visto que colocam suas crenças religiosas como pseudo ‘parâmetro’ de sua conduta, donde se opõem a todo e qualquer projeto que vise garantir algum direito à

³⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

³⁶¹ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969**, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.

coletividade LGBT [...]”³⁶², que gire em torno de criminalizar de qualquer forma a homofobia e a transfobia, ignorando por completo a laicidade estatal e protelando a discussão do urgente assunto.

Condutas transfóbicas e homofóbicas, nas palavras do Relator Ministro Celso de Mello, “[...] configuram atos delituosos passíveis de repressão penal, por efeito de mandados constitucionais de criminalização (CF, art. 5.º, incisos XLI e XLII), por traduzirem expressões de racismo em sua dimensão social [...]”³⁶³. Assim sendo, determinou-se, até que seja aprovada lei pelo Congresso Nacional implementando os mandados de criminalização constitucionais (impostos no artigo 5.º, incisos XLI e XLII da Constituição, anteriormente expostos) de condutas homofóbicas e transfóbicas – reais ou supostas –, que exprimem aversão odiosa à orientação sexual e/ou identidade de gênero de alguém, traduzindo-se em verdadeiras expressões de **racismo**, sendo que tais atos odiosos ajustam-se, “[...] por identidade de razão e mediante adequação típica, **aos preceitos primários** de incriminação **definidos** na Lei n.º 7.716, de 08/01/1989, **constituindo**, também, **na hipótese** de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, **por configurar** motivo torpe [...]”³⁶⁴, consoante o artigo 121, § 2.º, inciso I, do Código Penal.

As pessoas que integram o grupo LGBTI+, como todos, são dignos e nascem iguais em dignidade e direitos, não sendo admissível que sejam privados, em quaisquer circunstâncias, sob a égide de uma democracia justa, de seus direitos, tampouco que sofram restrições de ordem jurídica em razão de sua orientação sexual e/ou de sua identidade de gênero. Essa comunidade possui capacidade de autodeterminação quanto às escolhas pessoais afetivas e amorosas no que concerne à sua vivência homoerótica, tem direito à busca da felicidade e, sobretudo, à igualdade de tratamento. À luz do Estado

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

Constitucional e Democrático de Direito, deve ser garantido à coletividade LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito no tocante às suas escolhas pessoais e à sua condição, sendo mais ainda gritante essa necessidade “[...] nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas **sofrem ataques** por parte de mentes sombrias e retrógradas [...]”³⁶⁵.

Insta salientar que o racismo não pode ser resumido em discriminações de aspectos meramente fenotípicos e/ou biológicos, constituindo-se, na realidade, em manifestação de poder que busca justificação na desigualdade, no tratamento desigual. Em outros termos, racismo é toda concepção que pregue a superioridade de um grupo e a conseqüente inferioridade de outro, sendo que a homofobia e a transfobia implicam na subalternidade da população LGBTI+ com relação a pessoas heterossexuais cisgêneras (as que se identificam com o gênero de nascimento). Frente a isso, verifica-se odiosa e inconcebível inferiorização e quadro de injusta e antidemocrática exclusão de caráter político e de natureza jurídico-social, que visa a legitimar a desigualdade, a subjugação social, a negação da dignidade e da humanidade dos que fazem parte do grupo vulnerável em tela. Estas pessoas se encontram à margem do ordenamento jurídico por não ocuparem posição de hegemonia no corpo social brasileiro e são “[...] **expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão** do sistema geral de proteção do direito”³⁶⁶.

Foi abordada ainda, nas considerações do Relator, a compatibilidade constitucional entre a repressão penal à homotransfobia e a intangibilidade do pleno exercício da liberdade religiosa, porquanto a referida repressão criminal à homotransfobia não afeta, restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa e da divulgação, por intermédio da liberdade de expressão, de pensamentos (por mais banais que sejam) acordantes com livros e códigos sagrados das religiões, contanto que “[...] tais manifestações **não configurem** discurso de ódio, **assim entendidas** aquelas

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

exteriorizações **que incitem** a discriminação, a hostilidade **ou** a violência **contra** pessoas **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero.”³⁶⁷.

Ainda na esteira do direito e garantia fundamental à liberdade de expressão, conforme o artigo 5.º, inciso IX, da Constituição, é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença³⁶⁸. Esta proteção constitucional se direciona a não somente garantir a liberdade das majorias hegemônicas que pensam igual numa coletividade, mas salvaguardar também o direito dos que sustentam ideias que causam profunda discordância, clamor público ou que provoquem rejeição, protegendo, pois, o respeito pela diversidade e multiculturalidade das pessoas. A harmonia das diferenças deve prevalecer num ambiente de plena tolerância que “[...] **legitime** a instauração do dissenso **e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado** em convicções antagônicas, **a concretização** de valores essenciais à [democracia como] **o respeito ao pluralismo e à tolerância.**”³⁶⁹.

Com efeito, os discursos de ódio e incessantes agressões por meio de manifestações que instigam a discriminação, a violência (física ou moral) e a hostilidade contra as pessoas da comunidade LGBTI+ em razão de sua orientação sexual e/ou sua identidade de gênero, não podem ser apoiados no direito constitucional fundamental da liberdade de expressão, sendo similarmente repugnado pelo artigo 13, § 5.º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, já citado.³⁷⁰

Quanto à omissão normativa e à superação cronológica desarrazoadas na implementação de ordens constitucionais de legislar, é legítima a impetração da ação

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

³⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

direta de inconstitucionalidade por omissão por consequência da conduta negativa (omissiva) do Congresso Nacional que obstrui e gera lacunas institucionais na aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais. Para suprir e superar o imobilismo do Poder Legislativo quando da concretização das cláusulas constitucionais frustradas pela inércia do Poder Público, quais sejam, a de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e de que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei³⁷¹ (artigo 5.º, incisos XLI e XLII, da Carta Política), é legítima a reação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal voltada a impedir o desprestígio e o descumprimento da Lei Fundamental, “[...] **a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar**, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional.”³⁷².

Mediante omissão e protelação na custódia de direitos fundamentais e deveras desrespeito à Carta Magna por parte do Poder Público, constata-se severa gravidade político-jurídica, sendo, nas palavras do Relator Ministro Celso de Mello:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente **ou**, então, do que a promulgar com o intuito **de apenas** executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes **ou** de grupos majoritários, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos **ou**, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, **notadamente** daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.³⁷³

Sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli e por unanimidade de votos, foi parcialmente conhecida a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, por **maioria** de votos, julgada procedente com eficácia geral (*erga omnes*) e efeito vinculante (obrigatório) e fixada a seguinte tese para, em conformidade com as teses do Relator:

³⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁷³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei no 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei no 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixaram-se as seguintes teses: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da

humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, **vencido** o Ministro Marco Aurélio, **que não subscreveu** as teses propostas. **Não participaram**, justificadamente, **da fixação da tese** os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.³⁷⁴

Em face da alegada inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional, a Presidência do Senado Federal se manifestou no sentido de pugnar pela improcedência da ação para resguardar a “[...] legalidade penal, a separação de poderes e a independência do Poder Legislativo, confirmando-se sua competência jurídico-política.”³⁷⁵. A referida Câmara Alta sustentou ausência de mora inconstitucional e inércia legislativas, dizendo que a criminalização da homotransfobia é tema de constante discussão e amplamente debatido nas duas Casas Legislativas, não havendo necessidade de imposição de decisão jurídica, posto que já existiam projetos de lei em trâmite. Ademais e posicionando-se pela improcedência do pedido, o Senado Federal consignou que seria impossível inferir, com fundamento no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS, que a homofobia seria espécie derivada do gênero racismo, visto que constituem fenômenos sociais distintos.

Ressaltou-se que o assunto sobre tipificação de condutas homofóbicas e transfóbicas foi abarcado no Projeto de Lei n.º 122/2006 do Senado Federal, o qual foi incorporado ao projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012) “[...] ‘*sem prazo para ser votado*’, **segundo esclareceu** a própria Presidência do Senado da República.”³⁷⁶, o que já tinha sido abordado na inicial como clara estratégia dos opositores do projeto para procrastinarem o debate por anos – tempo demasiado longo normalmente utilizado para

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

votar um novo projeto de código – e acabarem continuando a se opor à criminalização das condutas odiosas aqui discutidas. Neste seguimento e sobre este projeto de novo Código Penal, extrai-se da inicial que:

[...] inclusive se opuseram na sessão de leitura do Relatório do Projeto de Código penal do mesmo dia (17.12.13), quando defenderam a retirada das expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” do projeto (de Código Penal), o que PROVA CABALMENTE que o intuito de tal “requerimento” era pura e simplesmente procrastinar as discussões...³⁷⁷

Vê-se, nitidamente, o inadimplemento do mandado de incriminação das formas de violência verbal e/ou física homofóbica e transfóbica, previsto no artigo 5.º, XLI, da Constituição, tal qual pelas ordens dos incisos XLII e LIV do mesmo artigo, que revelam a prática do racismo e a proibição de proteção deficiente.

A Câmara dos Deputados expressou-se no mesmo sentido do Senado Federal, reafirmando a posição institucional da Casa no que diz respeito à aprovação de Projeto de Lei n.º 5.003, de 07 (sete) de agosto de 2001 – atualmente sob análise do Senado Federal –, que determina sanções às práticas discriminatórias perante a opção sexual das pessoas.

Concomitantemente, a Advocacia-Geral da União pronunciou-se pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto à criminalização específica de todas as formas de homotransfobia. Alegou-se a impossibilidade jurídica de pretensões de fixação de prazo para desempenho da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, não cabendo a este impor prazos para a edição de diploma legal pelos Poderes competentes, “[...] **ou mesmo suprir**, por ato próprio, a **suposta omissão** do legislador inadimplente.”³⁷⁸. Audaciosamente, afirmou-se a inexistência de comando constitucional expresso que exija a tipificação criminal específica para homofobia e transfobia e, conseqüentemente, a inexistência de mora

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

legislativa, manifestando-se, pois, “[...] **pelo conhecimento parcial da ação e**, no mérito, **pela improcedência dos pedidos formulados.**”³⁷⁹.

Foram admitidos na figura do *amicus curiae*, com fundamento no artigo 7.º, § 2.º, da Lei n.º 9.868/99, órgãos e entidades a favor e contra o acolhimento do pleito inicial, respectivamente:

Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros”, o “**Partido Socialista** dos Trabalhadores Unificados – PSTU”, o “**Conselho Federal** de Psicologia, **Associação Nacional** de Travestis e Transsexuais – ANTRA”, a “**Defensoria Pública** do Distrito Federal”, o “**Grupo Gay** da Bahia – GGB”, a “**Associação** de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transsexuais – ABGLT” e o “**Grupo** de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS; e contra: a “**Frente Parlamentar ‘ Mista’** da Família e Apoio à Vida”, a “**Convenção Brasileira** de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM” e a “**Associação Nacional** de Juristas Evangélicos – ANAJURE.”³⁸⁰

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento parcial da ação em comento, e, nesta extensão, pronunciou-se sobre o mérito do litígio constitucional no sentido de não se conhecer apenas o pedido formulado na inicial de indenização por danos a vítimas de homofobia – a ação direta de constitucionalidade por omissão apresenta natureza objetiva, “[...], **sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas** de homofobia e transfobia, **em virtude de descumprimento** do dever de legislar”³⁸¹. A procedência e conhecimento dos pedidos foi na lógica de: exigir a interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça da Lei n.º 7.716/89, para que sejam reconhecidos como crimes tipificados nesta lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBTI+; afirmar, contrariamente às posições adotadas pelas Casas Legislativas e pela Advocacia-Geral da União, que “**o mandado de criminalização contido no art. 5.º, XLII, da Constituição**

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.”³⁸²; reconhecer a mora inconstitucional legislativa no caso de não ser entendido que a Lei n.º 7.716/89 tipifica condutas homofóbicas; fixar prazo para o Poder Legislativo sanar a sua omissão; declarar que o fato de existirem Projetos de Lei em curso no Congresso Nacional “[...] **não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar ‘inertia deliberandi’.**”³⁸³; e firmar que a ausência de tutela judicial no tocante à criminalização de condutas homotransfóbicas corrobora o estado de proteção deficiente/insuficiente aos direitos fundamentais envolvidos e desrespeita o sistema constitucional.

Não obstante já se tenha explorado qual foi a tese fixada no julgamento (compatível com as teses desenvolvidas pelo Relator Ministro Celso de Mello), cumpre apresentar os votos vencidos pela maioria do Supremo Tribunal Federal, quais sejam: do Ministro Marco Aurélio, que julgava a ação improcedente, e dos Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que a julgavam parcialmente procedente.

O Senhor Ministro Marco Aurélio, em vista do pedido de tipificação das ações comissivas ou omissivas do Poder Legislativo como crimes específicos por decisão do Supremo Tribunal Federal, superando-se a exigência da legalidade estrita parlamentar em razão da inércia e protelação do Congresso Nacional, reconheceu o dever do Poder Público democrático de “[...] promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa.”³⁸⁴. Todavia, apesar de dar ênfase à tarefa constitucional do Supremo Tribunal Federal, aos direitos fundamentais e, sobretudo, à dignidade da

³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

pessoa humana, atentou para a “[...] organicidade do Direito, em especial do instrumental, cujas regras possuem razões de ser racionalmente justificadas.”³⁸⁵.

Tendo em vista o alcance da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro abordou a (im)propriedade de formalização do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para atingir os fins pretendidos pelos autores por meio da seara judicial; pronunciando-se pela inadequação das vias eleitas tanto do mandado de injunção, quanto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – em parte. No primeiro caso, afirmou que, sob o manto da garantia constitucional da igualdade prevista no artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal, descabe “[...] assentar-se, num primeiro passo, a existência de direito público subjetivo à criminalização da conduta de outrem para, num segundo, vislumbrar-se ausência de norma a regulamentar o exercício de tal direito”³⁸⁶, atentando-se ao fato de que é de competência única do Estado – e não de particulares – o poder-dever de punir. Quanto à impertinência da ação direta, em parte, chega-se à mesma conclusão: os pedidos de superação da exigência da legalidade estrita parlamentar, a tipificação das condutas comissivas ou omissivas como crimes específicos por decisão do Supremo Tribunal Federal mediante a conceituação presente na Lei n.º 7.716/86 acerca de racismo, constituem, nas palavras do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, “[...] providências de todo incompatíveis com a natureza declaratória da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.”³⁸⁷. Reconheceu, portanto, a parcial impropriedade da ação na extensão requerida pelos autores, uma vez que decidir no sentido do deferimento dos pedidos confundir-se-ia com a “[...] própria delimitação do alcance da atuação do Supremo ante a relação com os demais Poderes, no que cede perante o reconhecimento

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

de princípio ínsito a todo e qualquer Estado de Direito que se pretenda democrático: o da reserva de lei em matéria penal.”³⁸⁸.

Como fundamento para a deliberação, o Ministro Marco Aurélio expôs que a ordem constitucional determina que não há crime sem **lei** anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal³⁸⁹ (artigo 5.º, inciso XXXIX, da Lei das leis), princípio a partir do qual “[...] derivam garantias seculares como a ‘proibição à analogia; a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena; a vedação à retroatividade; e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado’”³⁹⁰. Trouxe ainda a norma que prevê competência exclusiva do Congresso Nacional legislar sobre Direito Penal, consoante o artigo 22, inciso I, da Carta Republicana, “[...] cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória a dispor sobre a matéria – artigo 62, §1º, da Lei Maior.”³⁹¹. Reconheceu a taxatividade dos preceitos contidos na Lei n.º 7.716/89, não podendo estes serem tomados como meros exemplos desprovidos de significado preciso. Sobre o tema, são oportunas as seguintes transcrições:

Tem-se, observem, salvaguarda linear a alcançar, sem distinção, todos os membros das sociedades democráticas – inclusive aqueles que, não sem legítima razão, reclamam junto ao Judiciário reforço à proteção tida por insuficiente em razão de aludida inércia legislativa.

Não vivêssemos tempos tão estranhos, o pleito soaria extravagante. A estrita legalidade, no que direciona à ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria penal, não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais. Ao versar a discriminação ou o preconceito considerada “a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional”, a Lei nº

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

7.716/1989 não contempla a decorrente da orientação sexual do cidadão ou da cidadã.³⁹²

A exegese da Lei n.º 7.716/89 não pode ser esvaziada, e nem pode ser amplificado o sentido estrito vinculado aos limites do texto legal para a conceituação do crime de racismo, frisando-se que o alcance do tipo penal é e deve ser vinculado à lei em sentido estrito, e não “[...] ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções ínsitas ao Estado-Juiz – em prejuízo da tão almejada segurança jurídica, ausente prévia delimitação das condutas alcançadas pelo texto legal.”³⁹³, não podendo, desta forma, ser estendido ao abarcamento de discriminações, violências, preconceitos decorrentes de orientação sexual e/ou identidade de gênero por determinação do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, o Excelentíssimo Ministro discorreu sobre a redação do inciso XLI, do artigo 5.º da Lei Fundamental, o qual expressa vocábulo semântico do gênero “punir”, e não especificamente da espécie “criminalizar”, diante do qual não se pode considerar que o legislador ordinário está vinculado à espécie de mandado de criminalização, “[...] considerados o caráter programático da norma e a relativa amplitude semântica do texto”³⁹⁴.

Alegou que, caso fossem criminalizadas condutas odiosas motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, usurpar-se-ia a competência do Congresso Nacional, devendo a criminalização se dar no âmbito – próprio – do Poder Legislativo, e não no Plenário do Supremo Tribunal Federal, “[...] não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Ausente imposição, no âmbito criminal, de ordem ao legislador, reconhecer eventual omissão do Congresso Nacional não merece apoteose.”³⁹⁵.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em:

Ressaltou, ainda, o princípio fundamental da separação dos três Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário) o qual impõe área de atuação específica e reserva institucional às diferentes funções estatais. Em observância e respeito aos princípios da separação das funções do Estado, da reserva legal (foro de exclusividade do legislador ordinário na esfera Penal) e da liberdade legiferante, o Ministro Marco Aurélio divergiu dos Relatores do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inadmitindo o primeiro e julgando como improcedente o pleito da segunda, não reconhecendo omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia³⁹⁶.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski expôs a obrigatoriedade da criminalização de condutas discriminatórias motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima, à luz do já muito mencionado mandado do artigo 5.º, inciso XLI, da Constituição. Reconheceu a omissão parlamentar no cumprimento do mandado incriminador e a importância da criminalização da conduta para proteger os grupos minoritários, entendendo que estava configurada mora legislativa inconstitucional a esse respeito. Embora tenha revelado a possibilidade da mora ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, trouxe que este pouco pode fazer, por dizer respeito à matéria penal sujeita à reserva legal absoluta do Poder Legislativo. Afirmou que “Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha.”³⁹⁷, sendo a Carta Política explícita no sentido de que apenas a lei, em sentido formal, é capaz de criminalizar uma conduta e cominar prévia pena como punição do ato.

Com efeito, o voto do Senhor Ministro Lewandowski foi contrário ao da maioria que acompanhou as teses do Relator, justamente pela indispensabilidade da existência de lei

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

para que seja possível punir penalmente determinada conduta, decorrente do disposto no artigo 5.º, inciso XXXIX, da Constituição, do artigo 9.º da Convenção Americana de Direitos Humanos e do artigo 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Destarte, votou para que fosse parcialmente conhecida e provida a ação de forma “[...] a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias”³⁹⁸, prevalecendo o princípio da reserva legal do Parlamento diante da extensão do tipo penal para abranger situações não pontualmente tipificadas, postulada na inicial, em prol do respeito deste direito fundamental do povo garantidor da segurança jurídica de todos.

Por fim, antes de prosseguir para a análise de outro caso concreto relevante na esfera do ativismo judicial, cabe trazer o último voto divergente daquele proferido pelo Senhor Ministro Celso de Mello, qual seja, o do Senhor Ministro Dias Toffoli (Presidente da sessão). Ele afirmou que todos os votos proferidos visaram ao “[...] repúdio à discriminação, [a]o repúdio ao ódio, [a]o repúdio ao preconceito e [a]o repúdio à violência por razões de orientação sexual”³⁹⁹, dando efetividade ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, previsto no artigo 3.º, inciso IV, da Carta Maior. Ainda assim, acompanhou o Ministro Ricardo Lewandowski pela procedência parcial dos pedidos.

Consoante já consignado os demais Ministros votantes (Ministro Marco Aurélio, Ministro Ricardo Lewandowski, e Ministro Dias Toffoli) anuíram à tese do Ministro Relator, tendo, então, sido prolatado o respectivo Acórdão, conforme a Ementa que segue:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5o, incisos **XLI e XLII**) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE **POR OMISSÃO** COMO INSTRUMENTO **DE CONCRETIZAÇÃO** DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS **FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA** DO PODER PÚBLICO – **A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE** COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), **NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI** Nº 7.716/89 – **INVIABILIDADE** DA FORMULAÇÃO, **EM SEDE** DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, **DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO** EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, **EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM** SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – **IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL** DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **MEDIANTE** PROVIMENTO JURISDICIONAL, **TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES** DE DIREITO PENAL, **EIS QUE** REFERIDOS TEMAS **SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL** (CF, art. 5o, inciso XXXIX) – **CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA** EM NOSSO PAÍS: **“O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME”** (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – **A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO”** (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): **UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA** A REAÇÃO DO ESTADO **NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO** AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – **A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5o) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO**

PODER PÚBLICO **EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO N.º 119-A**, DE 07/01/1890, **EDITADO** PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, **QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **NO EXERCÍCIO** DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – **A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO **CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS** PELO RELATOR, **MINISTRO CELSO DE MELLO**.

PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL.

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar *os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe* (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”).

NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO.

Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica.

Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero!

Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie.

AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI

MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL.

O conceito *de racismo*, compreendido em sua dimensão social, **projeta-se para além** de aspectos **estritamente** biológicos ou fenotípicos, **pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada** pelo objetivo de *justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles* que, *por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem* ao estamento **que detém** posição de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados** estranhos e diferentes, **degradados** à condição de marginais do ordenamento jurídico, **expostos**, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma **injusta e lesiva situação de exclusão** do sistema geral de proteção do direito.

COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA.

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

TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE.

As ideias, nestas compreendidas as mensagens, **inclusive** as pregações de cunho religioso, **podem** ser fecundas, libertadoras, transformadoras **ou**, até mesmo, revolucionárias e subversivas, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“dissenting opinion”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR..

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, *em tudo compatíveis* com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – **não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que** as ideias, **especialmente as de natureza confessional, possam** florescer, *sem indevidas restrições*, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe de sufocar opiniões divergentes, legitime** a instauração do dissenso **e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado** em convicções antagônicas, **a concretização** de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: **o respeito ao pluralismo e à tolerância.**

O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações **que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra** pessoas **em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo** na liberdade *constitucional* de expressão **nem** na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5o), *que expressamente o repele.*

A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO.

A omissão do Estado – **que deixa de cumprir**, *em maior ou em menor extensão*, **a imposição** ditada pelo texto constitucional (*como aquela* que deriva do art. 5o, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – **qualifica-se** como comportamento *revestido* de intensa gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, *a própria aplicabilidade* dos postulados da Lei Fundamental. **Doutrina. Precedentes (ADI 1.458- -MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).**

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição *sem* a vontade de fazê-la cumprir integralmente **ou, então**, do que a promulgar *com o intuito de apenas* executá-la *com o propósito subalterno* de torná-la aplicável *somente* nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes **ou** de grupos majoritários, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos **ou, muitas vezes**, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, **notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.**

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, *expressamente autorizada e atribuída* ao Supremo Tribunal Federal **pela própria Carta Política, destina-se a impedir** o desprestígio da Lei Fundamental, **a neutralizar** gestos de desprezo pela Constituição, **a outorgar proteção** a princípios, direitos e garantias nela

proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. **Doutrina. Precedentes do STF.**⁴⁰⁰

4.2 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442⁴⁰¹, com pedido de medida cautelar, em face de alegada controvérsia constitucional relevante acerca da recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, tendo indicado como preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, os direitos de mesma natureza (fundamental) à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da Constituição Federal, respectivamente: artigo 1.º, incisos I e II; artigo 3.º, inciso IV; artigo 5.º, *caput* e incisos I e III; artigo 6.º, *caput*; artigo 196 e artigo 226, § 7.º, para que fosse declarada a **não recepção parcial** dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Foi indagado se tais artigos do Código Penal (124 e 126) estão de acordo e refletem os direitos e preceitos constitucionais e instrumentos internacionais de direitos humanos, alegando-se que as razões jurídicas que justificaram a criminalização do aborto voluntário em 1940 não mais se sustentam. Na inicial, traz-se que os dispositivos impugnados pela arguição de descumprimento de preceito fundamental violam diversos direitos fundamentais das mulheres e, sobretudo, o direito e garantia fundamental, leia-se, o princípio dos princípios que norteia todo o ordenamento e fundamenta o Estado Democrático de Direito Brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Ademais, frisa-se o desrespeito aos princípios da cidadania, da promoção do bem-estar de todas as pessoas sem qualquer forma de discriminação, não reconhecendo às mulheres capacidade ética e política de se autodeterminar e tomar decisões reprodutivas importantíssimas no seu planejamento de vida. Neste diapasão, o problema reside no reforço de estereótipos de

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

gênero que impossibilitam o pleno exercício da cidadania pelas mulheres e constroem a sua liberdade para participar na vida política e decidir por si as escolhas que irá tomar.

Existem ainda outros postulados fundamentais afrontados: o objetivo republicano de promoção do bem de todos; o princípio da não discriminação (“[...] a criminalização afeta desproporcionalmente mulheres negras e indígenas, pobres, de baixa escolaridade e que vivem distante de centros urbanos, onde os métodos para a realização de um aborto são mais inseguros [...]”⁴⁰² do que os utilizados por mulheres de classes mais altas, com maior poder econômico e amplo acesso à informação); os direitos à saúde, à integridade física e psicológica das mulheres, à proibição de submissão a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, à inviolabilidade do direito à vida e à segurança, ao planejamento familiar, à liberdade, à igualdade, aos direitos sexuais e reprodutivos (estes previstos em vários compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário); o princípio da igualdade de gênero; o objetivo fundamental da República de não discriminação baseada em sexo.⁴⁰³

A impugnada determinação do Estado perpetua desigualdades e relações hierárquicas entre os indivíduos supostamente iguais à luz da Carta Republicana de 1988, sendo que a construção de uma sociedade efetivamente justa reclama a intervenção política e politização de aspectos relevantes como é o aborto voluntário. A criminalização de condutas abortivas voluntárias reflete a limitação das atividades desenvolvidas e da própria vida da mulher pelos homens, impedindo que elas consigam exercer autonomia, tomem decisões pessoais, além de as práticas misóginas e as defasagens culturais, sociais e políticas existentes no Brasil, segundo a corrente intelectual do feminismo, impedirem o reconhecimento das mulheres como iguais e capazes de autodeterminação, como seres dignos e detentores de direitos.

A autonomia está diretamente associada ao preceito fundamental da cidadania e ampara, “[...] por um lado, ter garantias políticas e sociais para estar livre de

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

discriminação, opressão, maus tratos ou tortura; por outro lado, ter protegida a vulnerabilidade existencial para a vida em igualdade.”⁴⁰⁴. Nessa linha de raciocínio, alegou-se na inicial que o direito ao aborto é um exercício de autodeterminação e um elemento fulcral da justiça reprodutiva, sendo que:

[...] a revisão da legislação punitiva do aborto pode e deve ser acompanhada de garantias de cidadania às mulheres: acesso à informação, educação escolar sobre saúde sexual e reprodutiva, oferta de métodos modernos de contracepção, assistência sociopsicológica após aborto ou parto, equipamentos sociais para o cuidado das crianças e suporte ao retorno das mulheres ao mundo do trabalho.⁴⁰⁵

Outrossim, os estereótipos contra as mulheres são formas que cristalizam as desigualdades de gênero e o patriarcado instaurado, sendo ignoradas as necessidades e escolhas pessoais femininas em prol da manutenção de um regime opressor, misógino e machista. No desenrolar da história atribuíram-se papéis distintos às mulheres, pois fundamentaram-se na ideia de que existiriam talentos e tendências naturalmente diferentes entre os sexos. Na sociedade contemporânea, o valor das mulheres foi definido à luz da sua “inata” capacidade de cuidar, de renunciar aos seus interesses pessoais e sacrificar quem é em benefício da função que “deve” exercer: cuidar dos outros. Estabeleceu-se, por conseguinte, que as mulheres tinham sexualidade voltada à procriação/reprodução, à maternidade compulsória, à satisfação do bel-prazer dos homens e à heterossexualidade, o que mostra a historicidade atribuída ao corpo de acordo com a cultura presente. Sobre isso, atenta-se que “Mulheres fora dessas expectativas estereotipadas em nome de uma ‘natureza feminina’ são vítimas de graves violações de direitos e mesmo de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

Deve-se desvincular o valor das mulheres à sua – imposta – atribuição de cuidar e permitir que construam quem são a partir das suas percepções de si, e não a partir do outro – é uma luta para continuar sendo livremente quem é sem sofrer influências de quem se deve ser.

A criminalização do aborto e a falta de políticas públicas eficientes de promoção e educação sobre saúde sexual e reprodutiva e livre planejamento familiar “[...] não só têm um efeito claro de disrupção sobre o projeto de vida de mulheres como pode chegar a colocar a vida delas em risco. A morte por aborto é, certamente, uma das experiências mais terríveis vividas por uma mulher comum no Brasil”⁴⁰⁷, ocorrendo “às escuras” como efeito cruel e sórdido da clandestinidade. Como solução, argumentou-se que:

Há evidências empíricas demonstrando como o acesso ao aborto seguro é uma proteção da dignidade e da cidadania da pessoa humana das mulheres. Além disso, demonstrou-se como a criminalização não é meio racional para impedir o dano que se visa a proteger com a proibição do aborto, isto é, dano decorrente de hipóteses de direito fundamentais baseadas no valor intrínseco do humano no embrião ou feto. Como argumenta Undurruga, “os tribunais tendem a assumir premissas intuitivamente sem justificá-las, em particular supor que a penalização é um método efetivo para proteger a vida do nascituro, e outras suposições sustentadas em estereótipos de gênero que subestimam os efeitos da penalização na vida das mulheres”⁴⁰⁸. Enfrentaram-se ainda os efeitos injustos dessas falsas presunções para a garantia de direitos fundamentais das mulheres.⁴⁰⁹

Nesse cenário argumentativo e como motivação das teses jurídicas apresentadas para a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, a parte autora defende a aplicação de interpretações prévias do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, da Ação

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁴⁰⁸ UNDURRAGA, Verónica. **Proportionality in the constitutional review of abortion Law**. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014. p. 77 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510 e do *Habeas Corpus* n.º 124.306, os quais “[...] afirmam a impossibilidade de imputar estatuto da pessoa constitucional ao embrião ou feto. Ao embrião ou feto é reconhecido o valor intrínseco de pertencimento à espécie humana, por isso, a proteção infraconstitucional gradual na gestação”⁴¹⁰. Contudo, tal proteção não pode se dar de maneira desproporcional, precisando “[...] ter como limites o respeito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à promoção de não discriminação e aos direitos fundamentais das mulheres.”⁴¹¹.

Aliás, utilizou-se como parâmetro os direitos constitucionais de vários outros países e, com base no direito constituinte comparado e nas perspectivas jurisdicionais e legislativas, atesta-se a configuração do marco normativo da interrupção da gestação por decisão da mulher até as primeiras 12 (doze) semanas de gestação na seara internacional, marco este coerente com recomendações médicas e com a experiência das mulheres. Mostrou-se, pois, a validade da descriminalização do aborto nesta hipótese, adotada por inúmeros países que, na contemporaneidade, se constituem em verdadeiras democracias. Como bem apontado:

[...] ainda que se imagine ser um objetivo constitucionalmente legítimo a proteção ao valor intrínseco do humano no embrião ou feto, a máxima da proporcionalidade demonstra que a criminalização do aborto não é medida adequada nem necessária para alcançar tal finalidade, já que não coíbe a prática nem promove meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto, que exigem educação sexual integral, acesso a métodos contraceptivos adequados, combate à violência sexual e fortalecimento da igualdade de gênero. A única eficácia garantida pela criminalização do aborto diz respeito à promoção de graves violações de direitos fundamentais das mulheres, o que consolida a demonstração de sua desproporcionalidade. A criminalização do aborto não protege o direito à vida, apenas subjuga mulheres, em particular as jovens, negras e indígenas, pobres e nordestinas.⁴¹²

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

Por fim, requereu-se a concessão da medida liminar para: (i) suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e o andamento de processos ou efeitos de decisões do Poder Judiciário que apliquem – ou pretendam aplicar – os artigos e as respectivas penas previstas nos dispositivos 124 e 126 do Código Penal, nas hipóteses de interrupção voluntária e induzida da gravidez nas primeiras 12 (doze) semanas de gestação; e (ii) reconhecer o direito constitucional das mulheres de interromperem, caso queiram, a sua gravidez, e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento dentro da margem cronológica estabelecida. No mérito, requer a procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental para que, com efeitos gerais e vinculantes, seja declarada pelo Pretório Excelso a:

[...] não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.⁴¹³

Nos termos do artigo 5.º, § 2.º, da Lei n.º 9.882/99, a Excelentíssima Relatora Ministra Rosa Weber requisitou informações dos órgãos e autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como a intimação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República para manifestação⁴¹⁴.

O Presidente da República defende a constitucionalidade das disposições atacadas, e a existência de desacordo moral razoável acerca da descriminalização do aborto, uma vez que há controvérsia entre as concepções morais, filosóficas e religiosas⁴¹⁵ dos indivíduos sobre o tema em epígrafe. Pronuncia-se afirmando que

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

⁴¹⁴ BRASIL. **Lei n.º 9.882 de 03 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁴¹⁵ Cumpre destacar que nem o próprio Presidente respeitou a laicidade do Estado ao fazer uso de convicções religiosas para fundamentar seu parecer.

quando ocorre esse desacordo, este deve ser solucionado pela instituição reservada a enfrentar tais matérias de acordo com o Estado democrático: o Poder Legislativo. De tal modo, ocasional modificação de parâmetros valorativos da Constituição da República sobre matéria e regulamentações normativas de condutas criminalizadas deve ser realizada, essencialmente, pelo Legislativo, na condição de representante eleito através do sistema democrático, pelo corpo social – “[...] ao trazer a questão para o debate no âmbito do Poder Legislativo, resta respeitado um dos pilares da democracia moderna, qual seja, o pluralismo político, no que se garante a legitimidade da decisão majoritária, ao mesmo tempo em que se resguarda os direitos das minorias”⁴¹⁶.

A Consultoria Geral da União (representando o Presidente) alega que não se pode confundir a situação dos fetos anencefálicos com a interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação por se tratar de situações diversas, sendo incabível interpretações analógicas ao que foi julgado na ADPF n.º 54, como requerido pela parte autora. Sustentou, sincronicamente, a inaplicabilidade do que decidido no *Habeas Corpus* n.º 124.306, por neste ter sido realizada discussão incidental – sem caráter vinculante – apenas para ser analisado se caberia ou não manutenção da prisão preventiva de dois médicos presos em flagrante por, supostamente, efetuarem procedimento abortivo numa gestante com o seu consentimento. Ainda, relativamente à ADI n.º 3.510, sustenta que o julgamento não diz respeito à interrupção da gravidez humana, mas que não existe pessoa humana embrionária e somente embrião, ou seja, há ausência de vinculação da controvérsia presente na lei de biossegurança com o tema do aborto.

O Senado Federal se manifestou no processo e igualmente rechaçou as teses propostas na ADPF n.º 442, esclarecendo que, dentre outros, e especialmente, o artigo 2.º do Código Civil de 2002 assegura e protege direitos ao feto viável, sendo que “[...] eventual alteração [dos aludidos dispositivos infraconstitucionais] está sendo discutida pelas Casas do Congresso Nacional por intermédio dos parlamentares eleitos pelo povo,

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

com a participação da sociedade, por meio de consultas e audiências públicas”⁴¹⁷. Declara, por fim, que os artigos questionados (124 e 126 do Código Penal) não foram objetos de modificação na reforma legislativa do Código Penal, consoante a Lei n.º 7.209/94, razão pela qual são aplicados pelas autoridades judicantes do país.

A Câmara dos Deputados prestou informações explanando o impossível reconhecimento de *periculum in mora* para conceder a medida liminar, posto que a norma impugnada vigora no sistema jurídico brasileiro há quase – à época da manifestação – oito décadas, sendo que “[...] ação de teor idêntico já poderia ter sido ajuizada desde a regulamentação da arguição de preceito fundamental, em 1999. Esses dois fatos indicam a inexistência do requisito de urgência que deve necessariamente embasar o provimento cautelar”⁴¹⁸. Atesta que os artigos sob análise foram editados pela autoridade e Poder competentes para tal, segundo o procedimento que se tinha previsto constitucionalmente, indicando a sua recepção formal pelo texto da Constituição de 1988 com categoria de lei ordinária. Quanto ao mérito, salienta que o crime de aborto apresenta como bem jurídico a ser tutelado a vida humana intrauterina. “Assim, a prática do crime de aborto significa atentar contra a vida, direito fundamental inviolável, resguardado pelo artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal – CF, dispositivo este que não faz distinção entre a vida extra e intrauterina.”⁴¹⁹. Além disso, alegou que os legisladores já disciplinaram casos nos quais permite-se a prática abortiva (aborto terapêutico no caso de proteção da vida da mulher; e aborto sentimental, para salvaguardar os direitos sexuais da mulher estuprada), bem como o fez o Supremo Tribunal Federal – no caso de fetos anencefálicos discutido na ADPF n.º 54. Asseverou que, na hipótese de o Supremo Tribunal Federal declarar a não recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, descriminalizando essas condutas, violar-se-ão os princípios da separação de Poderes e da soberania popular, com invasão

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

da arena deliberativa parlamentar, “[...] atuando como verdadeiro legislador positivo onde sequer há omissão legislativa [...]”⁴²⁰, de forma a manifestar-se contra os representantes eleitos pelo povo para exercer esta tarefa, qual seja, de espelhar a vontade social. Inclusive, quando foi analisado o Projeto de Lei n.º 1.135/91, a Câmara dos Deputados rejeitou a descriminalização do aborto e considerou a proposta inoportuna e inconstitucional. Finalmente, ressaltou a existência de inúmeras proposições em trâmite na Câmara Baixa do Congresso Nacional que preveem a proteção da vida desde a concepção, sendo algumas:

[...] a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 164/2012, que ‘estabelece a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção’; o Projeto de Lei – PL n. 8.116/2004, que ‘dispõe sobre a proteção ao nascituro’; o PL n. 478/2007, que ‘dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências’, entre outras. Tramitam, também, projetos que descriminalizam o aborto, como, por exemplo, o PL n. 4.403/2004, que ‘acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal’; e o Projeto de Lei n. 882/2015, que ‘estabelece as políticas públicas no âmbito da vida sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências’.⁴²¹

Preliminarmente, a Advocacia-Geral da União repele a possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo para criar critério excludente de tipicidade penal formal não editada pelo legislador, o que é inexecutável em sede de controle de constitucionalidade difuso, cabendo apenas ao Supremo Tribunal funcionar como legislador negativo. Traz que o legislador federal não é omissivo quanto ao tema por ter estabelecido exceções ao poder punitivo do Estado para a prática de aborto.

No mesmo sentido das manifestações do Chefe do Poder Executivo Federal, fez referência às decisões proferidas pelo Pretório Excelso nos precedentes usados como fundamentação de tese na inicial (a ADPF n.º 54; o *Habeas Corpus* n.º 124.306; e a ADI n.º 3.510), incompatíveis e inaplicáveis no caso em tela, pelos mesmos fundamentos supra expostos. Salientou a prevalência do direito à vida sobre o direito à liberdade de

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

escolha da gestante e a sua compatibilidade, adequação e proporcionalidade com a ordem constitucional brasileira, alegando que “[...] as disposições sob investiva não contemplam limitação indevida aos direitos individuais da mulher. Tratam [...] de reconhecer a prevalência do direito à vida do nascituro e de impedir que a prática [do aborto] ocorra de modo arbitrário e injustificado.”⁴²², entendendo configurar, pois, a ausência de *fumus boni iuris* sobre a pretensão do arguente. O outro requisito de necessária satisfação para concessão de medida cautelar também foi considerado inexistente, qual seja, o de *periculum in mora*, identicamente pelas razões postas pela Câmara dos Deputados (grande período de vigência das disposições hostilizadas).

Mencionou o fato de que o aborto não foi diretamente disciplinado pela Carta Magna, portanto, não se pode inferir do seu texto a existência de direito constitucional ao ato. Validou a legítima postura adotada pelo legislador no prevalecimento do direito à vida do feto sobre diversos outros da mulher. Entendeu faltantes as violações e afrontas aos preceitos constitucionais suscitados, manifestando-se pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido formulado pelo arguente.⁴²³

Na qualidade de *amicus curiae*, foram admitidos, dentre os “Diversos atores sociais, institucionais e políticos [que] pediram o ingresso no feito [...]”⁴²⁴, o Partido Social Cristão, a União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP, e o Instituto de Defesa da Vida e da Família. Especialistas com experiência e autoridade na matéria, órgãos públicos e privados e inúmeras entidades prestaram informações adicionais e declarações em audiência pública iniciada em 03 de agosto de 2018 e finda no dia 06 de agosto do mesmo ano, resguardando os mais variados e heterogêneos pareceres, opiniões e pontos de vista relativos ao tema, levando em consideração argumentos de

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁴²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

natureza jurídica, política, filosófica, moral, científica, ética e religiosa, e evidenciando como deve ser resolvido no arcabouço jurídico pátrio.

Em arremate, registra-se que o último movimento do processo (até o momento) foi a manifestação da Procuradoria-Geral da República, apresentado no dia 12 (doze) de maio de 2020:

A controvérsia perpassa a interpretação do princípio da separação de poderes e a discussão a respeito das funções a serem desempenhadas pelos poderes Judiciário e Legislativo na solução de questões complexas objeto de dissensos e divergências que extrapolam o âmbito jurídico, adentrando o campo dos consensos sociais possíveis de caráter político, filosófico, científico, moral, ético e religioso.⁴²⁵

Nesta perspectiva, sublinha-se a importância de verificação da incumbência (ou não) do Poder Judiciário determinar a descriminalização da conduta de interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 (doze) semanas de gestação.

Visto isso, volta-se ao argumento de que “Não é viável que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional que lhe foi atribuída pela Carta Magna, empreenda juízos eminentemente políticos da incumbência do Poder Legislativo.”⁴²⁶. A alegação de afronta e violação aos princípios e direitos fundamentais supracitados não conduz à singular, imprescindível, “[...] inafastável e inquestionável interpretação juridicamente válida de que os tipos penais previstos nos arts. 124 e 126 do Código Penal não teriam sido recepcionados se incidentes [...]”⁴²⁷ no período temporal estabelecido (12 semanas de gestação), “[...] e de que só seriam com eles compatíveis caso aplicados após o referido período de gravidez.”⁴²⁸. Nesta lógica, mesmo que haja demasiada

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁴²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em:

controvérsia sobre o assunto, o princípio constitucional da estrita legalidade deve ser observado (artigo 5.º, inciso XXXIX, da Carta Maior), sendo de competência exclusiva do Poder Legislativo definir quais condutas serão tipificadas como crime “[...] contra a vida, para estabelecer marcos temporais sobre o momento a partir do qual o bem jurídico vida há de ser juridicamente protegido [...]”⁴²⁹, e qual será a respectiva pena cominada em respeito ao próprio texto constitucional e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Complementando o entendimento, o Ministério Público Federal trouxe teses científicas e biológicas acerca do anunciado marco temporal e quais são adotadas no âmbito do direito comparado de alguns países (Estados Unidos da América; França; Itália; e Alemanha).

Em síntese, o que se extrai da exposição são reflexões com base no ordenamento jurídico, comprovando a irrefutável competência do Congresso Nacional – democraticamente legítima – para estipular desde quando a interrupção da gravidez merece ser tipificada como crime. O Legislativo abarca o foro constitucional para tanto e deve sopesar, sobretudo:

(i) a complexidade e as distintas possibilidades de disciplina legislativa da temática da discriminação do aborto; (ii) a existência de argumentos irreconciliáveis e antagônicos, embora consistentes e aptos a serem considerados compatíveis com a Constituição Federal, defensores de teses favoráveis e contrárias à criminalização do aborto; (iii) a multiplicidade de posicionamentos sobre o tema fundados em razões jurídicas, políticas, científicas, éticas, morais e religiosas; (iv) a elevada quantidade de pessoas atingidas pela determinação do Estado a respeito da matéria; (v) a ausência de dispositivo exposto da Constituição Federal que institua o denominado direito ao aborto e; (vi) as competências concedidas pela Carta da República aos poderes Legislativo e Judiciário.⁴³⁰

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

O parecer permite concluir pela necessidade de discussões como tais se darem no campo legislativo de forma democrática, representativa e constitucional e, por mais que seja reconhecido, ao mesmo tempo, o magno valor das atribuições das Superiores Cortes Constitucionais na salvaguarda de direitos fundamentais e na declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos antagônicos à Constituição da República, estas não detêm capacidade institucional para decidir e solucionar questões políticas tão significativas à sociedade, e devem respeitar e agir dentro de seu corpo deliberativo. Impõe-se, pois, um desempenho ao Supremo Tribunal de autocontenção e deferência ao papel constitucionalmente delegado ao Parlamento⁴³¹, para evitar uma conjuntura na qual reste instalada uma crise de representação e legitimação democráticas, em função da hiperatividade judicial e ampliação excessiva e desproporcional de sua competência controladora em matérias politicamente sensíveis – “[...] não se espera que [os guardiões da Constituição] reúnam os atributos suficientes para decidir todas as questões submetidas à apreciação do Estado [...]”⁴³², especialmente quando são exigidas informações técnicas de outras áreas do conhecimento (carece-se de um corpo técnico multidisciplinar) discrepantes do mundo do Direito para se chegar a uma resolução, além da indispensável participação popular. Contudo, “Não se pretende afirmar, com isso, que o Supremo Tribunal Federal não possa participar do debate constitucional a respeito da descriminalização do aborto. Não apenas pode, como é fundamental que o faça.”⁴³³, para zelar e guardar a Carta Magna – como o legislador negativo que é –, verificando se há concordância ou não com os mandamentos constitucionais.

Em nome da preservação da atividade criativa de direitos e deveres consagrados democraticamente ao Poder Legislativo e não concedidos ao Judiciário, a Procuradoria-Geral da República admite a apreciação de compatibilidade entre a legislação penal que

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

tipifica o crime de aborto e a Lei das leis (agindo dentro dos limites de competência). Todavia, entende ser inexecutável o deferimento das medidas cautelares e o acolhimento dos pedidos formulados na ADPF n.º 442, isto é, opina pelo indeferimento da medida preventiva e pela improcedência da ação de controle concentrado impetrada.

Como se pôde observar, prevalece – por enquanto pelo menos – a convicção de que o nascituro possui proteção constitucional superior aos direitos femininos de igualdade, liberdade, autodeterminação e escolha, bem como, na ausência de pronúncia legal sobre o momento no qual se inicia a vida, é mister a conservação do entendimento no sentido de proteger qualquer fase da gravidez até que seja estabelecido marco inicial da vida humana no esqueleto jurídico brasileiro.

Em derradeiro, analisar-se-á um último caso concreto para que sejam proferidas as conclusões finais a respeito da totalidade dos tópicos aqui abordados.

4.3 ATIVISMO NA PANDEMIA DA COVID-19

Desde o início do ano 2020, até os dias que correm, vivencia-se uma crise mundialmente instaurada em virtude da disseminação do vírus SARS-CoV-2, comumente conhecido como coronavírus. A instabilidade social, econômica, educacional, governamental e de liberdades e garantias individuais que se enfrenta em razão da pandemia, implantou um estado de calamidade pública no Brasil (e em quase todos os lugares do mundo) e as diligências executadas pelo Poder Público na luta contra a COVID-19 revelaram-se insuficientes.

Vale dizer, não obstante a gravidade e urgência do quadro fático, os procedimentos legítimos e constitucionalmente adotados para a criação de leis e atos normativos expressam incapacidade de sanar as premências sociais. Logo, o Poder Legislativo encontra-se em mora pela ineficácia de seus atos e a impossibilidade destes de atender todas as necessidades públicas dentro de um tempo razoável, mesmo tendo sido decretado estado de emergência em saúde pública e sido suspensa a maioria das atividades públicas e privadas.

Noutro bloco, denota-se também ineficiente o Poder Executivo, especialmente o Federal. Isto porque o senhor Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, além de

se manter apartado das instituições que compõem o Estado Democrático de Direito, se manifestou e ainda se manifesta, diversas vezes e por variadas formas, contra medidas preventivas de disseminação do coronavírus, contrariando as recomendações da Organização Mundial de Saúde, dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, da Sociedade Brasileira de Infectologia, das principais autoridades sanitárias nacionais e internacionais, incluindo-se as de seu próprio Ministério da Saúde e das Secretarias da Saúde dos Estados e Municípios Brasileiros.

Em face das inescrupulosas atitudes do Governo Federal, foram propostas, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos e pela Rede Sustentabilidade, respectivamente, as Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 668⁴³⁴ e n.º 669⁴³⁵, com pedido cautelar, contra o anúncio de contratação, pelo Governo Federal, da campanha publicitária denominada “O Brasil Não Pode Parar”. Foram alegadas violações de direitos humanos e, por óbvio, fundamentais, pelas práticas imorais verificadas, dentre os quais: “[...] o direito à vida, à saúde, à informação, à moralidade, à probidade, à transparência e à eficiência (arts. 5º, XIV e XXXIII; 37, *caput* e §1º; 196; 220, *caput* e §1º).”⁴³⁶. A referida campanha foi propagada em redes sociais, tais como *Instagram, Twitter, Facebook, Telegram, Whatsapp*, e também no *Google*, conclamando todo o corpo social a retornar às atividades, transmitindo a ideologia de que a pandemia mundial de COVID-19 não constitui gravíssima ameaça à saúde e à vida da comunidade em geral:

A referida campanha publicitária, diga-se, a custa do erário, **no valor de R\$ 4.897.855,00**, foi dispensada de licitação por ter sido classificada “**emergencial**” pela SECON (Secretaria de Comunicação da Presidência da República).

⁴³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Inegavelmente o senhor Presidente da República agride a consciência nacional num momento gravíssimo e descumpre preceito fundamental insculpido no **artigo 196 da Carta Magna**, *verbis*:

Art. 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.⁴³⁷

Afirmou-se nas iniciais que não se pretendia intervir no processo decisório do Executivo, mas proteger a Constituição e os valores e princípios nela contidos, à vista dos absurdos cometidos e publicados em contrariedade às evidências científicas e médicas – com respaldo em opiniões pessoais – e em detrimento da vida e da saúde da população, configurando uma tragédia de imensuráveis proporções. A suspensão da quarentena e do isolamento por meio da propaganda do Presidente da República consiste, nas palavras da Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos:

[...] um verdadeiro despautério, simplesmente por que baseia-se num toco “darwinismo” que se traduz pela suposição, repita-se, apenas mera e leviana suposição de que jovens, trabalhadores, crianças e atletas não têm, ou têm menos, risco de contrair a doença, morrer por causa do coronavírus, ou mesmo tornarem-se vetores de transmissão da epidemia, contaminando outros indivíduos e levando para o interior de seus lares a peste.⁴³⁸

Apontou-se, ainda, na exordial da ADPF n.º 668, que a propaganda contratada e preliminarmente dissipada através de vídeo publicado na rede mundial de computadores, se ajusta à hipótese contida no artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor, de propaganda enganosa e abusiva, sendo este dispositivo completamente aplicável, pois mesmo não sendo a saúde pública produto de consumo, é o bem jurídico da mais ampla magnitude no ordenamento jurídico brasileiro, o que justifica a subsunção do fato à referida norma⁴³⁹.

⁴³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴³⁹ **Art. 37**. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. **§ 1º** É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. **§**

A Rede Sustentabilidade mencionou, na ADPF n.º 669, a notícia divulgada no dia 27/03/2020, segundo a qual o Governo Federal contratou uma empresa de publicidade para a produção e circulação de campanha pregando que “O Brasil Não Pode Parar”, e defendeu a configuração de lesão concreta e direta ao patrimônio público, especialmente por propalar explanações e recomendações dissociadas das orientações médicas e sanitárias que têm o condão de implicar na “[...] morte de inúmeros cidadãos inocentes, que, por sua intrínseca boa-fé e falta de experiência, infelizmente poderão ser levados a acreditar nas diretrizes estabelecidas pelo Sr. Presidente.”⁴⁴⁰.

Sustentou-se que a divulgação de ideias e informações falsas e prejudiciais oferece risco real, perigo, aos brasileiros, pois incita e motiva um comportamento que compromete a saúde pública e a vida, seja através do vídeo, seja por intermédio da propaganda contratada com recursos públicos, estes que poderiam e deveriam, inversamente ao que se faz, estar sendo utilizados para enfrentar a generalizada crise causada pelo coronavírus. Embasando-se em tais fundamentos, pleitearam a procedência da ação e o deferimento da medida cautelar no sentido de declarar-se a inconstitucionalidade da propaganda institucional da Presidência intitulada “O Brasil Não Pode Parar” e dos atos que autorizaram os gastos do erário para tanto, bem assim determinar-se a contenção do Governo Federal na veiculação de quaisquer publicidades onerosas à riqueza pública (imaterial e monetária), direta ou indiretamente, pela gravidade e lesividade dos efeitos que medidas como tais causam e/ou podem vir a causar.

Em caráter excepcional, o Excelentíssimo Senhor Relator Ministro Luís Roberto Barroso optou por decidir de imediato sobre as medidas cautelares requeridas, sem prejuízo da posterior oitiva das autoridades que deveriam ser intimadas para apresentar

2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

esclarecimentos e defender seus posicionamentos (Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da República e representantes dos Poderes), justamente pelos “[...] riscos gerados por eventual campanha de desinformação e [pela] importância de assegurar que recursos públicos escassos não sejam desperdiçados em contexto em que são imprescindíveis para a preservação da vida das pessoas [...]”⁴⁴¹.

Nesta quadra, o Ilustre Relator recebeu o pedido formulado pela Rede Sustentabilidade, sob o argumento de que “Não há dúvida de que a potencial violação à vida, à saúde, à informação, à moralidade, à probidade, à transparência e à eficiência se enquadra como descumprimento de preceito fundamental, para fins de admissibilidade da ação.”⁴⁴². Ademais, registrou o eminente Relator, restaram preenchidos e presentes os elementos que possibilitam a concessão de medida liminar: verossimilhança do direito alegado e perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação na demora. O primeiro elemento foi verificado pelo reconhecimento técnico-científico, por autoridades de todo o mundo, sobre a seriedade e periculosidade da pandemia e da indispensabilidade de medidas que imponham rígida quarentena para frear a contaminação pela COVID-19 e salvar as vidas das pessoas; o segundo, por sua vez, caracterizou-se “[...] quer porque já há vídeo circulando na internet, conclamando a população a não parar, quer porque a qualquer momento pode ser lançada campanha mais ampla, no mesmo sentido, com o uso de recursos públicos escassos.”⁴⁴³.

Os referenciais normativos utilizados na tomada de decisão foram os direitos fundamentais à vida, à saúde, à segurança e à informação; o dever do Poder Público de prestar os serviços necessários à garantia desses direitos e, sobretudo, de não colocá-los em risco; o mandado constitucional de que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

de orientação social; e o fato de que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (conforme os artigos 5.º, *caput* e incisos XIV e XXXIII; 6.º; 37, *caput* e § 1.º; e 196, todos da Constituição Federativa).

Acrescentou o douto Relator que é imperativa a adoção de medidas sanitárias para diminuir a velocidade de contágio e a propagação do vírus, de forma a permitir que os sistemas de saúde deem conta das demandas sem atingir o colapso e exaurir a sua capacidade, podendo-se evitar, assim, mortes desnecessárias. Observe-se:

Sem a adoção de tais medidas, o contágio de grande parcela da população ocorre simultaneamente, e o sistema de saúde não é capaz de socorrer um quantitativo tão grande de pessoas. Entre as medidas de redução da velocidade de contágio estão justamente aquelas que determinam o fechamento de escolas, comércio, evitam aglomerações, reduzem a movimentação de pessoas e prescrevem o distanciamento social. A necessidade de tais medidas constitui opinião unânime da comunidade científica sobre o tema, conforme manifestações da Organização Mundial de Saúde, do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina e da Sociedade Brasileira de Infectologia.⁴⁴⁴

Consignou ainda que, à vista do contido nos autos, denota-se que a propaganda do Governo Federal é, deveras, “desinformativa”, uma vez que contradita integralmente os princípios da precaução e da prevenção obrigatoriamente aplicados em matéria de saúde pública, por meio de medidas sanitárias de distanciamento social, com apoio em dados inverídicos. Traduz-se a citada campanha numa implementação de recursos públicos que ignoram e desprezam os princípios da moralidade, da eficiência, da legalidade e da impessoalidade, “[...] além de deixar de alocar valores escassos para a medida que é a mais emergencial: salvar vidas (art. 37, *caput* e § 1.º, CF).”⁴⁴⁵. Outrossim:

É igualmente importante ter em conta que não se trata aqui de uma decisão política do Presidente da República acerca de como conduzir o país durante a pandemia. Haveria uma decisão política, no caso em exame, se a autoridade

⁴⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

eleita estivesse diante de duas ou mais medidas aptas a produzir o mesmo resultado: o bem-estar da população, e optasse legitimamente por uma delas. Não é o caso. A supressão das medidas de distanciamento social, como informa a ciência, não produzirá resultado favorável à proteção da vida e da saúde da população. Não se trata de questão ideológica. Trata-se de questão técnica. E o Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional de tutelar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação de todos os brasileiros.⁴⁴⁶

Diante do exposto, o insigne Relator Ministro Luís Roberto Barroso, por meio de decisão monocrática, recebeu a ação da Rede Sustentabilidade, deferindo medida protetiva para sustar a criação, contratação e a transmissão de qualquer campanha que propague “O Brasil Não Pode Parar”, estimulando o desacato às orientações instituídas e/ou menosprezando e minimizando o gravíssimo contexto em que se vive hodiernamente. Promoveu o apensamento da ADPF n.º 668 por baixo da ADPF n.º 669 e determinou a intimação das autoridades competentes para que cumprissem a decisão imediatamente e manifestassem-se, com o posterior retorno dos autos à conclusão para que pudesse ser levada a medida a referendo do Plenário do Superior Tribunal Federal.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento das arguições de descumprimento de preceitos fundamentais, alegando a ilegitimidade ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, por falta de pertinência temática entre os seus propósitos estatutários e interesses e o conteúdo material da arguição em tela. Anunciou a ausência de objeto por não haver comprovação da existência de ato do Poder Público a ser atacado pela via da ADPF, visto que questionados genericamente e sem existência comprovada pelos autores das ações – “[...] inexistente nos autos demonstração concreta de que os aludidos serviços [da empresa IComunicação Integrada] se prestariam exatamente à divulgação de campanha intitulada ‘O Brasil não pode parar’, como alegado pelas requerentes.”⁴⁴⁷. Arguiu o não atendimento ao princípio da subsidiariedade das ADPF’s e a consequente inadmissibilidade destas, por deterem natureza subjetiva e individual e, mesmo que fosse reconhecido seu caráter de

⁴⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

subsidiariedade, seria possível sanar a lesividade por outro meio juridicamente eficaz que neutralizasse, de maneira ampla, geral e imediata, a suposta situação⁴⁴⁸. Falou sobre o descabimento do requerimento subsidiário da Rede Sustentabilidade da conversão da ADPF em ação direta de inconstitucionalidade. Por fim, apontou a ausência de bases concretas e seguras para fundamentar a alegada violação do direito à saúde, fazendo referência aos limites da jurisdição constitucional e de intervenção em atos de governo. Este último argumento foi firmado na instabilidade e nas permanentes mudanças do quadro fático “atual”, no qual políticas públicas são e devem ser rapidamente adaptáveis, flexibilizando-se, ou não, o isolamento social no enfrentamento da pandemia do coronavírus, a depender da discricionariedade administrativa. Neste ponto:

Na repartição das funções de poder do Estado, repousa sobre o Executivo a estrutura e a expertise necessárias à tomada de decisões rápidas e adequadas ao enfrentamento de crises que repousam sobre cenários fáticos voláteis, tal como o atual enfrentamento da epidemia de Covid-19.

Faz-se necessária prudente autocontenção da jurisdição constitucional, pois o que se coloca como objeto de exame nesta ação seriam pronunciamentos do Presidente da República e suposta campanha publicitária de órgãos de governo, que se pretende sejam cotejados com orientações de organismos não governamentais de saúde e opiniões da comunidade científica.

Sob o aspecto material, a reunião e análise de dados e de opiniões técnicas e seu confronto com dados estatísticos não se coloca no campo da jurisdição constitucional, mas no da definição de política pública de saúde que somente autoriza a intervenção judicial quando produzidos relevantes efeitos jurídicos em desacordo com a Constituição, qualificados, de regra, por efeitos danosos mensuráveis.⁴⁴⁹

Observa-se, diante da passagem exposta, que o Ministério Público Federal (MPF) entende que a solução dada pelo Poder Judiciário afronta a repartição de competências editada na Carta de 1988, por supostamente estar substituindo o juízo discricionário do Poder Executivo quando da definição de ocasião adequada para uma maior ou menor restrição de convívio social. Apontou ainda o MPF que as decisões dos órgãos do Governo têm levado em conta o sopesamento entre os limites dos sistemas de saúde e

⁴⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

econômico, o que se dá, segundo a Procuradoria-Geral da República, a partir de dados fáticos e avanços científicos em constante transformação, “[...] impossibilitando mesmo a existência de ato do poder público definitivo apto a ser examinado na via da ação de descumprimento de preceito fundamental”⁴⁵⁰, e, da mesma forma, inviabilizando uma conclusão segura a respeito da alegada transgressão ao direito fundamental à saúde, em vista das instabilidades fática, científica e social testemunhadas. Diante disso, opinou pelo não conhecimento das duas arguições aqui retratadas.

A Presidência da República, a respeito das arguições de descumprimento de preceitos fundamentais n.º 668 e n.º 669, posicionou-se similarmente à Procuradoria-Geral da República, alegando a ausência de pertinência temática entre as finalidades institucionais da Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos e o conteúdo questionado, o que resulta na ilegitimidade ativa da mencionada Confederação para a propositura da ação por falta de interesse de agir imediato e direto. Apontou a carência de clara e precisa especificação do ato questionado e de documentos comprobatórios da violação de preceitos fundamentais, o que descumpra o artigo 3.º da Lei n.º 9.882/99, pois não contém a exordial os referidos requisitos prescritos na Lei (indicação do ato questionado; prova da violação do preceito fundamental; e cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovação da impugnação). Expôs a inexistência de campanha publicitária denominada “O Brasil Não Pode Parar”, tendo sido o vídeo que circulava em alguns veículos de imprensa produzido em caráter experimental, e não tendo, portanto, havido gasto, custo ou aprovação da Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República (SECOM), e tampouco sido veiculada em qualquer canal oficial do Governo Federal – “[...] a postagem veiculada nos canais digitais oficiais tratou-se de **elemento isolado de uma ação de comunicação** [...]”⁴⁵¹, tendo como objetivo “[...] informar a população sobre a necessidade de manter áreas

⁴⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

essenciais da economia ativas durante o período da pandemia [...]”⁴⁵², tendo se referido, também, à necessidade da manutenção dos empregos e preservação do sustento das famílias. Destacou que não houve contrariedade às recomendações do Ministério da Saúde, pois distanciamento social não significa isolamento absoluto e porque o próprio Ministro da Saúde, à época, Luiz Henrique Mandetta, “[...] em coletiva concedida no dia 25/03/2020, defendeu a manutenção da atividade econômica no Brasil: ‘É eu vejo nesse sentido a grande colaboração da fala do presidente. Chamar a atenção de todos que é preciso pensar na economia’ [...]”⁴⁵³, fortalecendo, pois, o entendimento do Presidente e da SECOM, no sentido de que a postagem se deu de maneira isolada e teve como escopo incentivar seguramente o funcionamento econômico no Brasil e diminuir o impacto da crise neste setor, e nunca colocar as pessoas em risco quando do desrespeito das medidas de quarentena propostas.

Atestou a regularidade da contratação da empresa IComunicação Integrada (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI) e a inexistência de relação entre este contrato e a suposta campanha impugnada. A contratação foi excepcional graças à imprevisibilidade e emergência da situação e só passou a ter vigência a partir de 27/03/2020, “[...] **período posterior às publicações e à produção do vídeo impugnado nas arguições em questão.**”⁴⁵⁴, “[...] **não havendo qualquer relação do contrato firmado e de seu respectivo valor com as postagens atacadas nem com o vídeo produzido em caráter experimental por outra empresa.**”⁴⁵⁵. Neste seguimento, frisou que a contratação se deu por meio de regular processo administrativo e cumpriu

⁴⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

todos os requisitos legais e técnicos para a sua efetivação. Em último lugar, ressaltou que é competência discricionária e privativa do Chefe de Governo e não do Poder Judiciário tomar decisões para orientar a população e implementar políticas públicas para lidar com a pandemia da COVID-19. Para comprovar tal consideração, mencionou a Ação Civil Pública n.º 5019484-43.2020.4.02.5101/RJ⁴⁵⁶ proposta pelo Ministério Público Federal em face da União e com objeto similar ao ora tratado, e a Ação Popular n.º 1016948-19.2020.4.01.3400, em trâmite na 20.ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, a qual fixa o entendimento no sentido de ser institucional e democraticamente incompetente o Poder Judiciário no fazimento de escolhas administrativas, conforme segue:

O Poder Judiciário, além de não ter os subsídios técnicos para interferir nessas decisões, também não possui legitimidade para ditar ao governo a correta e mais adequada política pública para lidar com a pandemia do COVID-19. A doutrina da separação de poderes recomenda que o controle de legalidade sobre os atos administrativos a ser exercido pelo Poder Judiciário seja objetivo, limitado e cirúrgico, jamais se imiscuindo na conveniência e na oportunidade das escolhas políticas.

[...].

Assim, a interferência do Judiciário neste momento, além de ser, sob muitos aspectos, ineficaz, pelos movos já apontados, pode contribuir para aumentar a insegurança jurídica, em virtude da violação da separação dos poderes. Nos termos do que determina a Constituição Federal, cabe aos agentes públicos democraticamente eleitos, devidamente assistidos por um corpo técnico, traçar as diretrizes a serem seguidas em situação tão grave e excepcional. A eles também caberá arcar com os ônus do exercício de sua discricionariedade e das escolhas políticas subsequentes, inclusive se essas se mostrarem equivocadas no futuro.⁴⁵⁷

Com efeito, inferiu que a exegese do caso trazido como exemplo deve ser aplicada nas ADPF's n.º 668 e n.º 669, em observância ao princípio da separação dos Poderes da

⁴⁵⁶Na citada decisão, foi determinada que 'a União se abstenha de veicular, por rádio, televisão, jornais, revistas, sites ou qualquer outro meio, sico ou digital, peças publicitárias relativas à campanha 'O Brasil não pode parar', ou qualquer outra que sugira à população brasileira comportamentos que não estejam estritamente embasados em diretrizes técnicas, emidas pelo Ministério da Saúde, com fundamento em documentos públicos, de endades científicas de notório reconhecimento no campo da epidemiologia e da saúde pública. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.).

⁴⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

República, sem superposição de um ao outro, sem verificação de gigantismo Judiciário. No caso de serem superadas as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de comprovação da violação a preceito fundamental, afirmou a necessidade de reconhecimento do não atendimento ao princípio da subsidiariedade da ADPF previsto no artigo 4.º, § 1.º, da Lei n.º 9.882/99, pela existência de outro meio processual apto a reparar a situação de lesividade assinalada, a exemplo da Ação Civil Pública e da Ação Popular supramencionadas.

Ademais, alegou a ausência dos requisitos necessários ao referendo da medida de urgência: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Quanto ao primeiro, disse que restou demonstrada a inexistência de ato da Administração Pública que afrontou preceitos fundamentais; quanto ao segundo, tem-se que não houve campanha publicitária institucional nem o gasto divulgado, tendo sido retiradas das redes sob gestão da SECOM, por força da tutela de urgência pleiteada na Ação Civil Pública n.º 5019484-43.2020.4.02.5101/RJ, publicações que continham conteúdo do tipo que se discute nas ADPF's em questão.

Ao final, informou que a SECOM começou a publicar postagens com o mote “Ninguém Fica pra Trás”, dando publicidade aos atos do Governo Federal com o intuito de reforçar os “[...] sentimentos de união e de solidariedade necessários ao enfrentamento dessa difícil fase pela qual passamos, fato que corrobora a insubsistência das alegações autorais”⁴⁵⁸, numa tentativa de conter o espalhamento do novo coronavírus. Pugnou pelo conhecimento das preliminares, com extinção antecipada da arguição e, no mérito, pela improcedência da demanda, bem como pela cassação da liminar pelo plenário do Pretório Excelso.

Em preliminares de mérito, a Advocacia-Geral da União defendeu, no caso da ADPF n.º 668, a irregularidade na representação processual por inexistência de poderes especiais da Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos para o questionamento do ato normativo impugnado; a falta de cópias do ato impugnado e de documentos capazes de embasar a pretensão da arguente; a ausência de legitimidade

⁴⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

ativa pelo mesmo motivo anteriormente apresentado (falta de pertinência temática entre o objeto da ação e as atividades institucionais da parte autora); a inobservância do requisito da subsidiariedade, visto que o controle judicial poderia ter sido adequadamente feito mediante via difusa de controle de constitucionalidade, como tem sido feito para sanar efetivamente supostas ofensas a preceitos fundamentais; a ausência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, sendo inconcebível a concessão de medida liminar sem a presença desses pressupostos, tendo sido comprovada a inexistência dos requisitos pela nota emitida pela SECOM atestando, dentre outras coisas, que “Definitivamente, não existe qualquer campanha publicitária ou peça oficial da Secom intitulada ‘O Brasil não pode parar’. Trata-se uma mentira, uma *fake news* divulgada por determinados veículos de comunicação [...]”⁴⁵⁹, não tendo havido, conseqüentemente, os gastos demonstrados na exordial. Diante do exposto, o Advogado-Geral da União manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pelo indeferimento da medida antecipada, de modo que a decisão monocrática fosse revogada ou não referendada pelo Plenário.

Na ADPF n.º 669, a Advocacia-Geral da União alegou, preliminarmente, a falta de documentos capazes de embasar a pretensão do arguente; a inobservância do requisitos da subsidiariedade; evidenciou a ausência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, sob idênticos argumentos utilizados no pronunciamento acerca da ADPF n.º 668, pleiteando, desta forma, o não conhecimento da arguição e, caso denegado este pedido, o indeferimento da cautelar, com a revogação da medida ou com seu não recebimento pelo Colegiado em razão da não verificação dos elementos imprescindíveis para a postulada concessão.

No dia 07 de maio de 2020 foram extinguidas as duas ações diretas pelo Exmo. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, por perda de objeto (nos termos do artigo 21, § 1.º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), fiando-se à veracidade e à seriedade das informações prestadas pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União, por entender insubsistente razão para dar prosseguimento aos

⁴⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

processos diante das informações reveladoras de que a União não pretende deflagrar a campanha publicitária “O Brasil Não Pode Parar”. As decisões sobre ambas as ações de controle concentrado transitaram em julgado no dia 02/06/2020.

Visto isso, passa-se, finalmente, às conclusões finais sobre todo o exposto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As observações que aqui se fazem propõem-se a destacar e reforçar as conclusões feitas ao longo deste trabalho, cujo desiderato foi demonstrar diversos conceitos para evidenciar o ativismo judicial e o seu caráter multifacetado.

Como se pôde observar, num primeiro momento extraiu-se o conceito jurídico-sociológico de anomia na obra de Émile Durkheim, para que fosse utilizado no decorrer de todo o estudo. Consoante Durkheim, o pleno desenvolvimento do Estado e da sociedade exige pontual, específica e explícita divisão do trabalho e das tarefas a serem desempenhadas por todos, que haja solidariedade entre os órgãos e indivíduos que compõem o corpo social, devendo ser estabelecida e constantemente sentida entre as partes esta relação de interdependência e colaboração mútuas e contínuas.

Ademais, sente-se a magna importância da divisão laboral organizada pelo Estado no exercício de sua prerrogativa reguladora, num arcabouço normativo capaz de definir as peculiaridades, os direitos e os deveres das respectivas funções, de forma a propiciar uma solidariedade perfeita entre elas e a coesão social, mediante a determinação e delimitação acerca da maneira como devem cooperar e como deve ocorrer o desenrolar desta cooperação entre as funções sociais, pois o desequilíbrio institucional se instaura, ou seja, o **estado de anomia** se instala quando tal regulamentação é inexistente, ou quando as normas vigentes não são aptas a regular e solucionar quadros problemáticos ocasionados pela desarmonia funcional entre as atividades executadas pelos diversos órgãos do Estado (não é capaz de acompanhar a desenvoltura da divisão do trabalho).

Além disso, é preciso que as respectivas funções não entrem em conflito e se mantenham em equilíbrio ao encarregarem-se dos papéis que lhes são atribuídos e, caso haja qualquer ruptura de equilíbrio, que seja permeada e moderada pela solidariedade social.

Assim, o eventual desvio de funções entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo reclama a positivação de regras pelo Direito que governem e determinem as ações dos encarregados por exercer suas específicas funções estatais. Com efeito, o estado de indeterminação política frente a questões urgentes pertinentes à moral social e à própria viabilização de uma vida digna, provoca o ativismo do Poder Judiciário para

a resolução de demandas de natureza política. Este “gigantismo” do Judiciário pode provocar um desequilíbrio corporativo, justamente por, a depender da maneira pela qual é empreendido, ofender o princípio fundamental da Separação dos três Poderes da União, independentes e harmônicos entre si. Lado outro, o ativismo judicial regular tem como escopo restaurar o estado de ordem por meio da concretização dos princípios constitucionais garantidores do Estado Democrático de Direito.

Em analogia às ideias de Durkheim, é exatamente através da definição de limites sobre a atividade funcional de cada órgão e instituição estatais e, conseqüentemente, dos indivíduos, que a divisão do trabalho os torna mais solidários, sendo responsável por aprimorar o desempenho, a performance e os resultados das tarefas exercidas, fato que se traduz no pressuposto das cláusulas de independência e harmonia entre os Poderes que confere a eles distintas capacidades institucionais.

Ante ao exposto, entende-se que muitas vezes a Legislação e o Governo mostram-se incapazes de sanar problemas imediatos e urgentes, sendo que, mesmo com o resguardo constitucional da separação dos Poderes, torna-se imperativa a intervenção do Poder Judiciário diante da ineficiência das políticas públicas e do corpo de normas vigente para concretizarem a justiça social, os princípios democráticos, as garantias e direitos fundamentais e, enfim, suprir as demandas sociais.

Vale dizer, embora haja previsão legal das especificidades das funções estatais, configurando-se a anomia no Estado Brasileiro em razão de uma crise de representatividade política e omissões do Poder Público, tem-se como efeito colateral a “usurpação” de incumbências essenciais à democracia, especialmente por parte do Judiciário. O ordenamento jurídico, nestes casos, não abarca normas justas, condizentes e harmônicas o suficiente que retratem a realidade empírica contemporânea, não tratando de todos os temas extremamente relevantes que surgem com o progresso humanitário, revelando-se anômicos o Legislativo e o Executivo, posto que inoperantes frente a questões inarredáveis para a vida em coletividade.

Nesse diapasão, somente o suprimento da carência de regulamentação justa, eficiente e repressiva às anomalias que se apresentam, e a arquitetura de técnicas que possibilitem a cooperação harmônica entre as funções estatais para que possam, dentro da seara de suas competências, concretizar todos os objetivos, valores, deveres e

princípios fundamentais da República Federativa Brasileira, serão aptos a evitar que se recorra a outra entidade jurídica-pública, leia-se, o Judiciário, a fim de serem corrigidas os vácuos e omissões dos demais Poderes.

Se as controvérsias sociais fossem adequadamente reguladas e houvesse íntegro desenvolvimento das funções de Estado, permeabilizado pela solidariedade orgânica e a completa dedicação dos agentes estatais sobre as tarefas às quais se prestam – sem promiscuidade –, não haveria necessidade de acionar instâncias outras que poderiam estar ocupando-se de tópicos que não os decorrentes das anomias políticas.

Assim, a postura proativa do Poder Judiciário caracterizada por interferir em escolhas dos demais Poderes pode ser, deveras, positiva ou não. Quando representa imprópria e desarrazoada intromissão e apropriação das atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo, trata-se de ativismo judicial negativo.

Em sentido contrário, quando se verifica a incompetência desses Poderes para solucionar complexas conjunturas que precisam de remédios regularizadores e a atuação judicial baseia-se nos direitos fundamentais e princípios do Estado Democrático de Direito para adotar medidas proporcionais, razoáveis, fundamentadas e imprescindíveis, tem-se um ativismo benéfico.

A população não pode ficar à mercê do catastrófico funcionamento estrutural do Estado (“litígio estrutural”), das inconstitucionalidades, da falta de políticas públicas ou inutilidade destas diante dos propósitos constitucionais, e da inércia governamental. O juiz não pode ser limitado às suas funções típicas e nem ser coagido a desobrigar-se de atender às questões políticas que lhes são postas, devendo não somente agir para proibir e punir ações, normas e atos legislativos e administrativos que violem e/ou descumpram a Carta Maior, como também para afastar o Estado de Coisas Inconstitucional, cumprindo o seu papel de guarda da Constituição e implementando a integridade e a supremacia constitucionais.

A aplicação do princípio da Separação dos Poderes não pode sobressair às falhas estruturais e perpetuar os vácuos e lacunas de políticas públicas insatisfatórias e impertinentes que retratam uma atuação governamental imprestável e constantemente ultrajam direitos fundamentais certificadores de uma sociedade digna, livre, justa e democrática.

Destarte, ao Poder Judiciário cabe, a partir de sua desneutralização política, dilacerar os bloqueios estatais, institucionais e políticos sem, é óbvio, desrespeitar as incumbências típicas dos outros Poderes e usurpar seus encargos específicos. O diálogo entre as instituições em si e a sociedade é indeclinável, bem como o é o controle de constitucionalidade e seus desdobramentos em face do desequilíbrio causado pelo estado anormal inconstitucional, para coordenar a atuação dos órgãos estatais e verificar a eficiência das medidas por estes adotadas, sempre evitando que o Judiciário encarregue-se de funções governamentais e legislativas, vez que este não pode traçar o conteúdo íntimo e inerente às políticas públicas, pormenorizando-as, mas deve corrigir as frequentes depravações, corrupções e deformações estatais. Estimula-se, pois, a interferência comedida e responsável do Judiciário nas esferas dos Poderes Legislativo e Executivo, mas sem substituí-los, para suprimir o regime letárgico no qual se encontram as autoridades públicas.

Portanto, é em prol da superação das inconstitucionalidades reveladas nas incessantes omissões do Poder Público e transgressões dos direitos e garantias fundamentais, que aqui se defende a intervenção judiciária para o estabelecimento de diretrizes e instruções flexíveis aos demais Poderes. Não se pronuncia a favor da criação de um Poder superior, mas somente de um constitucionalismo cooperativo e dialógico, de uma democracia efetiva, da concretização dos direitos e garantias fundamentais e, sobretudo, do direito e garantia fundamental, do princípio dos princípios que norteia todo o ordenamento e fundamenta o Estado Democrático de Direito Brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

O fracasso de políticas públicas hodiernas legitimam, autorizam e até mesmo requerem um ativismo judicial democrático apoiado na Carta Magna e em seus preceitos e mandamentos, uma vez que esta outorgou ao Supremo Tribunal Federal a função de seu guardião, mormente no que tange ao seu regular cumprimento. Não se pode ter um “passivismo” judiciário, tampouco tirania institucional e/ou governamental; o ativismo judicial excepcional, prudente e sensato possui valor indescritível para, sem se tornar legislador positivo e em respeito à cláusula constitucional da separação de Poderes, fazer cessar as mazelas sociais. É mister salvaguardar a Carta Republicana e proporcionar

sua máxima efetividade (aplicando-se o princípio da supremacia da Constituição) e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

A judicialização das demandas do tecido coletivo por intermédio do ativismo judicial balanceado e dialógico, deságua na efetivação dos direitos fundamentais e do texto constitucional como um todo por via diversa daquela na qual se tem o debate político majoritário, mediante a interferência do Judiciário na formação, no controle e na execução de políticas públicas de modo restrito, ponderado e prudente. Independentemente de não serem eleitos para tanto, é em nome e em tutela aos direitos sociais, individuais, culturais, econômicos e fundamentais que se legitima a atuação subsidiária do Poder Judiciário em assuntos tipicamente políticos, perfazendo-se, pois, um adequado sistema de freios e contrapesos.

No que tange às correntes constitucionais filosóficas mais destacadas sobre o tema, constatou-se a imperiosidade da coexistência do procedimentalismo e do substancialismo para a consecução dos objetivos de um Estado Democrático de Direito. Diante da imprescindibilidade de realização dos valores dos conteúdos materiais da Carta da República, é crucial que o Poder Judiciário intervenha nos setores políticos para certificar e ver preservadas e consumadas as dimensões materiais e substanciais da democracia brasileira, e aplicados os direitos e garantias fundamentais (substancialismo). Ao mesmo tempo, é indispensável a exigência de soluções imparciais do referido Poder de forma a assegurar o processo democrático de representação política da vontade popular, os instrumentos de participação democrática e o direito à cidadania, observando os aspectos formais impostos constitucionalmente (procedimentalismo).

Noutro quadrante, cumpre expor a pertinência da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26⁴⁶⁰, porquanto inadmissível a consecutiva exposição da comunidade LGBTQIA+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais e, concomitantemente, repudiável a inércia e o retardo legislativos no que diz respeito à implementação de mandamentos constitucionais no sentido de criminalizar atos odiosos como tais. O Poder Legislativo estava, de fato, em estado de mora inconstitucional, o que

⁴⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240&prcID=4515053#>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

levou o Supremo Tribunal Federal a subsumir, corretamente, as práticas de homofobia e transfobia no conceito de racismo previsto na Lei n.º 7.716/89, em razão da inexistência de dispositivos penais que tipifiquem a discriminação praticada em virtude da orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima. O posicionamento do Pretório Excelso é legítimo justamente para evitar esse tipo de conduta cruel e abominável até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional sobre o tema, o qual postergava (e ainda posterga) a proteção de grupos vulneráveis desta estirpe por pré-conceitos discriminatórios, excludentes e preconceituosos próprios, inclusive de natureza religiosa, mesmo diante da propagada laicidade do Estado.

Similarmente, na Arguição de Preceito Fundamental n.º 442⁴⁶¹ (ainda não julgada), aduz-se que, frente às propositais moras legislativas, é plausível e coerente que o Supremo Tribunal Federal imponha às duas Casas do Congresso Nacional deliberação sobre a matéria relativa à interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 (doze) semanas de gestação, estabelecendo, *pari passu*, o marco temporal inicial concernente ao estatuto de pessoa constitucional ao embrião ou feto, e determinando a implementação de, no mínimo, eficientes políticas públicas acerca da saúde sexual e reprodutiva e livre planejamento familiar. Na constatação de contínua letargia, a depender das circunstâncias e dos parâmetros nos quais se assentará a decisão do Supremo Tribunal Federal, torna-se aceitável que este se pronuncie sobre as questões judicializadas (não receptação parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal), posto que não se pode viver num eterno estado inconstitucional, tampouco imortalizar uma sociedade de cunho machista, misógino, patriarcal e opressor.

Nesse cenário argumentativo, destaca-se: não há que se falar em democracia quando a mulher não é considerada como igual e detentora de direitos e não é livre para tomar decisões por si, muito menos quando não vê garantidos os seus direitos à proibição de tortura, à autodeterminação, à autonomia, à cidadania, à proibição de tratamento degradante e desumano, à integridade física, ao planejamento familiar, à saúde, à

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

liberdade e à igualdade – como já dito –, e, principalmente, à dignidade da pessoa humana.

Quanto às Arguições de Preceitos Fundamentais n.º 668⁴⁶² e n.º 669⁴⁶³, não obstante tenham sido extintas por perda o objeto, denota-se, da mesma maneira, a legitimidade do Judiciário para frear atos discricionários do Poder Executivo lesivos ao patrimônio público e à vida das pessoas, mesmo quando a atuação foi apontada por muitos como interferência ineficaz e violação ao princípio da separação dos Poderes.

Enfim, o ativismo judicial é um tema atual e, muitas vezes, tormentoso. Todavia, seu enfrentamento é inderrogável.

Percebe-se que, muitas vezes, o Judiciário é inapropriadamente utilizado por estratégia política, pois os demais Poderes, para não perderem dividendos políticos com a resolução de problemas atuais, diante da existência de correntes diametralmente opostas defendidas pela população (leia-se eleitores), culminam por provocar (ou influenciar para que provoquem) o Poder Judiciário para se manifestar sobre delicadas questões. Nesta linha, o ativismo judicial advém como consequência do enfraquecimento do regime democrático de representação, traduzindo-se como atuação proativa deveras essencial diante da imoralidade política.

Lado outro, no Brasil, em variadas ocasiões, o ativismo judicial destaca-se como resultado de um sistema político corrupto e mal estruturado, porque seus pilares mais proeminentes sempre foram o clientelismo e a política do “toma lá, dá cá”, os quais somente poderão ser extirpados por meio de árduo trabalho de implementação de uma cultura ética, em especial pelos operadores do Direito, com ênfase na disseminação da importância do efetivo respeito à Lei das leis e às atribuições originais de cada um dos Poderes, sob pena de sucumbência da democracia e instalação de um despotismo indesejável.

⁴⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

⁴⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

A propagação da faxina ética e moral não apenas na política, mas também na sociedade em geral, é medida que certamente contribuirá para a melhoria da vida em coletividade, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁴⁶⁴, propiciando a plena dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos e fundamentais, e a cooperação entre todos para o progresso da humanidade.

⁴⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2021.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n 1, 1988.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ANDRADE, Fernando Gomes de. **Direitos Sociais e Concretização Judicial: Limites e Possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). Os desafios dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. n. 56. set.-dez. 2005.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN) Thesis**, v. 5, n. 1, 2021, p. 3. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 apud CAMBI, 2018.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>.

_____. **Decreto-Lei n.º 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>.

_____. **Lei n.º 12.063 de 27 de outubro de 2009**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm>.

_____. **Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>.

_____. **Lei n.º 9.882 de 03 de novembro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>.

_____. **Resolução n.º 17, de 1989**. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, 1989. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 Distrito Federal**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 13/06/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240&prcID=4515053#>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo.

Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 668**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em:
 <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 669**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 07/05/2020. Disponível em:
 <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 4.733**. Rel. Min. Edson Fachin, DJ. 13/06/2019. Disponível em:
 <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344543023&ext=.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 442 Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber. No prelo. Disponível em:
 <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em:
 <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2 apud MORAES, 2017.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 35 f. (Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003.

COLOMBIA. **Corte Constitucional da República de Colombia**. *Sentencia T-068/2010*. Rel. Min. Jorge Pretelt, DJ. 04/02/2010. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-068-10.htm>>.

COMTE, Auguste. ***Cours de philosophie positive***, IV.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969**, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

DAL PONT, Bárbara. **A Passagem do Estado de Direito Para o Estado Democrático de Direito**: uma análise realizada sob a ótica da virada linguístico-pragmática, 113 f. Monografia (graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Direito de Curitiba, Centro Universitário Curitiba (unicuritiba), Curitiba, 2020.

DERANI, Cláudia. **Direitos fundamentais e democracia**. Arquivos de direitos humanos, v. 1, 1999.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução de Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: Edipro, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. ***Democracy and distrust. A Theory of Judicial Review***. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de; GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. **A Percurso**, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-124, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728/1122>>.

GARCIA, Émerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. v. 10. jan.-jun. 2008.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Boiteux, 2007.

GÜNTHER, Klaus. ***Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica***. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. DOXA, v. 17-18, 1995.

HABERMAS, Jürgen. ***Cómo es posible la legitimidade por via de legalidad?***. Gotinga, 1972.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.1-2, 1997.

HERINGER, Helimara Moreira Lamounier; LEHIFELD, Lucas de Souza. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise de sua aplicação na defesa dos direitos coletivos dos servidores públicos da educação mineira em virtude da Lei Complementar n.º 100/2007. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 4, n. 61, p. 797-824, 2020. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2059/pdf>>.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Distinções entre as Técnicas da “Interpretação Conforme a Constituição” e da “Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem redução de texto”. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152105770/distincoes-entre-as-tecnicas-da-interpretacao-conforme-a-constituicao-e-da-declaracao-parcial-de-inconstitucionalidade-sem-reducao-de-texto>>.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. **A ADPF 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil**. Direito, Estado e Sociedade, Curitiba, n. 53, p. 147-181, jul. dez. 2018. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf>>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito do Estado federado ante a globalização econômica**, item 7.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de Victor Civita. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1973.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **Direitos humanos e a teoria do discurso e da democracia**. Arquivos de direitos humanos. v. 2, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legalidade e limites da justiça constitucional. **Tribunal Constitucional Portugal**. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html> apud CAMBI, 2018.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NUNES, Edison. **Fragmentação de interesses e morosidade no parlamento brasileiro** apud CAMBI, 2018.

PRADO, Maria Ligia Coelho. Repensando a história comparada da América Latina. **Portal de Revistas da USP (Universidade de São Paulo Brasil)**, n. 153, 2005. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/19004>>.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SANTANO, Ana Cláudia; SILVEIRA, Geovane Couto da; ANDRADE, Luiz Gustavo de; ARRAES, Roosevelt (Org.). Entre Democracia, Política e Ativismo: a relação entre os anseios sociais e o Papel do Poder Judiciário. **Guardiania Judicial: Entre a Segurança Jurídica e a Política**. Curitiba: Appris, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Portal das Ciências Sociais Brasileiras**. Coimbra, n. 65, 1 nov. 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf> apud CAMBI, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Portal das Ciências Sociais Brasileiras**. Coimbra, n. 65, 1 nov. 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf>.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

UNDURRAGA, Verónica. **Proportionality in the constitutional review of abortion Law**. In: COOK, Rebecca J. et al. (Orgs.). *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Saraiva: São Paulo, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos- anteriores- %C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das- Na%C3%A7%C3%B5es- at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do- cidadao-1789.html>>.

WEFFORT, Francisco Correia. **Os Clássicos da Política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. São Paulo: Ática, 2001.

WERNECK VIANNA, Luiz. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

WERNECK VIANNA, Luiz et alli. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El derecho dúctil: ley, derechos, justicia***. 8. ed. Tradução Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2008.