

**BEATRIZ LAMEIRA CARRICO NIMER**

**CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES  
CONSTITUCIONAIS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL:  
ANÁLISE DO CONTEXTO BRASILEIRO PÓS-88**

**Tese de Doutorado**

**Orientador: Professor Associado Dr. Sérgio Resende de Barros**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2020**

Versão corrigida em 01 de junho de 2020. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.



**BEATRIZ LAMEIRA CARRICO NIMER**

**CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES  
CONSTITUCIONAIS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL:  
ANÁLISE DO CONTEXTO BRASILEIRO PÓS-88**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Professor Associado Dr. SÉRGIO RESENDE DE BARROS.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2020**

Versão corrigida em 01 de junho de 2020. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e de pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Nimer, Beatriz Lameira Carrico  
Considerações sobre os Limites Constitucionais da  
Função Jurisdicional: Análise do Contexto Brasileiro  
Pós-88 ; Beatriz Lameira Carrico Nimer ; orientador  
Sérgio Resende de Barros -- São Paulo, 2020.  
200  
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,  
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Limites constitucionais. 2. Atividade  
jurisdicional. 3. Decisões políticas. 4.  
Judicialização abrangente. 5. Estado de Direito. I.  
Barros, Sérgio Resende de , orient. II. Título.

---

## Folha de Aprovação

NIMER, Beatriz Lameira Carrico. **Considerações sobre os Limites Constitucionais da Função Jurisdicional: Análise do Contexto Brasileiro Pós-88.** Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutora em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Associado Sérgio Resende de Barros.

**Aprovada em:**

### Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros

Instituição: Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo – USP

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_



*A todos os meus familiares, inclusive os meus antepassados, em especial à memória de minha querida avó Francelina Carril Lameira e de meu querido bisavô Carlos Cassetari.*





## **AGRADECIMENTOS**

De início, agradeço ao Professor Sérgio Resende de Barros, jurista notável e meu estimado orientador, que participou ativamente de minha formação jurídica e humanista, ensinando-me valiosas lições de vida, de moral e de Direito.

Agradeço, outrossim, aos Professores Rubens Beçak e Leonardo David Quintiliano, membros da banca de qualificação, que contribuíram de forma imprescindível para o desenvolvimento desta tese.

Também dedico profundo agradecimento à Professora Andreza A. de Souza Santos, que me acolheu no Centro de Estudos Latino-americanos da Universidade de Oxford e supervisionou minhas pesquisas acadêmicas no programa de doutoramento sanduíche que tive a honra de realizar no Reino Unido.

Por fim, destaco minha eterna gratidão aos meus pais e irmãs, que me acompanham diuturnamente e são parte indissociável da minha vida.



*Um dia, quando eu estava jantando sentado à mesa, um leigo que era conhecedor das leis de seu país estava lá. Seguindo uma observação ou outra, ele teceu comentários elaborados sobre a justiça que naquela época era aplicada aos ladrões na Inglaterra. Em todos os lugares eram vistas execuções, e às vezes até vinte eram pendurados na mesma forca. Ele falou que estava impressionado com a maldição que pairava sobre o país, com a proliferação de tantos ladrões em todos os lugares, mesmo com o rigor da justiça e com poucos que escapavam da punição legal. Eu, então, disse (e ousei me expressar livremente na presença do Cardeal): ‘Você não deveria ficar surpreso. Pois essa punição é não apenas excessiva aos limites da justiça, como também não atende ao interesse público. Esse tipo de punição aos ladrões é muito severa, mas não serve para dissuadi-los: o furto simples não é um crime tão grave que mereça pena capital, e não há pena suficiente que impeça as pessoas de furtar quando não possuem outro meio de sobreviver. Então, em relação a isso, não apenas você, mas a maior parte do mundo tende a imitar os maus professores, que mais anseiam por bater nos alunos, do que por ensiná-los. Punições graves e horríveis são impostas aos ladrões, mas seria muito melhor prover-lhes a subsistência, a fim de que não padecessem da cruel necessidade de furtar e, depois, morrer por isso’.*

(MORE, Thomas. *Utopia*. Livro I. New Haven & London: Yale University Press, 2014, p. 18-9. Tradução livre).



## RESUMO

**NIMER, Beatriz Lameira Carrico.** *Considerações sobre os limites constitucionais da função jurisdicional: análise do contexto brasileiro pós-88.* 200 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A tese analisa os *limites constitucionais* impostos ao exercício da *atividade jurisdicional*. A justificativa teórica parte das deficiências institucionais decorrentes de fatores históricos que culminaram com a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo na tomada de diversas *decisões políticas* relevantes. Em meio a um cenário caótico, questões que poderiam ser resolvidas nas esferas de poder típicas para discipliná-las acabam sendo transferidas para o controle jurisdicional, identificando-se, nesse cenário, um fenômeno de *judicialização abrangente*. Assim, enquanto os outros poderes se mostram enfraquecidos ou acomodados, o Judiciário cresce em evidência, o que abre espaço para abusos e politização. Tomando como base os princípios que fundamentam o *Estado de Direito* – em contraponto às concepções de Estados de mera legalidade formal –, torna-se possível estabelecer os limites da atividade jurisdicional, que se norteiam pelas premissas da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, bem como pelos direitos e garantias fundamentais, pela democracia, pela existência de um sistema de garantias da Magistratura e pela inafastável segurança jurídica.

**Palavras chave:** 1. Limites constitucionais; 2. Atividade jurisdicional; 3. Decisões políticas; 4. Judicialização abrangente; 5. Estado de Direito.



## ABSTRACT

**NIMER, Beatriz Lameira Carrico.** *Considerations on the constitutional boundaries to the judicial behaviour: post-88 scenario.* 200 p. Thesis (PhD) – Faculty of Law of the University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The thesis analyzes the *constitutional boundaries* to the *judicial behaviour*. The theoretical premise regards to the institutional deficiencies that result from a series of historical factors that caused the inefficiency of the Executive and Legislative branches in the *decision-making process*. In the midst of a chaotic scenario, political matters are transferred to jurisdictional control. Therefore, a phenomenon of comprehensive *judicialization* is identified. Thus, while the other branches are weakened or accommodated, the Judiciary grows in evidence, which leaves room for abuse and politicization. Based on the principles that underlie the *rule of law* - as opposed to the conceptions of states of mere formal legality - it becomes possible to establish the limits of judicial activity, which are guided by the premises of the separation of powers and the system of checks and balances, as well as fundamental rights, democracy, constitutional guarantees for the Judges, and the mandatory legal certainty.

**Key words:** 1. Constitutional boundaries; 2. Judicial behaviour; 3. Decision-making process; 4. Judicialization; 5. Rule of law.





## RIASSUNTO

**NIMER, Beatriz Lameira Carrico. *Considerazioni sui limiti costituzionali della funzione giurisdizionale: analisi del contesto brasiliano post-88*. 200 p. Tesi (Dottorato) – Facoltà di Diritto della Università di São Paulo, São Paulo, 2020.**

La tesi analizza i *limiti costituzionali* imposti all'esercizio *dell'attività giudiziaria*. La giustificazione teorica si basa su carenze istituzionali risultanti da una serie di fattori storici che sono culminati nell'inefficienza dei poteri esecutivo e legislativo nel prendere diverse *decisioni politiche* pertinenti. Nel mezzo di uno scenario caotico, i problemi che potrebbero essere risolti nelle sfere tipiche del potere per disciplinarli finiscono per essere trasferiti al controllo giurisdizionale, in cui viene identificato un fenomeno di *giudiziarizzazione* globale. Pertanto, mentre gli altri poteri sono indeboliti o accomodati, la magistratura cresce in evidenza, che apre lo spazio agli abusi e alla politicizzazione. Sulla base dei principi che sono alla base dello *stato di diritto* - al contrario delle concezioni degli stati di mera legalità formale - diventa possibile stabilire i limiti dell'attività giudiziaria, che sono guidati dalle premesse della separazione dei poteri e del sistema di freni e contrappesi, nonché per i diritti e le garanzie fondamentali, per la democrazia, per l'esistenza di un sistema di garanzie per la magistratura e per la sicurezza giuridica permanente.

**Parole chiave:** 1. Limiti costituzionali; 2. Attività giudiziaria; 3. Decisioni politiche; 4. Giudiziarizzazione; 5. Stato di diritto.



## ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
a.C.	Antes de Cristo
ACP	Ação Civil Pública
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADECON	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag	Agravo
AgRg	Agravo Regimental
AI	Ato Institucional
Ap.	Apelação
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
art.	Artigo
Câm.	Câmara
Cív.	Cível
CC	Código Civil
CC/02	Código Civil de 2002
CC/16	Código Civil de 1916
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPC-73	Código de Processo Civil
CPC-15	Código de Processo Civil de 2015
CRFB-88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
d.C.	Depois de Cristo
Des.	Desembargador
DF	Distrito Federal
Dir.	Direito
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça eletrônico

EC	Emenda à Constituição
EDcl	Embargos de Declaração
EUA	Estados Unidos da América
FUNPEN	Fundo Penitenciário
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IF	Intervenção Federal
inc.	Inciso
j.	Julgamento
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei da Ação Popular
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MBL	Movimento Brasil Livre
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
Min.	Ministro
MPF	Ministério Público Federal
MPSP	Ministério Público do Estado de São Paulo
n.	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OSCIP	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
OS	Organizações Sociais
p.	Página
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
Resp.	Recurso Especial
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RJ	Rio de Janeiro
RJTJSP	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo
RN	Rio Grande do Norte

RT	Revista dos Tribunais
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCU	Tribunal de Contas da União
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
USP	Universidade de São Paulo
vs.	<i>Versus</i>
v.u.	Votação unânime



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	25
I.1. Justificação temática e contribuição da tese à Ciência Jurídica.....	32
I.2. Considerações metodológicas.....	36
I.3. Premissas teóricas .....	38
I.3.1. <i>Separação de poderes e função jurisdicional</i> .....	39
I.3.2. <i>Classificação dos magistrados no rol de agentes públicos</i> .....	41
I.3.3. <i>Legitimidade constitucional do Poder Judiciário</i> .....	43
I.3.4. <i>Discricionariedade</i> .....	44
I.3.5. <i>Lei e legalidade</i> .....	45
I.3.6. <i>Sistemas jurídicos de tradição “common law” e “civil law”</i> .....	46
I.3.7. <i>Constitucionalismo e neoconstitucionalismo</i> .....	49
I.3.8. <i>Princípios jurídicos e princípios constitucionais</i> .....	52
<b>PARTE 1 - PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO PANORAMA POLÍTICO- INSTITUCIONAL BRASILEIRO</b> .....	54
1.1. A TRANSIÇÃO DE REGIMES: DA DITADURA MILITAR À REDEMOCRATIZAÇÃO .....	56
1.2. O CENÁRIO DE CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER POLÍTICO NA NOVA DEMOCRACIA .....	62
1.3. A ORDEM CONSTITUCIONAL PÓS-REDEMOCRATIZAÇÃO .....	68
1.3.1. O destaque ao Poder Judiciário .....	70
1.3.2. A proeminência da figura dos juízes .....	72
<b>PRIMEIRA SÍNTESE CONCLUSIVA</b> .....	79
<b>PARTE 2 - O PODER JUDICIÁRIO E A APLICAÇÃO DO DIREITO</b> .....	83
2.1. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	85
2.1.1. Subsunção mecânica ou atividade criativa? .....	87
2.1.2. Precedentes e <i>stare decisis</i> .....	90
2.1.2.1. <i>As súmulas vinculantes</i> .....	95
2.1.3. Interpretação e mutações constitucionais.....	102
2.2. MORALISMO JURÍDICO .....	108
2.2.1 Ativismo judicial.....	115
2.2.1.1. <i>As decisões nos casos de valoração sensível</i> .....	121
<b>SEGUNDA SÍNTESE CONCLUSIVA</b> .....	126

<b>PARTE 3 - LIMITES IMPOSTOS PELO ESTADO DE DIREITO</b> .....	129
3.1. O ESTADO DE DIREITO E SEUS PRINCÍPIOS .....	131
3.2. A IDENTIFICAÇÃO DOS LIMITES .....	138
3.2.1. As omissões normativas inconstitucionais .....	140
3.2.2. Os direitos fundamentais .....	147
3.2.2.1. <i>Os riscos da violação de direitos fundamentais a pretexto de protegê-los</i> .....	159
3.2.3. A discricionariedade administrativa .....	162
3.2.5. Os atos eminentemente políticos .....	164
3.3. REAÇÕES AO ATIVISMO JUDICIAL: <i>BACKLASHES</i> .....	169
<b>TERCEIRA SÍNTESE CONCLUSIVA</b> .....	177
<b>CONCLUSÕES GERAIS</b> .....	181
<b>ÍNDICE DAS FONTES</b> .....	189
1. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	189
2. TESES E DISSERTAÇÕES REFERIDAS .....	198
3. REFERÊNCIAS A ENDEREÇOS ELETRÔNICOS .....	198
4. REFERÊNCIAS A MATÉRIAS JORNALÍSTICAS IMPRESSAS .....	200



## INTRODUÇÃO

Pela teoria da separação de poderes do Estado, verifica-se que o sistema constitucional reparte, entre diferentes órgãos, atribuições típicas que lhes individualizam e que são, via de regra, traduzidas em sua própria denominação.<sup>1</sup> Partindo da doutrina de freios e contrapesos como premissa teórica para que haja bom funcionamento e interação entre as instituições estatais, o estudo ora desenvolvido analisa as restrições impostas pela Constituição Federal ao exercício da função jurisdicional. No atual cenário de protagonismo do Poder Judiciário em decorrência do enfraquecimento dos demais poderes frente ao descrédito popular e ao ceticismo quanto ao panorama político, a teoria constitucional deve ser analisada detidamente, com vistas à contenção de abusos e de distorções institucionais. Daí porque a função jurisdicional deve ser pautada pelas diretrizes do Estado de Direito, que impõe a observância das garantias dos cidadãos contra a tirania, a manutenção da ordem pública, a segurança jurídica, a separação de poderes e o regime democrático.

No Brasil, a CRFB-88, em seu art. 2º, elenca os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, todos independentes e harmônicos entre si, ostentando, cada um, respectivamente, as seguintes funções precípua: função administrativa (que consiste, em síntese, na conversão da lei em ato individual e concreto)<sup>2</sup>, função normativa (elaboração das leis) e função jurisdicional. Esta última servirá de lastro à delimitação do tema ora proposto, traduzindo-se, pois, na seguinte definição:

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> José Afonso da Silva salienta que cada órgão representativo da divisão de poderes do Estado recebe o nome da própria função que o caracteriza, com exceção do Judiciário, que exerce *função jurisdicional*. Nesse sentido: “(...) A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A *divisão de poderes* consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário)” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108).

<sup>2</sup> Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 36.

Distingue-se, nesse viés, a função jurisdicional da chamada função judicial, sendo certo que esta última engloba não apenas os atos tipicamente jurisdicionais, mas também todas as demais atividades exercidas no bloco orgânico do Poder Judiciário, abarcando suas funções atípicas de naturezas administrativa ou legislativa.

Em Constituições anteriores, previa-se uma divisão rígida de Poderes, vedando-se, em larga escala, a delegação de atribuições a outros órgãos funcionais.<sup>4</sup> Na atual ordem constitucional, porém, evidencia-se a possibilidade de, além do exercício de suas funções típicas, cada aparato organizacional de poder também exercer, de maneira atípica, funções inerentes aos outros poderes. Alguns exemplos podem ser extraídos do texto constitucional expresso, a saber: permissão de que Deputados e Senadores (membros do Poder Legislativo) exerçam funções de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Prefeitura de Capital ou de missão diplomática temporária (ligados ao Poder Executivo), nos termos do art. 56 da CRFB-88; adoção, pelo Presidente da República, de medidas provisórias com força de lei (art. 62 da CRFB-88); e autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República (art. 68 da CRFB-88). Além disso, exemplos como o de julgamento de crimes de responsabilidade no âmbito do Poder Legislativo e o julgamento de processos administrativos perante a Administração Pública (Poder Executivo) são hipóteses de exercício de função mais atrelada ao que seria jurisdicional do que legislativa e administrativa.

Para os fins a que se destina o presente estudo, a função jurisdicional deve ser entendida em sua dimensão típica exercida pelo Poder Judiciário, enquanto órgão que a realiza por meio de decisões proferidas em última instância, com força de coisa julgada – podendo, inclusive, rever as decisões do Legislativo proferidas nos julgamentos dos crimes de responsabilidade, e do Executivo nos processos administrativos, ao menos com base em critérios de legalidade formal (devido processo legal).

A proposição aqui tratada reside, portanto, nos limites constitucionais à atuação do Poder Judiciário no exercício de sua função típica jurisdicional.

---

<sup>4</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...* op. cit., p. 111.

O problema proposto já tem sido objeto de estudos da doutrina constitucional e sua importância parece crescer na mesma proporção em que se manifesta a atuação cada vez mais enfática do Poder Judiciário no cenário institucional brasileiro.

O início da discussão ora estabelecida remonta à concepção da doutrina de freios que contrapesos, que pressupõe inegáveis interferências entre os órgãos de poder, com vistas ao equilíbrio necessário para a realização do bem comum e para evitar o arbítrio de um em relação ao outro. Quando, porém, a atuação harmônica entre os poderes se abala – por motivos de ordem histórica, social, econômica ou política –, acaba por emergir o predomínio de um frente aos demais, quebrando-se o equilíbrio que deveria ser mantido.

Isso ocorre em virtude de deficiências sistêmicas. Assim, quando o Legislativo e o Executivo se enfraquecem – quer por descrédito popular, quer por falhas internas de sua expressão política –, tende a se manifestar, talvez de maneira natural, o protagonismo do Poder Judiciário.

O estudo parte, então, da premissa de que esse protagonismo do Judiciário não é a fonte geradora da debilidade das instituições de poder, mas decorre do enfraquecimento dos demais poderes e da necessidade de o Estado se fazer presente para regular a vida em sociedade. Em um modelo sadio, cada órgão de poder deveria ter a sua atuação bem delimitada e exercida de maneira forte, com natural destaque inerente a cada uma das típicas esferas de atribuições. Porém, em modelos debilitados, a ausência de atuação estatal em uma de suas frentes de Poder acaba sendo suprida por outra que possua maior margem de incidência social. E é daí, portanto, que acaba por emergir o destaque do Poder Judiciário.

Dotado da capacidade de resolver conflitos de interesses com força de coisa julgada, aplicando a lei ao caso concreto, e evidenciando-se o Supremo Tribunal Federal como intérprete máximo da Constituição, a massiva gama de mazelas sociais acaba por ser dirigida ao Poder Judiciário por meio de ações judiciais (processos) no bojo das quais há de ser proferida uma decisão que lhes ponha um termo final – quer pela resolução do mérito, quer pela extinção por motivos formais de ordem processual.

Nos casos em que há lei reguladora do conflito de interesses e em que a atuação jurisdicional não encontra embaraços nas funções típicas dos demais poderes, parece não haver dúvidas de que inexistente hipótese de protagonismo atípico ou disfuncional. Porém, quando a situação submetida à apreciação do Poder Judiciário resvala em situações inerentes

às funções típicas dos outros poderes, emerge a necessidade de perquirição dos limites constitucionais ao exercício da jurisdição.

Muitos exemplos podem ser trazidos para fins de elucidação, os quais são apresentados no corpo do trabalho por meio da análise de julgados, considerando-se, sempre, que o interesse maior da investigação reside na demarcação mais abrangente da esfera de desenvolvimento da função jurisdicional, com enfoque para a sua *legitimidade constitucional*<sup>5</sup>.

Um exemplo marcante diz respeito ao chamado estado de coisas inconstitucional, ou seja, à teoria originária da Corte Constitucional da Colômbia de que a inconstitucionalidade pode se verificar – e ser declarada pelo Poder Judiciário – sempre que ocorrer massiva violação fática de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais do aparato estatal e da falência de políticas públicas destinadas a determinado setor. Ou seja: trata-se de decorrência da omissão ou negligência do Poder Público (mormente das esferas de atuação política) em relação a determinado setor ou situação que demanda sua eficaz atuação.

Mas, além da análise da atuação do Poder Judiciário frente a hipóteses de estados de coisas inconstitucionais que tenham sido submetidas à sua apreciação, o trabalho analisa outros casos polêmicos em que a jurisdição se manifesta, principalmente quando há inércia ou omissão dos demais Poderes.

Nesse contexto, é importante, desde já, ressaltar que o estado de coisas inconstitucional não se confunde com as hipóteses típicas de omissão legislativa inconstitucional. A Constituição possui normas que dependem de regulamentação para que o direito nelas impresso possa ser efetivado. Assim, configura-se a omissão legislativa inconstitucional quando estão presentes os seguintes pressupostos: a) obrigação de legislar prevista constitucionalmente; b) ausência de lei regulamentadora ou insuficiência da medida tomada pelo legislador; c) esgotamento do prazo constitucionalmente previsto para a ação

---

<sup>5</sup> Destaque-se, desde já, que o porquê da utilização da expressão “legitimidade constitucional” será melhor explanado no item “5” (Metodologia utilizada). Por ora, deve-se mencionar, apenas, que o enfoque da tese não residirá na aferição da legitimidade *democrática* do Poder Judiciário, por se entender que esse tema é afeto à Ciência Política. No campo da Ciência do Direito, o interesse que predomina é o da aferição da legitimidade desse Poder – e, conseqüentemente, dos limites à sua atuação – à luz da Constituição. Daí o uso da expressão “legitimidade *constitucional*”.

legislativa, ou fluência de prazo superior ao razoável para que o legislador adote as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional.<sup>6</sup>

Quando, porém, se está diante de situação em que não existia uma obrigação de legislar especificamente constante da Constituição Federal, mas sim um dever genérico de garantia dos princípios constitucionais típicos – traduzidos em objetivos e fundamentos da República, bem como em direitos fundamentais –, a negligência ou omissão do Poder Público não configuram uma omissão legislativa inconstitucional propriamente dita, mas sim um estado de coisas inconstitucional, que pode ser ocasionado por falhas não apenas do Poder Legislativo, mas também do Poder Executivo.

Diante de situações como essa, advém a indagação: o Poder Judiciário, quando instado a se manifestar em casos desse jaez, possui legitimidade constitucional para emitir comandos ao legislador e à Administração Pública? A resposta demanda a análise dos limites que a Constituição Federal impõe a essa atuação. Desrespeitadas as balizas constitucionais do Estado de Direito, a atuação jurisdicional importa indevida imissão em seara reservada aos demais poderes.

Também se devem analisar os limites da função jurisdicional frente a hipóteses em que não há omissão do Executivo e do Legislativo. Até que ponto pode o Judiciário, por exemplo, adentrar no mérito de atos administrativos ou legislativos, com vistas a avaliá-los à luz de casos concretos, ou de controle abstrato de constitucionalidade? A questão assume relevo em decorrência da teoria do desvio de poder nos atos administrativos, em suas dimensões de excesso de poder e desvio de finalidade, e na cláusula do devido processo legal em sua dimensão material (ou substantiva), a ser aplicada no âmbito do processo legislativo.

Delineados tais contornos, o trabalho ainda enfrenta os conceitos de ativismo judicial e de judicialização da política, e se existem fundamentos constitucionais para a intervenção do Poder Judiciário no processo político.

---

<sup>6</sup> Cf. RAMOS, Luciana de Oliveira. *O Controle de Constitucionalidade por Omissão no Supremo Tribunal Federal: Análise dos Casos de Omissão Legislativa nos Vinte e Um Anos da Constituição*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 20. Acerca do tema, confira-se ainda: SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas*. 2010. 226 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Também se dá destaque às reações dos demais poderes frente ao protagonismo do Judiciário e à sua postura “ativista”. Quanto a isso, o estudo adentra no fenômeno denominado *backlash*, que se volta à contra-mobilização das instituições, em resposta normal a demandas públicas desfavoráveis à atuação judicial em determinados setores, especificamente quando são proferidas decisões que afetam a esfera política e acabam por desagradar os anseios populares.

Como já ressaltado, o tema é desenvolvido sob uma perspectiva constitucional. Inegavelmente, é necessário tecer considerações, em algumas oportunidades, que espraiam sobre campos de cunho político, filosófico ou sociológico; mas apenas de forma tangencial e ilustrativa, inexistindo a pretensão de se adentrar no estudo dessas ciências, que não são jurídicas.

Em suma, o que se pôde verificar, pelos estudos desenvolvidos, é que os limites constitucionais da função jurisdicional são traçados não apenas no Capítulo III da Constituição Federal, que regula estruturalmente o Poder Judiciário, mas também, e principalmente, nos seguintes parâmetros básicos: (a) o art. 2º, que dispõe sobre a divisão, independência e harmonia entre os poderes, do qual decorre o sistema de freios e contrapesos; (b) o pré-compromisso constitucional de agir, cujos parâmetros residem nos fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil (arts. 1º, 3º e 4º, respectivamente); e (c) os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º e 6º), em especial a previsão do art. 5º, XXXV, que consubstancia o princípio da inafastabilidade da jurisdição frente a lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Ou seja: a efetivação dos direitos fundamentais – em especial na dimensão dos direitos sociais, que são direitos humanos de segunda geração – demanda um agir do Estado no sentido de atitude positiva de sua implementação e realização. Quando há inércia dos Poderes Públicos, impõe-se a intervenção supletiva do Poder Judiciário. Tal intervenção, porém, é restrita aos limites do dirigismo constitucional, cuja aferição está atrelada aos parâmetros político-jurídicos que marcaram as escolhas programáticas contidas no texto constitucional (no sentido de programas a serem desenvolvidos por meio de políticas

públicas), bem como a critérios visualizáveis na realidade social concreta: possibilidade financeira do Estado e garantia das condições mínimas de vida material aos cidadãos.<sup>7</sup>

É fácil utilizar o exemplo dos direitos fundamentais sociais porque, por demandarem uma atuação positiva do Estado, acabam sendo judicializados quando da inércia dos demais poderes, o que enseja a tomada de decisões pelo Poder Judiciário que, ao menos, tangenciam escolhas que primordialmente deveriam ser políticas (e não puramente jurídicas).

E, de todo o exposto, o cerne é o seguinte: o Poder Judiciário é, por natureza, inerte e deve ser instado a agir. Isso só ocorre quando há lesão ou ameaça a direito, tanto no âmbito privado, quanto no público. Se alguma questão envolve a tomada de decisões que são inerentes às funções típicas do Executivo ou do Legislativo, isso pode abalar a estrutura da divisão dos Poderes. Mas, por se tratar de instância que detém o dever de dizer o Direito no caso concreto, com força de definitividade, torna-se difícil, a priori, identificar quem o controla – haja vista que, na maioria das vezes, o Judiciário parece ser o controlador dos demais Poderes. Então, quem controla o controlador? A resposta reside no consectário do princípio da separação de poderes, ou seja, no sistema de freios e contrapesos: assim como o Judiciário tem o dever de declarar a inconstitucionalidade de leis que violem a Lei Maior e de julgar a constitucionalidade e a legalidade da atuação administrativa, inclusive atribuindo solução jurídica às hipóteses de omissão governamental, incumbe ao Executivo e ao Legislativo, dentro das especificidades de suas esferas de atribuição, a tomada das medidas necessárias para conter eventuais arbítrios jurisdicionais, a fim de que se garanta uma ordem harmônica prevista no art. 2º da CRFB-88. Daí decorrem os exemplos citados anteriormente, relativos aos efeitos *backlash* e às reações legislativas ao ativismo judicial.

E toda essa estrutura é consequência do Estado de Direito, ou seja, do modelo de Estado em que predomina a justiça substancial – e não a mera legalidade formal –, com a harmonia entre os poderes, que está intimamente relacionada à efetiva garantia dos direitos fundamentais, da segurança jurídica e do regime democrático.

---

<sup>7</sup> A propósito, cf. ALMEIDA, Luiz Eduardo de. *Direitos sociais e seus limites* – Uma construção a partir das decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2017.

## I.1. Justificação temática e contribuição da tese à Ciência Jurídica

O Poder Judiciário tem exercido papel ativo na vida institucional brasileira. Isso se evidencia pelo fenômeno da judicialização crescente, em virtude do qual questões de repercussão política e social têm sido decididas no âmbito jurisdicional e não em meio às instâncias políticas tradicionais (Poder Legislativo e Poder Executivo).

Tal fenômeno da judicialização, que se caracteriza pela transferência de poder político para a Magistratura, gera consequências sensíveis no campo da linguagem, da argumentação e no modo de participação da sociedade na tomada de decisões que lhe interessam diretamente.

Dentre as causas que concorrem para a crescente judicialização das questões políticas, destacam-se a redemocratização do país – com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – e a constitucionalização abrangente. Por certo, a recuperação das garantias da Magistratura, o restabelecimento da democracia, o renascimento do ideário de cidadania, o clamor por justiça e a expansão institucional do Ministério Público e da Defensoria Pública contribuíram para o fortalecimento do Poder Judiciário e para o conseqüente aumento das demandas judiciais.

Além disso, as crises econômicas e a corrupção marcam um cenário de ineficácia dos modos convencionais de articulação social e de esvaziamento dos modelos social-democratas de transformação política, com conseqüente descrença nos instrumentos e nas possibilidades da política em si. Nesse vácuo deixado pelo amesquinçamento do setor político, emergiu o protagonismo judicial, com a ampliação da jurisdição conforme sistemas normativos nos quais princípios se sobrepõem a regras.<sup>8</sup> Essa tendência inerente ao chamado “pós-positivismo” preconiza a interpretação principiológica extensiva, inclusive com base em valores de cunho moral. Quando isso ocorre, perde-se, sobremaneira, em segurança jurídica, dada a relatividade da moral, que é imanente. Daí porque o exercício da jurisdição “moral” há de ser, necessariamente, questionado pela Ciência do Direito.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. Políticos e juízes, entre o destino e a tragédia. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 25 jun. 2018. Espaço Aberto, p. A2.

<sup>9</sup> A noção de Ciência do Direito aqui referida é a de um Direito positivado no espaço e no tempo. Nesse sentido, explica Miguel Reale: “A Ciência do Direito é sempre ciência de um *Direito positivo*, isto é, positivado no



Ao mesmo tempo, a incorporação, no texto constitucional, de matérias que antes eram disciplinadas apenas em legislação ordinária – espectro da constitucionalização abrangente, decorrente das tendências atreladas ao denominado “neoconstitucionalismo” – também gerou o aumento da atuação do Poder Judiciário. Em verdade, Constituição analítica como a brasileira, que contém disciplinamento vasto acerca de inúmeras matérias, cria uma série de direitos e lhes garante instrumentos hábeis à sua consecução.

Em outras palavras: sempre que uma determinada matéria é alçada ao patamar de norma constitucional, ela se transforma potencialmente em pretensão jurídica e, como tal, pode ser formulada sob a configuração de ação judicial. Essa judicialização de direitos gera a possibilidade de ser levado à apreciação do Poder Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas, instando-se a Magistratura a se manifestar não apenas sobre conflitos de interesses intersubjetivos, mas até mesmo sobre a atuação ou omissão dos demais poderes do Estado.

Some-se ao quanto foi dito até agora que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é extremamente abrangente e, como tal, admite que quase qualquer questão política ou moralmente relevante possa ser alçada ao julgamento do STF.<sup>10</sup> Neste ponto, esclareça-se que se adota, no Brasil, um sistema de origem híbrida, que colheu elementos europeus e americanos. Da fórmula americana de controle de constitucionalidade, o aparelho brasileiro adotou a possibilidade de se realizar o controle incidental e difuso, por meio do qual qualquer Juiz ou Tribunal pode deixar de aplicar a lei ao caso concreto que lhe seja levado à apreciação, por considerá-la inconstitucional. Do modelo europeu, por seu turno, adveio o controle concentrado, através de ações diretas e específicas para essa finalidade. Acresça-se a isso o amplo rol de legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, previsto no art. 103 da CRFB-88, a englobar o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos

---

espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual. Assim é que o Direito dos gregos antigos pode ser objeto de *ciência*, tanto como o da Grécia de nossos dias. Não há, em suma, Ciência do Direito em abstrato, isto é, sem referência direta a um campo de experiência social. Isto não significa, todavia, que, ao estudarmos as leis vigentes e eficazes no Brasil ou na Itália, não devamos estar fundados em princípios gerais comuns, produto de uma experiência histórica que tem as mesmas raízes, as do Direito Romano” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17).

<sup>10</sup> Idem, p. 74.

com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Nos últimos anos, têm sido decididas pelo STF, em sede de ações constitucionais – que englobam ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) –, inúmeras questões de relevância pública que versam sobre as mais diversas pretensões jurídicas garantidas pela Constituição, inclusive com reflexos não apenas jurídicos, mas também políticos.

Além disso, têm sido constantes as ações judiciais individuais em que se pleiteia a garantia de direitos que, apesar de no caso concreto pertencerem a pessoas particularizadas, acabam por surtir os chamados “efeitos sistêmicos”. Ou seja: a realização da microjustiça (justiça no caso concreto) pode, por vezes, ter consequências imprevisíveis e indesejadas, impactando sobre a realidade de determinado segmento econômico, ou sobre a prestação de políticas públicas. Elucidativos são os casos de mandados de segurança ou ações de rito comum em matérias de saúde ou de educação: a garantia, para casos concretos e individualizados, do fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde a pessoas hipossuficientes, ou a reserva de vagas em creches ou escolas públicas aos necessitados, são exemplos de intervenções judiciais que, não obstante necessárias e meritórias, acabam por se chocar com o aparato organizacional administrativo relativo à prestação de serviços e estruturação de políticas públicas. A necessidade de realocação de recursos públicos para fins não previamente idealizados em virtude de comandos do Poder Judiciário surte reflexos sobre as funções legislativa e executiva.

A judicialização e o ativismo judicial têm sido, portanto, fenômenos recorrentes na história jurídica atual do país. Em setembro de 2015, foi julgada a já mencionada ADPF 347, em sede da qual o Supremo Tribunal Federal incorporou à jurisprudência pátria a teoria do estado de coisas inconstitucional, originalmente concebida pela Corte Constitucional da Colômbia. Trata-se de situação em que o Poder Judiciário declarou que um “estado de coisas” era inconstitucional, indo além de sua competência para invalidar leis ou atos normativos pela via do controle de constitucionalidade.

Nessas situações, que possuem forte impacto sobre a separação das funções do Estado e ocasionam, inclusive, dispêndios financeiros não previstos em planejamento

orçamentário, urge perquirir se a atuação do Poder Judiciário está acobertada por legitimidade democrática, ou se tamanha judicialização transborda os limites traçados pela Constituição Federal.

Em meio a esse cenário, as reações da sociedade civil e dos demais Poderes – em especial do Legislativo, com a edição de leis que visam traçar balizas contra o arbítrio judicial – têm ganhado relevo no cenário atual. Isso se torna visível não apenas por meio dos instrumentos tradicionais de obtenção de informações (jornais diários, rádio, televisão e pesquisa in loco), mas especialmente, na atualidade, pelas redes sociais, que são espaços virtuais onde qualquer pessoa pode externar suas opiniões e nos quais têm se avolumado críticas à má atuação estatal em todas as suas esferas, tanto no âmbito político, quanto no jurisdicional.

O tema em questão, por conseguinte, é de extrema importância doutrinária para o Direito, possuindo contornos, abrangência e delimitações essenciais à análise da fenomenologia jurídico-constitucional.

A abordagem ora proposta parte do pressuposto de que o ativismo judicial só ocorre quando já está instalada uma crise no sistema de separação de Poderes. A ascensão do Judiciário nada mais é do que decorrência do passivismo do Executivo e do Legislativo. E isso deriva do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB-88), atrelado compromisso constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Ou seja: o Poder Judiciário só se manifesta quando instado a agir, em decorrência da inércia típica da jurisdição. Portanto, inexistente verdadeira possibilidade de se atribuir caráter “ditatorial” a esse Poder, uma vez que sua atuação jamais será impositiva ou coercitiva, senão nos limites da coisa julgada, após a provocação das partes interessadas.

Mas, como já dito à exaustão, determinadas decisões judiciais adentram em questões que são típicas da esfera de atribuição de outros poderes, o que caracteriza uma postura ativista. Isso, ressalte-se, decorre de falhas sistêmicas e estruturais: não houvesse a omissão ou a deficiência na implementação das medidas inerentes ao Executivo e ao Legislativo, o Judiciário não teria sido instado a agir para suprir as lacunas ou para solucionar hipóteses de lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Por isso, o foco da tese não é a análise do ativismo judicial em si, como objeto principal de estudo, e nem tampouco atribuí-lo exclusivamente a uma postura abusiva da Magistratura. Discorre-se sobre esse assunto incidentalmente, dando-se ênfase aos limites constitucionais da função jurisdicional, ou seja, aos parâmetros que autorizam a margem decisória pelo Poder Judiciário.

O núcleo teórico reside na aferição dos limites da atividade jurisdicional a partir dos consectários do Estado de Direito, em especial: as garantias dos cidadãos contra os abusos de poder do Estado, a manutenção da ordem pública, a segurança jurídica e o princípio da separação de poderes, que é garantidor do regime democrático. Desse modo, se a atuação jurisdicional resvala em ilegalidade, abuso de poder, desrespeito à ordem pública, insegurança jurídica ou violação às funções típicas dos demais Poderes, haverá inegável transgressão aos limites constitucionais de sua atuação.

O segundo ponto, por seu turno, reside na análise das reações sistêmicas ao ativismo judicial ou à violação aos mencionados limites. Muito se fala sobre o ativismo, mas a doutrina brasileira pouco aborda as reações a esse fenômeno, motivo pelo qual o estudo aborda sobre a forma como o mecanismo de freios e contrapesos é capaz de, naturalmente, conter os abusos de um Poder frente aos demais, tudo com vistas à manutenção da harmonia prevista no art. 2º, *caput*, da CRFB-88. São estudados os fenômenos práticos dessa questão, em especial as atividades legislativas reativas e os efeitos *backlash* visualizáveis no ambiente social.

## **I.2. Considerações metodológicas**

Quando o pesquisador se põe a desenvolver uma tese, deve ter em mente a necessidade de adotar um método de estudo, sob pena de desviar-se dos caminhos exigidos pelo rigor científico. O método deve ser entendido, portanto, como o caminho que se percorre para a aquisição da verdade, ou seja, de um resultado exato ou, ao menos, rigorosamente verificado; não há ciência sem método.

A primeira observação metodológica a ser feita é no sentido de que, por se tratar de tese de Direito Constitucional, o seu desenvolvimento se deu à luz da Ciência do Direito.

Pode parecer uma obviedade, mas o que se quer esclarecer, desde logo, é que não se pretende adentrar nos meandros específicos de outras ciências, tais como a Política, a Filosofia ou a Sociologia.

Em virtude das inegáveis repercussões do tema sobre essas ciências, que já ensejaram estudos nessas específicas áreas, foram feitos apontamentos, no decorrer da tese desenvolvida, que tangenciam ramos do conhecimento diversos do Direito. Todavia, considerações desse jaez são meramente pontuais e exemplificativos, de modo que o foco científico é sempre jurídico.

O objeto da reflexão é o Direito no pensamento dogmático, tendo como ponto de partida e enfoque principal a Constituição Federal. Mas a análise propriamente dita não é puramente dogmática, haja vista a necessidade de utilização do método zetético para o bom desenvolvimento do tema.

Acerca da diferenciação entre os métodos dogmático e zetético, vale ponderar, sinteticamente, que o primeiro procura compreender o Direito e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem jurídica, partindo de certas premissas vinculantes para o estudo (dogmas). A zetética, por outro lado, admite um amplo campo de investigações do fenômeno jurídico, podendo se dividir em zetética empírica e em zetética analítica. O empirismo permite que a investigação se realize nos limites da experiência, ou que os ultrapasse, atingindo a lógica formal, a teoria do conhecimento ou a metafísica. A especulação analítica, por outro lado, pode gerar como resultado a aplicação técnica à realidade. Assim, quando um estudo parte do plano da lógica das prescrições, indagando a Constituição quanto ao seu caráter de norma primeira e fundamental, o método utilizado é o da zetética analítica. Quando, por outro lado, se pretende conhecer como as Constituições atuam nas searas social, histórica, política e econômica, por meio da experiência concreta, a abordagem se dá pela zetética empírica. Ademais, a investigação por ter um viés de zetética pura ou aplicada, a depender da motivação da análise: se estiver correlacionada à aplicabilidade prática das prescrições estudadas, o método zetético será o aplicado; se, porém, o estudo for meramente teórico, haverá enfoque zetético puro.

Destarte, para fins da tese proposta, extraíram-se da zetética empírica pura elementos históricos, em especial para a diferenciação, em âmbito supranacional, da evolução do Direito no bojo dos sistemas de tradição *common law* e *civil law* e para a análise

das repercussões do ativismo judicial em cada um desses sistemas. Já em âmbito nacional, o exame histórico deu lastro à compreensão dos motivos que conduziram à crise institucional que hoje se verifica, com a proeminência do Judiciário frente aos demais Poderes.

Da zetética analítica, por seu turno, buscaram-se referências de suas dimensões pura e aplicada, em especial nos âmbitos da filosofia do Direito, da teoria do Direito e da lógica do raciocínio jurídico. No campo da filosofia do Direito, o estudo repousou no conceito de positivismo e nos contornos do que se entende por moralismo jurídico. Da teoria do Direito, por seu turno, a análise abarcou o fenômeno do constitucionalismo e a ideia de neoconstitucionalismo (os quais também são marcados por contornos históricos da zetética empírica). Já a lógica do raciocínio jurídico foi usada para explicar os limites técnicos da função jurisdicional, abrangendo os contornos da hermenêutica para a aplicação da lei ao caso concreto pela Magistratura.

Eis, portanto, o diferencial da escolha metodológica. Optou-se pelo desenvolvimento da tese sob uma perspectiva puramente jurídica de ordem dogmática, com influxos tangenciais da zetética jurídica. Por essa razão, alguns conceitos comumente utilizados quando se discorre sobre ativismo judicial e função jurisdicional, tais como o da legitimidade *democrática* do Poder Judiciário, não foram utilizados no estudo desenvolvido. Em vez disso, enfoque foi dado à legitimidade *constitucional* desse Poder, visto que não houve pretensão de adentrar nos meandros da Ciência Política ou da Sociologia.

No que tange à pesquisa bibliográfica, o viés foi voltado à doutrina do Direito em perspectiva comparada, com a utilização de obras nacionais e estrangeiras que se fizeram necessárias ao estudo. Por se tratar de tese que demanda a análise de diferentes sistemas jurídicos e das repercussões da atuação jurisdicional ativista em cada um deles (*common law* e *civil law*), buscaram-se elementos bibliográficos nas Escolas de Direito que bem expressam os contornos de cada aparelho.

### **I.3. Premissas teóricas**

Ao desenvolver uma tese, é preciso estabelecer um raciocínio lógico que conduza o objeto de estudo ao fim almejado pelo pesquisador. Para evitar que conceituações teóricas

causem entraves ao bom desenvolvimento do trabalho, ou dúvidas quanto à sua completa compreensão, optou-se, já em nível introdutório, pelo estabelecimento das seguintes premissas teóricas e conceituais básicas:

### ***1.3.1. Separação de poderes e função jurisdicional***

Nas primeiras páginas desta Introdução, já se definiram os contornos do princípio da separação de poderes e da função jurisdicional. Porém, para fins de sistematização e de delimitação mais precisa desses conteúdos, opta-se por discorrer melhor sobre o tema no presente tópico.

De início, consigne-se que o termo “Poder” é grafado, ao longo do texto, com a letra inicial maiúscula sempre que vier acompanhado da nomenclatura dos blocos orgânicos que desempenham as funções do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. A grafia será em inicial minúscula, porém, nas demais hipóteses de significações de tal vocábulo, inclusive na expressão “separação de poderes”.

A distinção e a definição das funções do Estado ganharam destaque no período da Revolução Francesa, com a Assembleia Nacional de 1789, como uma das bases da regeneração política posterior à derrocada do Antigo Regime. Mas já desde Aristóteles é possível identificar o gérmen da teoria da separação de poderes, por meio de seus ensinamentos sobre as principais operações do Estado, quais sejam: a deliberação, o mando e a justiça.<sup>11</sup>

Na modernidade, John Locke advertiu sobre a utilidade da separação de poderes e identificou, no capítulo XII de seu “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, a existência de três poderes que se convertem em dois: o Legislativo, o Executivo e o Federativo. Este último teria a incumbência de administrar a segurança e o interesse público externo, enquanto o Poder Executivo executaria as leis internas. Para Locke, ambos – Poder Executivo e Poder Federativo –, embora distintos entre si, “difícilmente devem ser separados

---

<sup>11</sup> Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 93-127.

e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas”, porque “submeter a força pública a comandos diferentes” acarretaria “desordem e ruína”.<sup>12</sup>

Mas foi Montesquieu quem desenvolveu a famosa fórmula da moderna teoria da separação de poderes, com a preocupação de apartar o exercício das funções do Estado entre titulares diversos. Em seu “O Espírito das Leis”, Livro XI, Capítulo VI, consigna o seguinte:

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.<sup>13</sup>

Sendo certo, portanto, que a concepção de Montesquieu orienta a leitura e a compreensão do conteúdo do princípio da separação de poderes, há de se precisar o conteúdo material de cada uma das funções do Estado, para que sejam exercidas dentro de seus limites.

Ao presente trabalho importa definir os contornos específicos do Poder Judiciário. Porém, sendo certo que as definições podem partir não apenas do que o objeto é, mas também do que ele não é, começemos consignando o que não é típico exercício da função jurisdicional.

Assim, em termos gerais, a criação de normas jurídicas abstratas que inovem originariamente na ordem jurídica e regulem uma pluralidade de casos, ou que tenham eco individual, não é função típica do Judiciário, mas sim do Poder Legislativo.

E, em que pese incumba tanto à função jurisdicional, quanto à administrativa, a aplicação da lei, é oportuno transcrever a definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, que estabelece os contornos que permitem a diferenciação de ambas:

Função *administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na *intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante*

---

<sup>12</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 171-2.

<sup>13</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168.



*comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*.<sup>14</sup>

A função jurisdicional, por seu turno, é exercida por agentes públicos membros da Magistratura (não havendo a possibilidade de substituí-los por “quem lhe faça as vezes”, como na função administrativa), que aplicam a lei ou, diretamente, a Constituição, para a solução de casos concretos, podendo, ainda, afastar a aplicação de leis inconstitucionais por meio de realização de controle de constitucionalidade concreto ou abstrato.

Não se deve centralizar a concepção de função jurisdicional à solução de litígios jurídicos, ou seja, de contendas processuais. Isso deixaria de fora atos como os de homologação de acordos e decisões sobre ações de jurisdição voluntária, tais como interdições, inventários e alterações de registro civil.

Por isso, parece muito adequada a definição de Carré de Malberg, para quem a tarefa jurisdicional consiste, seja em litígio ou fora dele, em reconhecer o Direito a ser aplicado no caso concreto, com base em prescrições normativas previamente estabelecidas. Portanto, julgar é reconhecer e declarar a lei aplicável, com força de definitividade. De forma geral, consiste em dizer o Direito; em pronunciá-lo, estabelecendo a denominada “coisa julgada”.<sup>15</sup>

Sem prejuízo das funções típicas ora delineadas, cada Poder também realiza funções atípicas e está sujeito a um sistema limitador de freios e contrapesos. As competências materiais, portanto, não são estanques. Acerca desses tópicos se discorrerá no decorrer do trabalho.

### ***1.3.2. Classificação dos magistrados no rol de agentes públicos***

Costuma ser preocupação dos estudiosos do Direito Administrativo a classificação de determinadas categorias de objetos de estudo para fins de, mediante a sistematização, obter-se melhor compreensão didática. Dentre tais categorias se encontra o rol de agentes

---

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo...* op. cit., p. 36.

<sup>15</sup> Cf. MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del Estado*. Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 635.

públicos, que abarcam agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Estado.

O debate sobre o enquadramento dos membros da Magistratura no rol de agentes políticos, ou de servidores públicos estatutários, ainda permeia a doutrina administrativista. O posicionamento dominante é no sentido de que os agentes políticos são, tão somente, aqueles que ocupam cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e o esquema fundamental do poder, englobando apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos, os Ministros e os Secretários das diversas pastas, os Senadores, Deputados e Vereadores, de modo que neles não estariam incluídos os juízes.<sup>16</sup>

Em um conceito mais amplo, agentes políticos são classificados como componentes do Governo em seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, quer por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionalmente previstas, neles podendo ser incluídos tanto os Chefes do Poder Executivo e seus auxiliares diretos, quanto os membros do Poder Legislativo e, além deles, também os magistrados, os membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, além dos representantes diplomáticos, que “atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais”.<sup>17</sup>

Pois bem. Em que pesem as classificações doutrinárias administrativistas, não há razão, neste estudo, para se optar pela alocação dos magistrados em uma ou outra categoria. A premissa teórica acerca desse assunto se restringe ao seguinte: os juízes são servidores públicos em sentido lato (agentes públicos), integrantes do Poder Judiciário. Suas decisões, em maior ou menor grau, surtem reflexos sociais – mais restritos em casos que versam sobre questões individuais e adstritas às partes do processo, ou mais amplos conforme a dimensão e o alcance do comando jurisdicional (a exemplo das demandas que versam sobre direitos metaindividuais: difusos, coletivos e individuais homogêneos).

O processo em si, em verdade, não é apenas um instrumento técnico, mas a exteriorização do fenômeno jurídico, sofrendo inegáveis influências de fatores históricos,

---

<sup>16</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo...* op. cit., p. 245; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 512.

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro...* op. cit., p. 77.

sociológicos e políticos, até mesmo como decorrência das premissas constitucionais que orientam a disciplina processual e a atuação de seus atores.<sup>18</sup>

Independentemente da amplitude da repercussão das decisões, não podem estas ser pautadas por razões de cunho ideológico dos magistrados, ou para fins de atendimento de reclamos políticos ou partidários. Por isso, ainda que ocupem altos escalões do Estado e devam atuar com liberdade funcional, sob um sistema de prerrogativas e sujeições próprias e especiais, os magistrados não devem agir como se políticos eleitos fossem, visto que suas garantias especiais do cargo lhes impõem atuação independente de pressões externas.

### ***1.3.3. Legitimidade constitucional do Poder Judiciário***

A questão da legitimidade do poder é mais atrelada à Ciência Política do que ao Direito propriamente dito. Considera-se legítimo o ato ou o agente que possua a necessária qualidade para tornar válida a sua atuação em face dos cidadãos.<sup>19</sup>

No âmbito estatal, as autoridades públicas estabelecem uma relação de *domínio* perante a sociedade, consistente no poder de fazer valer suas decisões em um ambiente em que o povo se vê suscetível a obedecer tais comandos gerais ou específicos.

A justificação material da relação de domínio reconduz ao conceito de legitimidade do poder político, que pode ser definida, nos dizeres de Carlos Blanco de Moraes, como “o conjunto de vínculos, valores e princípios de ordem cultural, política e jurídica que justificam junto dos governados, o tipo de autoridade titulada e exercida pelos governantes”.<sup>20</sup>

Ainda segundo o citado autor, a legitimidade pode assumir três formas principais: (i) legitimidade tradicional, fundamentada na aceitação sacralizada de pactos ou regras costumeiras presentes desde tempos imemoriais, como no caso da legitimidade paternal (*pater familias*) ou da legitimidade dos monarcas hereditários; (ii) legitimidade carismática,

---

<sup>18</sup> Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 85.

<sup>19</sup> Cf. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 828.

<sup>20</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 46.

decorrente de razões emocionais ou afetivas que rodeiam determinados líderes políticos, elevados à posição de heróis, salvadores ou profetas, ainda que demonstrem viés autoritário ou ideologicamente extremado; (iii) legitimidade legal-razional, fundada na obediência de governantes e governados à legalidade em sentido amplo, estabelecendo-se, assim, uma relação de domínio de índole formal.<sup>21</sup>

Nessa última espécie se situa a legitimidade democrática, assentada sobre a ficção do contrato social, do qual decorre o fundamento da autoridade dos governantes, ou seja, do consentimento expresso por uma vontade livre, periódica e explícita dos governados.<sup>22</sup> Tal noção alinha-se, a princípio, à ideia de eletividade dos governos, em especial quando se fala em expressão da vontade dos cidadãos, livremente manifestada de tempos em tempos.

Porém, a Constituição Federal em si é fruto da identidade do poder político do Estado, estatuinto as relações da sociedade com esse poder. Trata-se, portanto, de norma superior de referência da ordem jurídica, possuindo legitimidade por excelência.<sup>23</sup> Daí porque, ao outorgar imperatividade às decisões judiciais e autoridade aos membros do Poder Judiciário, estes, mesmo não sendo eleitos diretamente pelo voto popular, presumem-se legitimados para exercer seus cargos e para impor o cumprimento de suas decisões à sociedade.<sup>24</sup>

#### ***1.3.4. Discricionariedade***

O estudo da discricionariedade tem sido melhor desenvolvido pelo Direito Administrativo do que nos demais ramos da Ciência Jurídica. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, discricionariedade administrativa pode ser definida como:

---

<sup>21</sup> Idem, p. 48-9.

<sup>22</sup> Idem, p. 51.

<sup>23</sup> Cf. WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 77 e ss.

<sup>24</sup> Acerca da legitimidade dos Tribunais Constitucionais, ensina Jorge Miranda: “Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do Tribunal Constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática.” E prossegue, mais adiante: “É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, por todos quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem invalidar actos com a força de lei. É por eles, embora por via indirecta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. 6, p. 117 e 121).

(...) a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>25</sup>

As nuances do referido conceito podem ser incorporadas também ao exercício de discricionariedade em outras esferas do Estado. Por isso, quando, no decorrer do trabalho, se faz menção a tal termo, seu significado sempre exprime o agir de acordo com a moldura imposta pela norma específica ou pelo ordenamento jurídico como um todo.

Difere, assim, a discricionariedade da arbitrariedade, sendo certo que a primeira é legítimo exercício de competência decisória nos estritos limites da legalidade, e a segunda consiste em desvio de conduta do operador do Direito, quando este age de acordo com inclinações pessoais ou autoritárias, em detrimento do interesse público.

O agir discricionário, portanto, nunca é arbitrário. Se houver arbitrariedade, não há correto exercício de competência discricionária.

### ***1.3.5. Lei e legalidade***

O vocábulo *lei*, em sentido formal e estrito, refere-se, segundo conceituação de José Afonso da Silva, “ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado em conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69)”.<sup>26</sup>

Nesse viés, a legalidade em sentido estrito, enquanto princípio constitucional, é a qualidade do que é legal, ou seja, do que está em conformidade com a lei em sentido formal.

Porém, para fins do presente estudo, a menção aos termos *lei* e *legalidade* se dá, no mais das vezes, em seu sentido lato. Desse modo, *lei* é considerada sinônimo de *norma* ou de *ato normativo*, a abarcar o conjunto de regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico. E *legalidade*, na mesma esteira, passa a ser tomada em seu sentido amplo,

<sup>25</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...* ob. cit., p. 420-1.

“entendida esta como a qualidade do que está conforme ou compatível com a ordem jurídica, e não apenas com a lei em sentido estrito”.<sup>27</sup>

No decorrer do trabalho, quando se pretende fazer referência à lei em sentido formal e à legalidade em sentido estrito, deixa-se clara e expressa a intenção, a exemplo da consignação de termos como “lei ordinária”, “lei complementar” e “lei delegada”, ou à menção do diploma normativo específico, com a nomenclatura que o individualiza (ex.: Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979 – Lei da Anistia).

### ***I.3.6. Sistemas jurídicos de tradição “common law” e “civil law”***

A tradição civilística de Direito (*civil law*) é a mais antiga e ampla no mundo. Suas origens remontam a 450 a.C., a partir da “Lei das Doze Tábuas”, que foi o primeiro e rudimentar sistema escrito de solução de conflitos na Roma Antiga. Posteriormente, o Imperador Justiniano de Constantinopla determinou a positivação do *Corpus Juris Civile*, com a codificação do Direito Romano para disciplinar temas relacionados, dentre outros, à família, sucessões, propriedade e contratos. Com a queda do Império Romano, tal legislação caiu em desuso no curso da Idade Média, voltando a ser estudada no período do Renascimento europeu, com a gradativa sistematização do Direito Privado, do Direito Público, do Direito Processual e do Direito Penal. Assim, o sistema *civil law* se espalhou pela Europa e pelas colônias da América do Sul, África, Oriente Médio e Ásia.<sup>28</sup>

A tradição do sistema *common law*, por seu turno, emergiu da conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066 d.C. Naquela época, William, “o Conquistador”, com o intuito de fixar a lei normanda no país estrangeiro, delegou a um corpo de juízes leais a competência para resolverem os conflitos locais, mediante a produção de soluções normativas. Também foi incorporada àquele sistema a figura do júri, composto por jurados que representavam os interesses da localidade, como estratégia para acalmar os ânimos da população e fazê-la se sentir acolhida pelos novos ocupantes do poder. Porém, por se

---

<sup>27</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 102.

<sup>28</sup> Cf. MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 1985, p. 2-10.

tratarem, tais jurados, no mais das vezes, de pessoas simples e não-letradas, os procedimentos passaram a ser orais. Daí porque se diz que o desenvolvimento do sistema *common law* foi um “acidente histórico”. A ausência da escrita fez com que a tradição do direito comum assumisse contornos diversos da legislação positivada, espalhando-se essa prática, posteriormente, para a América do Norte e para as colônias inglesas, incluindo Estados Unidos, Austrália, Canadá, África do Sul, Nova Zelândia, Índia, Zimbábue, Gana, Zâmbia, Botsuana, Nigéria, Somália, Tanzânia, Gâmbia, Serra Leoa, Malawi e muitas ilhas caribenhas.<sup>29</sup>

Em linhas gerais, as fontes do Direito no sistema *civil law* derivam da legislação formal, emanada do Parlamento (Poder Legislativo), com obediência à hierarquia das leis, consoante o sistema piramidal esquematizado por Hans Kelsen, no qual se situa, no topo, a Constituição Federal. Os tratados e convenções internacionais também são fontes do Direito, quando incorporados ao ordenamento jurídico pátrio por meio dos procedimentos constitucionalmente previstos para tanto – respeitada a soberania nacional.

Questão mais polêmica surge quando se passam a analisar os costumes. Prescreve a LINDB, em seu art. 4º, que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Para que sejam aplicados como fonte do Direito, em especial para a colmatação de lacunas aparentes da lei, os costumes devem ser considerados elementos propriamente jurídicos, traduzindo, nos dizeres de André Franco Montoro, “a longa, inveterada, diuturna, *consuetudo* dos romanos, relativa a determinada situação de fato e observada com a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica”.<sup>30</sup>

No sistema de direito legislado, os costumes só podem ser aplicados se forem, portanto, verdadeiras normas jurídicas, não se confundindo com meras práticas ou usos coletivos de natureza social, moral ou religiosa que decorram de simples tradição ou conveniência. Sua relevância deriva, pois, de sua obrigatoriedade jurídica, e seu uso é mais comum em áreas como o Direito Comercial, a teor da menção à aplicação de “usos e costumes”, consoante já há muito previam os Atos de Comércio (art. 2º do antigo Regulamento 737/1850), bem como o Direito Internacional, com sua inerente tradição de

---

<sup>29</sup> Cf. GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 223-9.

<sup>30</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 405.

convencionalidade. Em outras áreas, como o Direito Penal moderno, não se admite a utilização dos costumes, dado o princípio que veda a existência de crime sem lei (em sentido formal) anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.<sup>31</sup>

E ponto ainda mais polêmico diz respeito à utilização da jurisprudência enquanto fonte do Direito nos sistemas de tradição *civil law*, podendo ser considerada “costume jurisprudencial”. Nos ordenamentos de origem *common law*, o Direito se constrói historicamente a partir de casos concretos, mediante a utilização de princípios gerais para a solução das demandas práticas. Nesse contexto, o papel dos juízes é de verdadeira produção normativa com força de *precedentes* em meio ao sistema denominado *stare decisis*, que visa assegurar certeza, equidade e consistência ao Direito construído. Daí a relevância da jurisprudência em tais ordenamentos.<sup>32</sup>

Além disso, desde os primórdios do sistema *common law* – conforme já dito acerca da invasão da Inglaterra pelos normandos –, os juízes ocupam posição de alto relevo e respeitabilidade perante a sociedade e o Poder Público. Desde William, “o Conquistador”, que delegou a um corpo de juízes leais a competência para a solução dos conflitos nas terras inglesas à época recém-conquistadas, até a atualidade, os magistrados anglo-saxões não são considerados meros funcionários públicos, mas são escolhidos dentre os melhores advogados do país para assumir a honrosa função judicante, à qual se confere grande prestígio.<sup>33</sup>

Já no Direito Continental de tradição romanística (*civil law*), tendeu-se a pairar sobre a figura do juiz uma certa desconfiança social que se tornou bem nítida na época da Revolução Francesa, quando os magistrados eram vistos como homens do Antigo Regime. Por isso, no contexto pós-revolucionário, cuidou-se de limitar-lhes o poder, para que se restringissem a aplicar os comandos da lei codificada.<sup>34</sup>

Isso não significa que a jurisprudência não possua relevância no direito codificado. O respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem* são regras estruturantes desse sistema, mas o entendimento jurisprudencial – em especial o pacificado – permite a formação de

---

<sup>31</sup> Idem, p. 406-7.

<sup>32</sup> Cf. O’CONNOR, Vivienne. *Common law and civil law traditions*. INPROL - International Network to Promote the Rule of Law, mar./2012, p. 13-4.

<sup>33</sup> Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 244.

<sup>34</sup> Idem, p. 244-5.



interpretações uniformes e constantes, que não inovam a lei, mas lhe dão um sentido geral de orientação.

Mesmo em um contexto de existência de súmulas vinculantes e de uniformização da jurisprudência dos Tribunais<sup>35</sup>, estas incide apenas em um segundo momento. Ou seja: nos sistemas de tradição *civil law*, a lei precede a decisão judicial, e esta é embasada na aplicação da norma ao caso concreto, após o exercício interpretativo. Por esse contraponto, evidencia-se que “lei e jurisprudência têm natureza diversa, prendendo-se a diferentes instituições, e se reportando a distintos eventos cronológicos”.<sup>36</sup>

Quanto a este tópico, esclareça-se, por fim, que no trabalho se utilizam as expressões *common law* e *civil law* precedidas do artigo masculino “o” (e não no feminino, como muitos empregam) porque a referência é feita aos *sistemas jurídicos* (substantivos masculinos) e não à *lei* comum ou civil.

### ***1.3.7. Constitucionalismo e neoconstitucionalismo***

Na superação do feudalismo para o capitalismo, a industrialização demandou a plenitude da liberdade de ação e de contratação. Como reflexo dessa necessidade, a sociedade civil passou a exigir uma Constituição que garantisse a liberdade individual contra o absolutismo. Para impor o novo regime liberal, não bastava positivar – em forma escrita – a pretérita Constituição costumeira. Tornou-se necessário introduzir ao texto dois mecanismos capazes de coibir os abusos do poder político, quais sejam: a separação de poderes e a declaração de direitos.<sup>37</sup>

Os adeptos do neoconstitucionalismo costumam identificar no constitucionalismo dois modelos distintos de Constituições escritas, a saber: a americana, de 1787, e a francesa,

---

<sup>35</sup> Cf. CPC-15, “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

<sup>36</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 79.

<sup>37</sup> Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2008, p. 251-2.

de 1791. Afirmam que o modelo francês possuía dimensão eminentemente política, destacando-se a supremacia do Parlamento para a codificação das leis infraconstitucionais, e que o sistema americano abriu margem, por meio do princípio da supremacia da Constituição, à possibilidade de a Suprema Corte exercer o controle de constitucionalidade das normas.<sup>38</sup>

Ao discorrer sobre o tema, Luís Roberto Barroso destaca um possível novo direito constitucional, marcado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e pelo desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação, com um viés mais proativo das cortes constitucionais para a concretização dos direitos fundamentais, com a discussão, ainda, sobre a fronteira entre direito e política, ou seja, entre o que é interpretação constitucional e o que deve ser reservado ao espaço de conformação legislativa.<sup>39</sup> Nas palavras do autor:

É essa visão não formalista e não (tão) positivista do Direito e da vida, aliada à centralidade da Constituição, que tem sido apelidada no Brasil de neoconstitucionalismo. O termo tem, em primeiro lugar, uma dimensão descritiva: ele identifica um conjunto importante de mudanças ocorridas no constitucionalismo contemporâneo, identificadas acima, que incluem: a) a elaboração de Constituições analíticas, com dispositivos voltados à proteção dos direitos fundamentais de diversas gerações; b) a expansão da jurisdição constitucional em todo o mundo, com a criação de tribunais constitucionais ou cortes supremas destinadas a fazerem valer a Constituição; e c) a ascensão institucional do Poder Judiciário e o aumento da discricionariedade judicial, em razão da complexidade da vida moderna e de uma percepção da interpretação constitucional.<sup>40</sup>

Trata-se de movimento que tende a analisar a evolução do constitucionalismo sob influxos axiológicos que superam a tradicional dicotomia entre Direito e Moral, ou entre Direito e Justiça, de modo que, para seus adeptos, a interpretação constitucional deve ter o escopo de realização da justiça social e de justiça universal.

Isso decorre de reclamos que surgiram especialmente após a Segunda Guerra Mundial, período em passaram a ascender correntes refratárias ao positivismo exacerbado, em especial devido às atrocidades praticadas por Estados legalistas de cunho autoritário – a teor do fascismo e do nazismo. Daí porque o neoconstitucionalismo passa a ser defendido como toda interpretação constitucional que utilize elementos não positivados de maneira

---

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX*. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 4. Edição Comemorativa, 2018, p. 18.

<sup>39</sup> Idem, p. 24.

<sup>40</sup> Idem, p. 25.

expressa ou implícita, mas passíveis de serem inferidos historicamente. Sua legitimação decorreria, assim, de seu próprio conteúdo, idealizado com vistas ao reconhecimento dos direitos inerentes a qualquer pessoa humana, a partir de postulados morais e de justiça.<sup>41</sup>

Críticas à visão neoconstitucionalista são feitas no decorrer do trabalho. Por ora, basta deixar consignada a conceituação dos termos ora analisados.

Quanto ao constitucionalismo em si, Sérgio Resende de Barros “aconselha chamar constitucionalização o ato (a produção da Constituição) e Constituição, o efeito (o produto constituído), dos quais o constitucionalismo é o processo prático-teórico”.<sup>42</sup> E prossegue afirmando que o “constitucionalismo é o processo prático-teórico de elaboração, interpretação e aplicação da Constituição”<sup>43</sup>.

Das lições do citado autor, merece destaque, ainda, o seguinte excerto:

(...) Historicamente, superado o primeiro momento, vencido o Estado absoluto, a Constituição exauriu sua primitiva função ideológica revolucionária: a defesa da liberdade individual contra a arbitrariedade política. Gradualmente se reduziu à sua práxis cotidiana. A Constituição perdeu o vetor ideológico exclusivo com que nasceu. O constitucionalismo deixou de ser uma ideologia para ser o movimento prático-teórico do direito constitucional: o processo da Constituição. Os efeitos constituídos são causas constituintes de outras constituições. Toda a constituição da sociedade humana é um processo. Como especificidade do direito constitucional, na sua dinâmica histórica, o processo da Constituição é o próprio constitucionalismo, que nessa condição deve ser analisado.<sup>44</sup>

Daí concluir-se que o constitucionalismo teve uma origem histórica específica, mas se protraí no tempo através da renovação dos processos constituintes. Abandonado o viés puramente ideológico inicial, o constitucionalismo continua a existir enquanto fenômeno prático-teórico do Direito Constitucional.

Desse modo, parece não haver necessidade de se empregar o neologismo *neoconstitucionalismo*. Enquanto produto histórico de renovação constante, o que sempre se verifica é o constitucionalismo em si, ao qual são inerentes as transformações advindas da evolução social.

---

<sup>41</sup> Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Direitos sociais e vinculação do legislador: as reformas previdenciárias e seus limites constitucionais no Estado Social e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 42-3.

<sup>42</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo...* op. cit., p. 252.

<sup>43</sup> Idem, p. 254

<sup>44</sup> Idem, p. 240.

### ***1.3.8. Princípios jurídicos e princípios constitucionais***

As normas, em si, não são textos jurídicos, mas consistem no sentido que advém da interpretação desses textos, de modo que aquelas são o resultado destes.<sup>45</sup> São o gênero do qual derivam as espécies *regras* e *princípios*.

Segundo definição de Humberto Ávila, as *regras* são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de coercibilidade e abrangência. Podem ser comportamentais ou constitutivas: as normas comportamentais preveem comportamentos conforme critérios de obrigatoriedade, permissão ou proibição. As constitutivas, por seu turno, atribuem efeitos jurídicos a certos atos, situações ou fatos (ex.: dispositivos normativos relativos à distribuição, reserva e delimitação substancial de competência).<sup>46</sup>

Os *princípios* são normas que estabelecem uma orientação prática a se seguir para o atingimento de um fim, de modo que são imediatamente finalísticos. São diretrizes de conduta. Inegavelmente, se relacionam com o campo dos valores, mas com estes não se confundem, visto que, ao contrário destes, os princípios residem no campo deontológico e estabelecem a obrigatoriedade de adoção de determinadas condutas para a promoção gradual de um estado de coisas. Os valores, por sua vez, reservados ao campo axiológico, se restringem a meramente atribuir uma qualidade positiva a dado comportamento.<sup>47</sup>

Pois bem. Adentrando no campo constitucional, adota-se, para fins do estudo desenvolvido no presente trabalho, a concepção de que princípios constitucionais são tanto aqueles que a própria Constituição assim define, qualquer que seja seu conteúdo (ex.: princípios da Administração Pública, expressos no *caput* do art. 37, da CRFB-88)<sup>48</sup>, quanto os que atendem a critérios sistematizados pela doutrina, ou seja, normas que se revistam de conteúdo principiológico, ainda que não tenham sido expressamente referidas como tal no

---

<sup>45</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios jurídicos: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.

<sup>46</sup> Idem, p. 87-8.

<sup>47</sup> Idem, p. 87.

<sup>48</sup> CRFB-88, “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

texto constitucional<sup>49</sup> (ex.: as normas contidas no *caput* e nos incisos do art. 5º da CRFB-88, apesar de terem sido designadas “direitos e garantias fundamentais”, podem ser consideradas verdadeiros princípios constitucionais).

---

<sup>49</sup> A distinção qualitativa entre regras e princípios é bem delineada por José Joaquim Gomes Canotilho, segundo o qual: “(...) a) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida; b) a convivência dos princípios é conflitual; a convivência das regras é antinômica; c) os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se; d) os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, a lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos; e) os princípios podem ser objetos de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências que, em primeira linha (*prima facie*) devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas (definitivas), sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias; f) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161-2).

## PARTE 1

### O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO PANORAMA POLÍTICO-INSTITUCIONAL BRASILEIRO

*Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem do Tesouro. Os tribunais não nomeiam funcionários. Os tribunais não escolhem deputados e senadores. Os tribunais não fazem ministros, não distribuem candidaturas, não elegem e deselegem presidentes. Os tribunais não comandam milícias, exércitos e esquadras. Mas é dos tribunais que se temem e tremem os sacerdotes da imaculabilidade republicana.*

(BARBOSA, Ruy. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira*. In 'Escritos e Discursos Seletos'. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1997, p. 555).

*O crescente protagonismo do Poder Judiciário no Brasil é um fenômeno que possui raízes históricas e está intimamente atrelado ao descrédito da sociedade em relação ao cenário político. Trata-se de consequência da insatisfação dos cidadãos quanto aos seus representantes, atrelada a um vasto sentimento de ineficiência do Estado por ausência de atendimento aos mais básicos e salutares anseios populares.*

*Aliando-se a isso, a judicialização também decorre da estrutura constitucional advinda a partir da redemocratização pós-Ditadura Militar, com a positivação de uma série de direitos e garantias fundamentais que demandam medidas positivas para sua concretude.*

*Em um cenário ideal, a sociedade civil deveria ter força suficiente para realizar o controle do poder estatal e galgar a efetivação de seus direitos, valendo-se, precipuamente, de instrumentos de democracia participativa, dentre os quais os conselhos municipais, os orçamentos participativos, o recall, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis.*

*Todavia, há um paradoxo entre o “ser” e o “dever-ser”, visto que, no contexto brasileiro, permeado por grandes desigualdades e abismos econômico-financeiros entre os estratos sociais, torna-se extremamente difícil a formação de um sistema popular coeso e apto a exercer a cidadania em sua plenitude.*

*Diante disso, emerge o Poder Judiciário como via para a promoção da responsabilização do poder, e como canal aberto para a sociedade civil postular suas reivindicações diretamente, ou por meio de instituições que representem os interesses populares judicialmente, tais como o Ministério Público.*

*Nesta primeira parte do trabalho, optou-se por delinear os contornos históricos do panorama político que culminou com a proeminência do Poder Judiciário no cenário institucional deficitário que assola o país. O recorte temporal adotado tem início no período republicano, mormente com enfoque para o regime de transição para a democracia que sucedeu o período da Ditadura Militar de 1964, até os dias atuais.*

## 1.1. A TRANSIÇÃO DE REGIMES: DA DITADURA MILITAR À REDEMOCRATIZAÇÃO

Na segunda metade do século passado, muitos países da América Latina foram governados por regimes ditatoriais e sofreram massivas e sistemáticas violações de direitos humanos. No processo de redemocratização, esses Estados tiveram que adotar medidas para promover a paz social, com vistas a permitir a transição do autoritarismo para a democracia. Dentre os mecanismos utilizados para tanto – tais como reparações de danos das vítimas, reformas institucionais, julgamentos dos crimes cometidos e iniciativas de promoção do direito à verdade –, alguns países optaram por editar leis de anistia.

De 1964 a 1985, o Brasil enfrentou uma Ditadura Militar baseada na Doutrina da Segurança Nacional. O regime havia sido estruturado para, teoricamente, restabelecer a ordem do país e abolir o que se considerava serem subversões da esquerda<sup>50</sup>. Os objetivos iniciais das Forças Armadas eram centrados na ideia de luta contra a corrupção e contra as supostas ameaças comunistas. Por isso é que, a princípio, a então chamada “revolução” foi apoiada por significativa parcela da sociedade, que acreditava que o novo regime não perduraria por muito tempo – apenas o suficiente para atingir seus objetivos. Porém, anos se passaram e o governo militar se tornou cada vez mais autoritário.

A primeira fase desse período durou de 1964 a 1968, sob a presidência do General Castelo Branco e o primeiro ano do governo do General Costa e Silva. Foi um período de início das atividades repressivas no campo social. Na economia, houve combate à inflação, queda significativa do salário mínimo e pequeno crescimento do país, com proeminência dos setores mais liberais das Forças Armadas. A segunda fase do regime pode ser identificada de 1969 a 1974, com a mais violenta repressão aos direitos civis e políticos que o país já havia experimentado, permeada por forte truculência estatal, com destaque ao governo do General Emílio Garrastazu Médici. Houve crescimento da economia do país, mas contínuo decréscimo do valor do salário mínimo. A terceira e derradeira fase da Ditadura começou em 1974, com a posse do General Ernesto Geisel, e terminou em 1985, com a eleição indireta do civil Tancredo Neves. Foi marcada pelas gradativas tentativas de liberalização do governo

---

<sup>50</sup> O termo “esquerda” é aqui utilizado em contraponto à “direita”, como referência à divisão político-ideológica que se tornou mais marcante e emblemática no período da denominada Guerra Fria, que perdurou do final da Segunda Guerra Mundial (1945) até a extinção da União Soviética (1991).



devido à forte oposição popular aos órgãos de repressão. Na economia, a crise do petróleo de 1973 reduziu os índices de crescimento, que chegaram a ser negativos na década de 1980.<sup>51</sup>

Quanto ao contexto legal propriamente dito, o regime militar foi marcado por Atos Institucionais produzidos durante o próprio período ditatorial. Do primeiro (AI-1) ao último (AI-17), todos foram repressivos e antidemocráticos. O mais severo foi o AI-5, de 1968, que concedeu ao Presidente da República, dentre outras medidas, poder para suspender direitos políticos de qualquer cidadão, decretar o recesso do Congresso Nacional e assumir a função legislativa enquanto o Parlamento estivesse fechado. Além disso, suspendeu também o direito de *habeas corpus* a crimes políticos.

Nos períodos de intensa repressão, todas as ações e manifestações contra a Ditadura Militar eram consideradas crimes políticos. Era muito utilizado, inclusive, o instrumento jurídico da “verdade sabida”, que se revestia de caráter autoritário e permitia que houvesse condenações administrativas e disciplinares com base em meras presunções de conexão com o Comunismo ou de conspirações contra o governo, sem a garantia do devido processo legal.

O regime se utilizava de diversos métodos para punir e perseguir seus opositores, tais como prisões arbitrárias, tortura, sequestro, estupro e até assassinato. Os nomes dos considerados “subversores” eram incluídos em fichas das agências de segurança nacional e muitos deles eram executados sumariamente, ou mortos durante sessões secretas de tortura.<sup>52</sup>

Além dos mecanismos criminosos, não se pode negar que o governo também atuava, formalmente, com bases legais – vide os mencionados Atos Institucionais, que eram evidentemente repressivos, mas integravam o ordenamento jurídico daquele período. Havia uma “legalidade autoritária”, opondo o conceito de *Estado de Direito* ao de *governo da lei*.<sup>53</sup> Isso significa que mesmo leis injustas podem proporcionar legitimidade ao governo, ao menos em um sentido formal ou procedimental, o que pode ser traduzido como *Estado de Legalidade*. Por outro lado, o verdadeiro *Estado de Direito* demanda bases substanciais de

<sup>51</sup> Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 18 ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 157-8.

<sup>52</sup> Cf. MEZAROBBA, Glenda. *Between reparations, half truths and impunity: the difficult break with the legacy of the dictatorship in Brazil*. *International Journal of Human Rights*, v. 7, n. 13, dec-2010, p. 7-8.

<sup>53</sup> Cf. PEREIRA, Anthony. *Political (In)Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*. Pittsburgh, PA: Pittsburgh University Press, 2005. O autor se utiliza dos termos contrapostos “rule of law”, a significar “Estado de Direito”, e “rule by law”, com o sentido de “governo da lei”, ou “Estado de Legalidade”.

legitimidade, tais como: garantias dos cidadãos contra a tirania estatal, manutenção da ordem pública, segurança jurídica, separação de Poderes e regime democrático.<sup>54</sup> Nesse contexto, por certo, o regime militar no Brasil não instituiu um sistema baseado no Estado de Direito, mas em mero legalismo.

A Ditadura perdurou por mais de vinte anos. Os caminhos para a redemocratização, entretantes, foram gradualmente tomando vulto. Em 1979, na derradeira fase do regime militar, foi aprovada a Lei da Anistia (Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979), como resultado das pressões da sociedade civil e dos interesses do próprio governo.

Muitos dos que haviam sido presos, perseguidos e exilados por serem opositores ao regime haviam sido considerados criminosos políticos. Por outro lado, os próprios oficiais do governo, que haviam cometido diversos crimes nos “porões da Ditadura”, também tinham interesse em isentar-se de futura responsabilização por seus atos. Então, com o intuito de promover a pacificação social, a anistia foi a escolha política, à época, para pavimentar o caminho da redemocratização.

Foram anistiados os crimes políticos e os delitos a eles relacionados, cometidos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, além de crimes eleitorais. Também foram abarcados pela anistia os indivíduos que haviam sofrido suspensão de seus direitos políticos, incluindo tanto civis, quanto militares e sindicalistas. Por essa via, foi possível realizar uma transição controlada da Ditadura para o novo regime, inclusive com a manutenção do poder de veto político das Forças Armadas mesmo após a redemocratização.<sup>55</sup>

Anos após, em novembro de 2010, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao julgar o caso “Julia Gomes Lund e outros” (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, declarou que a Lei da Anistia está em conflito com a Convenção Interamericana

---

<sup>54</sup> “Evidentemente, entre a legalidade e o direito existe uma tensão dialética em que não raro um se torna o contrário do outro, negando-se entre si. Nem sempre, contudo. Vezes há em que se identificam, convertendo-se um no outro: a legalidade é o direito e vice-versa. Noutras vezes, porém, instaura-se a contradição: a legalidade, mesmo que tenha aparência, não tem essência de direito, pois lhe faltam valores essenciais a este. Por exemplo, quando o Estado realiza uma democracia meramente eleitoral ou uma justiça puramente formal, a legalidade contradiz o direito: o Estado de legalidade nega o Estado de direito. Ocorrendo essa contradição, em face dela convém falar em Estado legalista, para frisar bem a negação do Estado de direito pelo Estado de legalidade.” (BARROS, Sérgio Resende de. O Estado de Direito. In BEÇAK, Rubens (Org.); QUINTILIANO, Leonardo David; NIMER, Beatriz Lameira Carrico (Coord.). *Princípios Constitucionais: Contribuições à luz da obra de Sérgio Resende de Barros*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 54).

<sup>55</sup> TORELLY, Marcelo. *Assessing a Late Truth Commission: Challenges and Achievements of the Brazilian National Truth Commission*. International Journal of Transitional Justice, 2018, 12, 194–215, p. 197.

de Direitos Humanos, em especial no que tange ao impedimento da investigação e da perseguição penal contra quem perpetrou graves crimes durante o governo militar.<sup>56</sup>

Todavia, no Brasil, o STF, por meio da ADPF 153, tomou sentido diverso e reconheceu que a Lei de Anistia foi recepcionada pela CRFB-88 e que não deve ser interpretada restritivamente. A ação foi ajuizada pelo Conselho Federal da OAB em busca de afastar da abrangência da norma os considerados crimes “conexos” aos políticos, tais como a tortura.<sup>57</sup> Segundo o entendimento do STF, devido ao contexto histórico bilateral que permeou a concessão da anistia, com benefícios mútuos a quem estava em posições políticas opostas, não seria adequado rever a opção que, à época, permitiu a abertura de caminhos para a redemocratização.<sup>58</sup>

Em verdade, a Lei da Anistia foi idealizada, a princípio, para que pudesse ser aplicada em benefício dos opositores do regime militar que haviam sido perseguidos, acusados e condenados por subversão. Tratou-se de uma medida que atendeu a anseios populares para a libertação de presos políticos e de retorno ao Brasil dos indivíduos que se exilaram em outros países.

Como dito anteriormente, o longo processo de transição política teve início em 1974, durante o governo do Marechal Ernesto Geisel, sob os auspícios de um projeto de abertura política gradual. À época, também as esquerdas alteraram sua tática, minimizando a luta armada em prol da batalha pelas liberdades democráticas, permitindo, assim, a formação de um movimento social significativo contra a Ditadura.

---

<sup>56</sup> Cf. CIDH, Julia Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Julgamento (24 de novembro de 2010), Series C 219.

<sup>57</sup> Lei n. 6.683/1979, Art. 1º. “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou *conexos* com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. §1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se *conexos*, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.” (destaques acrescentados).

<sup>58</sup> Cf. LESSA, Francesca; OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; PEREIRA, Gabriel; REITER, Andrew G. *Overcoming impunity: pathways to accountability in Latin America*. The International Journal of Transitional Justice, v. 8, 2014, 75-98, p. 85.

Daí em diante foi possível visualizar três principais momentos políticos do processo de transição de regimes. O primeiro, de 1974 a 1979, foi marcado pela luta pelas liberdades democráticas e pelo restabelecimento do Estado de Direito. O segundo, de 1979 a 1985, foi o período de retorno dos exilados e banidos políticos, com a rearticulação partidária e a criação de novos partidos, em meio a um regime militar que aos poucos se transformava, tanto por iniciativa própria, quanto por pressão da sociedade. O terceiro período, por fim, foi marcado pelo início dos governos civis, em 1985 (eleito Tancredo Neves, que morreu antes de tomar posse, sendo sucedido pelo Presidente José Sarney), até 1988, quando foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil que vige até hoje.<sup>59</sup> Essa última fase encerrou o processo de transição política – da Ditadura à redemocratização –, mas não pôs fim ao processo de efetivação da justiça transicional.<sup>60</sup>

Em verdade, a opção pela anistia gera em muitos, até hoje, a sensação de que os crimes perpetrados no período ditatorial ficaram impunes e de que não houve verdadeira justiça de transição no Brasil, mas mero sepultamento das atrocidades do passado.

Quando da elaboração do Projeto de Lei da Anistia, o Relator, José Paulo Sepúlveda Pertence, à época Conselheiro Federal da OAB, elaborou parecer no sentido de que os crimes dos oficiais do Estado deveriam ser esquecidos para que fosse possível aplainar os caminhos para a construção do Estado de Direito. Em suas palavras:

Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia.

(...)

Se assim se chega, no entanto, a impor à sociedade civil a anistia da tortura oficial – em nome do esquecimento do passado para aplainar o caminho do futuro Estado de Direito – não é admissível que o ódio repressivo continue a manter no cárcere umas poucas dezenas de moços, a quem a insensatez da luta armada pareceu, em

---

<sup>59</sup> Cf. ARAUJO, Maria Paula Nascimento. *Redemocratização e justiça de transição no Brasil*. In *Studia Historica*. Ediciones Universidad de Salamanca. *Historia Contemporánea* 33 (2015): 67-85, p. 69.

<sup>60</sup> “Justiça transicional”, ou “Justiça de transição” é definida pelas Nações Unidas como o amplo conjunto de processos e mecanismos associados com o intuito da sociedade de pôs fim a um legado de abusos em larga escala, a fim de assegurar responsabilização, justiça e atingir a reconciliação. Na língua de origem: *the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempt to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation*. Cf. *Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice*, março de 2010. Disponível em: <[http://www.unrol.org/files/TJ\\_Guidance\\_Note\\_March\\_2010FINAL.pdf](http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf)>. Acesso em 20 out. 2019.

anos de desespero, a única alternativa para a alienação política a que a nação fora reduzida.<sup>61</sup>

Verifica-se, portanto, que o escopo da anistia foi promover a pacificação social e, da forma como foi concebida, tinha por desígnio pôr fim às tensões políticas sociais mediante o perdão mútuo e o esquecimento.

Em que pese, posteriormente, tenham surgido Comissões da Verdade que buscaram – e ainda buscam – reavivar a lembrança das crueldades do período ditatorial, com vistas a promover a justiça sentimental às vítimas e às suas famílias, além da reparação civil dos danos sofridos e eventual responsabilização criminal dos ofensores<sup>62</sup> (esta última de mais difícil efetivação prática), prepondera na nação um sentimento de impunidade em relação a tais eventos em razão de o país não ter adotado, formalmente, meios contundentes de justiça restaurativa.

O maior inconformismo se deve ao fato de que os malfeitos institucionais do próprio governo não foram eficazmente reprimidos, traduzindo-se em fator que colaborou para o crescimento, no ideário social, da imagem de que a classe política tende a ser blindada e isenta de responsabilizada pelos atos ilícitos que possa vir a praticar.

Daí dizer-se que o Estado de Direito criado a partir da redemocratização trouxe consigo um ranço histórico não remido, mas meramente acobertado. Essa bagagem do passado é um dos motivos – pode-se dizer – da sensação de descrédito da população brasileira em relação aos agentes estatais, mormente aqueles que ocupam cargos decisórios no Governo.

---

<sup>61</sup> PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *Relatório do Projeto de Lei da Anistia*. Senado Federal do Brasil, 15 de agosto de 1979, p. 5-6. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/dl/parecer\\_oab\\_anistia\\_79.pdf](https://www.conjur.com.br/dl/parecer_oab_anistia_79.pdf)>. Acesso em 03 dez. 2019.

<sup>62</sup> Em termos de responsabilização penal, cabem as seguintes considerações: a Lei n. 6.683/1979 prevê, em seu art. 1º, *caput*, primeira parte, a concessão de anistia “a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes”. Houve, portanto, a demarcação de um lapso temporal para a extinção da punibilidade penal relativa aos crimes cometidos no período ditatorial. Em relação a perseguidos políticos que estão desaparecidos até os dias atuais – não tendo sido encontrados nem vivos, nem mortos –, ou àqueles que já foram presumidos mortos, mas cujos restos mortais jamais foram localizados, tem se desenvolvido a tese argumentativa de que os delitos em questão (que podem abarcar, exemplificativamente, sequestro ou ocultação de cadáver) são permanentes, visto que se protraem no tempo. Em razão disso, não há como considerá-los cometidos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, visto que sua execução não teve termo final, afastando-se, assim, a aplicação da Lei da Anistia em relação a tais crimes.

## 1.2. O CENÁRIO DE CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER POLÍTICO NA NOVA DEMOCRACIA

O golpe militar de 1964 pôs fim à chamada República Populista, que teve início em 1946, com o governo de Eurico Gaspar Dutra, e foi marcada por incidentes acentuadas de instabilidade política, tais como o suicídio de Getúlio Vargas em 1954, os episódios de oposição a Juscelino Kubitschek e a renúncia de Jânio Quadros poucos meses após o início de seu mandato, em 1961.

Com a redemocratização pós-Ditadura Militar, o Brasil teve uma sucessão de sete Presidentes civis: José Sarney (de 1985 a 1990), Fernando Collor de Mello (de 1990 a 1992), Itamar Franco (de 1992 a 1995), Fernando Henrique Cardoso (de 1995 a 2003), Luiz Inácio Lula da Silva (de 2003 a 2011), Dilma Rousseff (de 2011 a 2016) e Michel Temer (de 2016 a 2019). Em janeiro de 2019, tomou posse na Presidência da República Jair Bolsonaro, político advindo de base militar (Capitão reformado do Exército).

Mesmo após o fim da Ditadura, o país continuou a experimentar os resquícios daquele período, que podem ser resumidos em seis legados políticos, consoante classificação de Timothy J. Power: (1) o Brasil vivenciou um longo e fragmentado processo de legitimação, com inevitáveis comparações com a performance econômica objetiva do regime militar; (2) grande quantidade de funcionários públicos do governo anterior continuou a atuar em funções estatais mesmo após a redemocratização, o que minorou a sensação de ruptura institucional que deveria ter sido mais marcante; (3) grande aumento e expansão das liberdades civis, como resultado contra a repressão que foi significativa no regime militar; (4) níveis jamais vistos de competição política, uma vez mais como reflexo contrário ao controle rígido que houve nas décadas de 1960 e 1970; (5) evidências de atraso e abordagem cautelosa para a justiça de transição e os direitos humanos; (6) aumento das movimentações em massa no Brasil, como eco da bem sucedida mobilização que ajudou a deslegitimar o regime militar entre 1983 e 1984.<sup>63</sup>

Do conjunto de tais legados, é possível chegar a algumas constatações. A primeira diz respeito à dificuldade de legitimação do poder político na era da redemocratização.

---

<sup>63</sup> Cf. POWER, Timothy J. *The Brazilian Military Regime of 1964-1985: Legacies for Contemporary Democracy*. Iberoamericana 16.62 (2016): 13-26, p. 14.

Apesar da existência de cargos eletivos e do exercício da democracia pelos cidadãos, a legitimidade dos governantes, no mais das vezes, tem sido mais formal do que substancial. Fala-se aqui, em um primeiro momento, em “governantes” e não em “governos”, em razão da necessidade de se distinguir atores e instituições. Apesar de ser difícil identificar onde um ou outro preponderam no desdobramento da conjuntura política, nem sempre se pode inferir a legitimidade ou eficiência das instituições a partir da conduta de seus principais atores.<sup>64</sup>

Em relação a isso, já no início do cenário da redemocratização, os cidadãos vivenciaram intensa frustração política em razão da ausência de governabilidade do primeiro Presidente eleito por voto direto após a Ditadura: Fernando Collor de Mello. Em seu governo, foram adotadas medidas radicais para tentar acabar com a inflação que assolava o país (resquício do regime militar), tais como o congelamento das cadernetas de poupança para diminuir o dinheiro em circulação, além da redução do número de funcionários públicos, a venda de empresas estatais e a abertura da economia ao mercado externo.

Tais medidas geraram ao Presidente falta de empatia popular e ausência de apoio parlamentar. Ao mesmo tempo, surgiram sinais de corrupção envolvendo pessoas que lhe eram próximas, tais como o tesoureiro de sua campanha, que era seu amigo íntimo, com reflexos que permearam também integrantes da própria família de Collor.

Diante desse cenário de ausência de governabilidade e de escândalos de corrupção, a população, que já havia experimentado processos de movimentação cívica durante a Ditadura em prol da redemocratização, voltou às ruas em campanha pelo *impeachment* do primeiro Presidente que foi eleito em sistema de democracia direta. Com a pressão popular, o Congresso Nacional instaurou o processo de impedimento que resultou no afastamento do Presidente dois anos e meio após a sua posse, e com a sucessão do governo pelo então vice-Presidente Itamar Franco.<sup>65</sup>

No governo de Itamar foi implementado o “Plano Real”, exitosa ferramenta para o controle da inflação e para a estabilização econômica do País. Os idealizadores dessa medida foram economistas reunidos pelo sociólogo que à época era Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, o qual foi eleito Presidente da República nas eleições seguintes, em 1994. Manteve-se à frente da Presidência até janeiro de 2003, visto que em seu mandato foi

---

<sup>64</sup> Cf. SANTOS, Fabiano; SZWAKO, José. *Da ruptura à reconstrução democrática no Brasil*. Saúde Debate: Rio de Janeiro, v. 40, n. especial (dez/2016): 114-121, p. 116.

<sup>65</sup> Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil...* op. cit., p. 204-5.

aprovada a reeleição, o que lhe oportunizou concorrer e, novamente, vencer o pleito eleitoral no ano de 1998.

Em 2003, tomou posse como Presidente, também eleito por voto direto, o sindicalista Luiz Inácio Lula da Silva, que foi reeleito em segundo mandato e permaneceu na Presidência da República até o ano de 2011, quando foi sucedido por Dilma Rousseff, a quem prestou apoio expreso nas eleições de 2010, lançando-a como candidata de seu partido (o PT – Partido dos Trabalhadores).

Tanto Fernando Henrique, quanto Lula e Dilma, foram figuras marcantes na oposição do regime militar. O primeiro, enquanto intelectual que já teve inclinações marxistas, chegou a buscar exílio no Chile após o golpe ditatorial; no período da transição para a democracia, entre 1984 e 1985, era Senador da República e teve papel relevante na construção do pacto de abertura política. Lula, por seu turno, em virtude de sua origem sindicalista, empreendeu luta e forte mobilização social contra o regime ditatorial. Já Dilma, primeira e, até agora, única mulher eleita Presidente do Brasil, foi, no passado, integrante de guerrilha urbana contra a Ditadura e chegou a ser presa e torturada pelo regime militar em 1970. Tratam-se, portanto, de figuras que resumem três facções marcantes de oposição ao militarismo, respectivamente: a intelectualidade, os movimentos sociais e a resistência armada.<sup>66</sup>

Até então, parecia que a democracia havia se sedimentado no Brasil e que os resquícios da Ditadura haviam sido dirimidos. Todavia, no final do primeiro mandato presidencial de Dilma, precipuamente a partir de meados de 2013, eclodiram manifestações sociais de rua que tangenciaram reivindicações diversas e que pareciam não possuir um norte ideológico ou objetivos bem definidos.

O primeiro marco desses movimentos ocorreu em 01 de junho de 2013, quando manifestantes saíram às ruas da capital paulista em voz contrária ao aumento das tarifas de ônibus, metrô e trens urbanos. Tratavam-se, até então, de questões que pareciam não atingir a esfera do governo federal. Todavia, poucos dias depois, ocorreram novas movimentações, não apenas em São Paulo, mas também em outros estados da Federação, que receberam projeção nacional. Desse momento em diante, tornaram-se recorrentes as mobilizações populares, sem aparente centralidade ou motivação objetiva. Imiscuíram-se no movimento

---

<sup>66</sup> Cf. POWER, Timothy J. *The Brazilian Military Regime of 1964-1985...* op. cit., p. 14.



agentes apelidados *black blocs*, mascarados e vestidos de preto, que agiram de maneira desordeira e com possíveis inclinações anarquistas<sup>67</sup>.

No final de 2014 – portanto, já no primeiro ano do segundo mandato da Presidente Dilma –, surgiu o chamado Movimento Brasil Livre (MBL), com inclinações direitistas em prol da defesa do liberalismo econômico, com vistas, basicamente, à redução da intervenção do Estado na economia, à diminuição do número de impostos, à promoção de privatizações e ao fortalecimento do aparato de segurança pública. Para fins de reforma política, sustentam diversas propostas, tais como o fim do voto obrigatório e do fundo partidário, o fim da reeleição, a ampliação do mandato do Executivo para cinco anos e o fim do alistamento militar obrigatório.<sup>68</sup>

A partir desse momento, evidenciou-se a centralização de grupos de tendências políticas voltados à promoção do liberalismo econômico. O movimento ganhou força e notoriedade por meio da Internet – em especial das redes sociais –, atingindo um nicho virtual que até então vinha sendo pouco explorado para a divulgação de ideias e de conteúdo de natureza política.

Representantes da direita, aproveitando-se da simpatia angariada por esse movimento no seio popular, passaram a exteriorizar seu discurso divulgando ideias não apenas na seara da economia, mas também no âmbito do conservadorismo de costumes. E posicionaram-se como ideologia reativa aos governos de esquerda que, nas últimas décadas, estiveram à frente da Presidência da República, os quais, em conjuntura temporal mais recente, sofreram enfraquecimento de suas bases de apoio em virtude de escândalos de corrupção.

Especificamente quanto ao governo Dilma, verifica-se que seu segundo mandato já se iniciou politicamente enfraquecido. Apesar da reeleição, a diferença entre o percentual de votos dos candidatos no segundo turno do pleito eleitoral de 2013 foi pequena: a Presidente eleita obteve 51,64% dos votos, enquanto Aécio Neves, do PSDB – Partido da Social

---

<sup>67</sup> Em verdade, os objetivos e a ideologia dos *black blocs* no Brasil não foram bem identificados, diferentemente da feição assumida por esses tipos de grupamentos na Europa, por exemplo, que costumam se reunir por afinidade, em ação conjunta de corte anarquista, desafiando o *establishment*, os símbolos capitalistas e os grupos neonazistas.

<sup>68</sup> A lista completa de objetivos do MBL pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: <<http://mbl.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/05/propostas-mbl.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2019.

Democracia Brasileira (do qual é filiado o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso), obteve 48,36% dos votos. Era marcante, portanto, a polarização social.

Além dos escândalos de corrupção que macularam, nos últimos tempos, a imagem da esquerda brasileira – mormente do PT, do qual Lula e Dilma são expoentes –, o governo da então Presidente, em seu segundo mandato, também foi desfavorecido em razão do enfraquecimento de sua base de apoio no Congresso Nacional e na sociedade, mormente pelas seguintes razões: (a) um cenário de crise econômica aguda, com explícita oposição dos circuitos financeiros internacionais ao governo Dilma; (b) a herança da competitiva e radicalizada campanha eleitoral de 2014; (c) a memória recente do ciclo de protestos que tiveram início em 2013; e (d) a ausência de uma visão clara e estratégica do governo para organizar as bases de sustentação legislativa e social, e para combater as causas da crise econômica.<sup>69</sup>

Nesse contexto, com o fortalecimento da direita, ampliaram-se os movimentos da sociedade civil conservadora, que passaram a ter objetivos melhor delineados – apesar da existência de blocos por vezes dissonantes, com reivindicações próprias e específicas. Assim, grandes e massivas passeatas tomaram as ruas de diversas cidades e estados do País, integradas mormente por grupos de pessoas da classe média e das elites, vestidas com as cores da Bandeira Nacional, em prol de reformas políticas, do combate à corrupção e do restabelecimento dos valores tradicionais da família, da propriedade privada e do conservadorismo de costumes.

Em meio a tais manifestações, destacaram-se alguns grupos que hastearam cartazes pedindo a volta do regime militar, com dizeres como “Intervenção Militar já!”. Esse pensamento teve início em blocos pontuais, mas ganhou força e repercussão nas redes sociais, que têm se mostrado instrumentos muito mais eficazes para a disseminação de ideias políticas do que as vias midiáticas tradicionais (mormente o rádio, a televisão e os jornais e revistas impressos).

Daí inferir-se que as bases civis democráticas que pareciam ter se solidificado nos governos posteriores à Ditadura Militar são, em verdade, ainda frágeis o bastante para sofrerem abalos pelo espraiamento de ideologias radicais. E isso parece decorrer dos já

---

<sup>69</sup> Cf. SANTOS, Fabiano; SZWAKO, José. *Da ruptura à reconstrução democrática no Brasil...* op. cit., p. 116-7.

mencionados resquícios do regime militar mesmo após a redemocratização, em especial a impunidade pelos crimes cometidos naquele período (dada a ausência de promoção de instrumentos de responsabilização em justiça de transição) e o esquecimento ou desconhecimento do passado que decorreu da Lei da Anistia – a qual, como já dito no item anterior, foi considerada, à época de sua idealização, a via mais adequada para a pacificação social.

Não se olvida que as Comissões da Verdade tenham tido – e ainda tenham – papel relevante para a abertura dos arquivos da Ditadura, a promoção da restauração civil às vítimas do regime (e seus familiares), a busca por registros dos desaparecidos que haviam sido perseguidos e a tentativa de realizar a justiça sentimental aos afligidos pelas atrocidades daquele período histórico. Todavia, em que pesem os esforços empreendidos para tanto, parcela significativa da sociedade civil, na atualidade, desconhece a gravidade das violações a direitos humanos ocorridas no governo militar e as mazelas da supressão de direitos políticos e democráticos. Isso talvez se deva à impunidade promovida pela Lei da Anistia e ao limitado campo de abrangência das Comissões da Verdade, as quais não têm sido capazes de disseminar, com amplitude, os dados da realidade fática atroz que foi implementada pelo militarismo.

Diante desse cenário e com bases de apoio extremamente enfraquecidas, o Congresso Nacional promoveu o processo de impedimento da Presidente Dilma, que culminou com seu *impeachment* em agosto de 2016. O governo foi sucedido pelo vice-Presidente Michel Temer, que se manteve à frente da Presidência da República até janeiro de 2019, quando tomou posse Jair Bolsonaro, eleito sob a promessa principal de combater a corrupção e, além disso, de restaurar a ordem política e social, promover o crescimento nacional e valorizar os costumes conservadores – dentre os quais o armamento da população e a adoção de posturas tradicionais, sob fortes influxos religiosos, em questões como aborto e política antidrogas.

Tal mudança de paradigmas demonstra reminiscências de um quadro histórico de paulatina fragilização das instituições políticas e de ascensão de movimentos sociais de variadas nuances ideológicas que reivindicam alterações no âmbito do governo, dado o inconformismo com o legado que tem sido deixado pelos sucessivos ocupantes de mandatos nos Poderes Executivo e Legislativo.

### 1.3. A ORDEM CONSTITUCIONAL PÓS-REDEMOCRATIZAÇÃO

No contexto brasileiro, a promulgação da CRFB-88 foi uma vitória da cidadania. A par dos clamores pela anistia, as forças de resistência democrática contrárias ao regime militar, mormente o único partido da oposição (MDB), a OAB, a Associação Brasileira de Imprensa, as universidades, os sindicatos e setores da Igreja progressista, pugnam pela convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, como forma de expressão popular legítima para encerrar o ciclo ditatorial e reconstruir a comunidade nacional.

A transição de regimes não foi fruto de uma ruptura histórica brusca, diferenciando-se, portanto, do que havia ocorrido em momentos nacionais pretéritos, como com a Constituição brasileira do Império, de 1824, ou a proclamação da República, em 1891.

No processo da redemocratização que se seguiu à Ditadura Militar, foi convocada a Constituinte por meio de uma emenda constitucional (EC n. 26/85), que não instalou uma Assembleia autônoma para a tarefa de elaboração da nova Constituição. Em verdade, foi eleito um novo Congresso Nacional, nos moldes da tradição herdada pelo constitucionalismo federalista norte-americano.

A composição inicial da Constituinte, a princípio, refletiu mais a classe política tradicional que já era detentora do poder, do que a sociedade civil que buscava se emancipar da Ditadura. Sem a adoção de posições extremadas à esquerda ou à direita, predominou a ideologia representada pelo grupo do “Centrão”, que mantinham reminiscências do passado ditatorial, mas também auguravam projetos utilitaristas para a sobrevivência política.<sup>70</sup>

Não obstante esse predomínio moderado, bancadas progressistas e democráticas conseguiram alcançar avanços significativos em termos de direitos individuais e sociais.<sup>71</sup> O resultado foi um texto constitucional analítico promulgado em 1988, que dispõe sobre variados temas, englobando a proteção ao meio ambiente, aos direitos do consumidor, à imagem e à intimidade, à informação, à urbanização, ao campo, aos partidos políticos, às formas de exercício da soberania, aos meios de comunicação de massa, ao avanço

---

<sup>70</sup> Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Trinta anos da Constituição democrática de 1988. In BEÇAK, Rubens; ALMEIDA PRADO, João Carlos Navarro de (Org.). *Reflexões sobre os 30 anos da Constituição de 1988: Mutações e Reformas Constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 7.

<sup>71</sup> Os partidos políticos expoentes nesse sentido foram, notadamente, o PMDB, de Ulysses Guimarães, o PDT, de Leonel Brizola, o PT, de Lula, além do PS, do PCB, do PCdoB, e do PSDB.

tecnológico, aos materiais e atividades nucleares, à participação dos cidadãos no trato da coisa pública, à educação, à saúde pública, à segurança, à seguridade social e a uma ampla gama de direitos individuais, coletivos e sociais.

Graças à CRFB-88, foi possível a construção teórica de uma ordem democrática que preconiza a justiça e a fraternidade. Não obstante existam eventuais distorções práticas, os comandos constitucionais garantem a liberdade de imprensa, a transparência das ações de governo e a conscientização da cidadania.

Ocorre que a positivação dos direitos e o estabelecimento de um modelo ideal de justiça social não vieram acompanhados do desenvolvimento de soluções práticas (políticas públicas) para a efetiva erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.

Por certo, a efetividade da Constituição depende das condições socioeconômicas em que irá se operar. Se não for estabelecida a igualdade material que assegure o mínimo existencial, frustra-se o sistema de proteções essenciais e a Constituição passa a vigor seletivamente, de modo que apenas uma minoria passa a gozar da plenitude dos direitos básicos à dignidade da pessoa humana.<sup>72</sup>

Disso decorre a necessidade de atuação legislativa contundente para fazer valer os preceitos constitucionais – atividade que se torna premente quando é preciso regulamentar direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, com vistas a operacionalizá-los e dar-lhes concretude. Remanescentes as diferenças sociais no plano material, a Constituição perde sua força normativa.<sup>73</sup>

Portanto, o Estado Constitucional Democrático demanda, para sua plenitude, a existência de condições sociais dignas, justas, igualitárias e estabilizadoras do convívio humano.<sup>74</sup> Em um cenário de crise das instituições políticas, marcado por corrupção, nepotismo e patrimonialismo, o ideário constitucional não se realiza eficazmente.

---

<sup>72</sup> Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Trinta anos da Constituição democrática de 1988...* op. cit., p. 28.

<sup>73</sup> “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15).

<sup>74</sup> Cf. SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia e Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 38-9.

### 1.3.1. O destaque ao Poder Judiciário

Na esteira do que vem sendo dito, são marcantes duas razões para o enfraquecimento das instituições e o descrédito dos cidadãos em relação aos setores políticos nacionais: (a) a ausência de políticas públicas eficientes para a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, ou para o crescimento econômico sadio e sustentável do país – ou seja, deficiências de governança; e (b) a publicização dos casos de corrupção em períodos recentes, a traduzir a cultura de ilicitude no meio político. Tais fatores marcam o cenário de ineficiência dos meios convencionais de articulação social, e o esvaziamento dos modelos social-democratas de transformação política, o que gera a descrença nos instrumentos e nas possibilidades da política em si.

Atrelado a isso, exsurge o paradoxo marcado pelo seguinte conflito: a teoria democrática é permeada pela possibilidade de controle do Estado ineficiente pela sociedade civil. Para tanto, é necessário que haja o gerenciamento social organizado, por meio de conselhos municipais, entidades de classe e quaisquer grupos com centralidade aparelhada e objetivos definidos. Porém, em um contexto social caótico, com a desorganização da sociedade devido à fragilidade inerente ao panorama de pobreza e de desigualdade que a permeia, torna-se extremamente difícil a promoção do controle do poder pela população. A pobreza, em si, é um sinal de opressão e de desamparo estatal. E o controle do opressor pelo oprimido é, à evidência, inconcebível.

O resguardo da lei contra o arbítrio estatal, bem como a concretude dos direitos e garantias fundamentais, em um cenário político caótico, passam a ser incumbência precípua do Poder Judiciário. Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>75</sup>, a Constituição autoriza que os conflitos de interesses e quaisquer demandas que envolvam cumprimento e interpretação da ordem normativa sejam traduzidos em postulação judicial.

A judicialização se potencializa, então, quando questões de relevância pública passam a ser decididas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais (Poderes Legislativo e Executivo). Diante de tal situação, a Magistratura não raro assume postura ativista<sup>76</sup>, suprindo as demandas da sociedade que não foram satisfeitas pelo Parlamento – a

---

<sup>75</sup> CRFB-88, “Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>76</sup> O termo “ativismo judicial” será conceituado adiante, em item específico, na “Parte 2” do presente trabalho.

exemplo de temas como aborto, nepotismo, crise no sistema carcerário, dentre outros. Ao assim agir, o Judiciário, muitas vezes, se imiscui em competência que não lhe havia sido reservada constitucionalmente e passa a enfrentar temas que extrapolam os limites do processo, como a observância do orçamento público e dos efeitos globais de suas decisões.

A crença de que os juízes atuam com lisura e justiça – atributos nem sempre vistos pela população em relação aos políticos – tem origens históricas e, de certa forma, remanesce até a atualidade.

Com o advento das Constituições escritas, no século XVIII, após a superação do absolutismo e do feudalismo, os juízes deixaram de ser agentes do rei e dos aristocratas poderosos, passando a ser verdadeiros agentes do povo. O Estado, nesse período, consagrou a separação de poderes e transferiu uma parcela de sua soberania, essencialmente política, para a magistratura. As decisões judiciais integram, pois, a soberania do Estado, a qual, apesar de disciplinada pelo Direito, decorre de expressão de poder político.

Por *poder político*, entenda-se a forma de autoridade que é exercida sobre os membros da sociedade, com o escopo de realização de seus interesses gerais, traduzindo-se na faculdade de criar e de impor regras de Direito, inclusive com a disposição do monopólio do uso da força para as fazer cumprir, mediante coação legítima.<sup>77</sup>

Portanto, enquanto exercente de uma das funções do Estado, o Poder do Judiciário deriva de expressão política que lhe outorga autoridade, não obstante as decisões em si devam, em Estados de Direito, ser pautadas pelos limites da constitucionalidade, sem inclinações políticas de expressão ideológica.

Todavia, no cenário nacional, a corrupção, o nepotismo e o patrimonialismo ainda são realidades presentes na formação e no desempenho das instituições governamentais. Além disso, o próprio influxo político de atendimento aos anseios do eleitorado – tanto do Executivo, quanto do Legislativo –, acaba por minar, em especial nas épocas de crises ou de retrocesso ideológico, a tomada de determinadas decisões políticas, ou a produção legislativa que desagrade os segmentos sociais dominantes.

---

<sup>77</sup> Cf. CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* – Tomo I. Coimbra: Almedina, 1995, p. 7-8.

Em meio a isso, a teor do que já foi dito, emana o protagonismo do Poder Judiciário, que pode exercer o papel contramajoritário necessário à garantia dos direitos das minorias socialmente desfavorecidas, que clamam pela efetivação dos direitos constitucionais que lhes foram abstratamente previstos.

Essa atuação proeminente decorre, a princípio, da ausência de capacidade dos demais Poderes do Estado no cumprimento de suas esferas de atribuição: o Legislativo se omite em questões legiferantes que seriam de sua competência e, ao mesmo tempo, o Executivo também filtra, politicamente, os campos sobre os quais atuará com maior ênfase, deixando em segundo plano demandas que, comezinhas para alguns, são extremamente relevantes para outros. A intervenção do Judiciário nesses casos visa, portanto, suprir omissões.

O grande problema dessa tendência surge quando a produção jurisdicional passa a substituir os legítimos campos de decisão política, assumindo contornos ideológicos e exacerbando os limites constitucionais do Poder Judiciário.

### **1.3.2. A proeminência da figura dos juízes**

No regime constitucional pátrio, o Judiciário é um dos Poderes do Estado, sendo certo que seus membros devem agir com independência e coragem frente às reclamações dos cidadãos, a despeito da condição política, social ou econômica destes.

Durante muitos anos, as Cortes foram vistas como espaços austeros e distanciados dos cidadãos. Acreditava-se que, dessa forma, seria possível garantir a isenção dos julgadores contra as pressões externas – tanto das entidades políticas, quanto da sociedade. Porém, em prol do dever de transparência, os órgãos de administração da justiça passaram a se aproximar da população, sem prejuízo de conservarem a ritualística que marca o exercício



de suas atividades. No fenômeno de tal aproximação, a cobertura midiática tem assumido papel extremamente relevante.<sup>78</sup>

Em sociedades altamente influenciadas pela mídia, pode-se dizer que se estabelece uma partilha de poder entre a Justiça e os meios de comunicação social. Estes últimos possuem grande poder simbólico e fático para apresentar ao público os casos que estão sob julgamento. Diante de tal midiatização, os Tribunais não raros se veem confrontados com “julgamentos midiáticos”, o que pode influenciar a tomada das decisões processuais, mormente quando o Judiciário se deixa conduzir pelos reclamos da opinião pública.

A composição atual do Supremo Tribunal Federal reflete isso: parte significativa da população brasileira sabe dizer os nomes do Ministros e, inclusive, suas linhas de pensamento e tendências decisórias – o que, no passado, era extremamente incomum. Muito disso se deve à rapidez e ao volume de informações divulgadas nas redes sociais, às quais grande gama dos indivíduos tem acesso. E, devido a esse acesso facilitado a meios de propagação de opiniões em larga escala, avolumam-se as críticas aos três Poderes e aos exercentes dessas Funções.

Os próprios juízes, cuja autoridade era, no passado, respeitada e obedecida, vivenciam, na atualidade, período de temerário descrédito e de dura reprovação advinda de determinados segmentos, inclusive com repercussões que atingem a esfera de sua honra privada.

Daí advém a relevância do estudo da postura do magistrado em sua atuação jurisdicional e frente às dificuldades enfrentadas no momento da tomada das decisões, dado o confronto entre a posição de intérprete aplicador da lei e a posição de membro da sociedade, dotado de valores individuais e de ideologias.

Como mencionado anteriormente, a cultura brasileira não estava acostumada, em períodos históricos pretéritos, a dar destaque e evidência a juízes específicos. Poucos eram os cidadãos que sabiam mencionar o nome de algum dos ministros do STF, do STJ ou de magistrados de outras instâncias. Via de regra, os jurisdicionados tinham contato com os julgadores de seus próprios casos, passando, então, a conhecê-los pelo nome e, salvo

---

<sup>78</sup> Cf. ARAÚJO, Bruno. *A Justiça no palco da mídia: a construção discursiva dos juízes do Mensalão em narrativas de Veja e Época*. Animus. Revista Interamericana de Comunicação Midiática: 12/27/2018, Vol.17(35), p. 186.

exceções, a respeitá-los e a temê-los enquanto autoridades públicas cujos comandos deveriam ser cumpridos.

A partir da análise das alterações gradativas dessa realidade, parece possível afirmar que o marco significativo da mudança dessa tradição foi o julgamento do caso denominado “Mensalão” – Ação Penal n. 470, de 2012.<sup>79</sup> Tratou-se de processo criminal acerca de esquema de corrupção envolvendo desvio de dinheiro público e pagamentos mensais de propina a parlamentares do Congresso Nacional (membros do Legislativo), em troca de apoio ao Governo Federal (Poder Executivo).

Na ocasião, foram julgados 40 (quarenta) acusados da prática de crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), peculato (art. 312 do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP), corrupção ativa (art. 333 do CP), lavagem de dinheiro (art. 1º, V, VI e VII, da Lei n. 9.613/1998), gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º da Lei n. 7.492/1986) e evasão de divisas (art. 22, p.u., da Lei n. 7.492/1986).

O caso surtiu enorme destaque midiático e social porque envolveu políticos brasileiros de alto escalão, ocupantes de cargos públicos relevantíssimos no cenário nacional. Os veículos de comunicação em massa passaram a veicular notícias acerca do tema e a própria publicidade do julgamento – divulgado em rede nacional pela TV Justiça<sup>80</sup> – contribuiu para que a grande massa da população brasileira tomasse conhecimento de tal pauta.

Além do relevo dado aos acusados que estavam sob julgamento, a mídia passou a realçar também a figura dos julgadores, ou seja, dos Ministros do STF que à época compunham tal Tribunal e julgaram o caso em exercício de competência originária (foro por prerrogativa de função dos réus). Evidenciou-se, nesse momento, a crise institucional pátria marcada, por um lado, pelo enfraquecimento das instituições políticas – com resquícios advindos da já mencionada frágil redemocratização pós-Ditadura Militar –, e agravada pelos crescentes escândalos de corrupção que levaram ao descrédito popular em relação aos seus representantes; e, de outro lado, pelo crescimento da pressão popular sobre o Poder

---

<sup>79</sup> Cf. STF. AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 17/12/2012, DJe 22-04-2013, RTJ, VOL-00225-01, PP-00011.

<sup>80</sup> Segundo informações divulgadas no sítio eletrônico da rede televisiva em apreço, a TV Justiça é um canal de televisão público, de caráter não-lucrativo, coordenado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Cf. informações disponíveis em: <<http://www.tvjustica.jus.br/>>. Acesso em 06 dez. 2019.

Judiciário, para ver supridas as necessidades ocasionadas pela ineficiência dos demais Poderes.

No específico caso do “Mensalão”, o interesse social em torno da matéria era tamanho que se passou a dar publicidade às características pessoais dos Ministros julgadores, não apenas em relação às suas tendências de julgamento, nomes e experiência profissional,<sup>81</sup> mas, até mesmo quanto aos seus atributos físicos, vestimentas, personalidade e vida privada.<sup>82</sup>

Essa tendência tem sido crescente e voltou a se manifestar com forte impacto nos julgamentos atrelados à denominada “Operação Lava Jato”, que teve início em 2014, com a investigação de crimes tais como corrupção ativa e passiva (arts. 333 e 317, ambos do CP), gestão fraudulenta (art. 4º da Lei n. 7.492/1986), lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/1998), organização criminosa (Lei n. 12.850/2013), obstrução da Justiça (arts. 338 a 359 do CP) e operação fraudulenta de câmbio (art. 22 da Lei n. 7.492/1986), envolvendo integrantes dos principais partidos políticos e empresários nacionais.<sup>83</sup>

A ampla divulgação do caso pela mídia gerou – e ainda tem gerado – reações sociais robustas, com a polarização entre os que, em nome do combate à corrupção, demonizam os réus da “Lava Jato” e alçam a patamares heroicos julgadores e membros da acusação e, de outro lado, os que, sob a bandeira da defesa do devido processo legal, identificam máculas

---

<sup>81</sup> Em estudo sobre o tema, Bruno Araújo destaca excertos de matérias jornalísticas publicadas nas Revistas *Veja* e *Época*, dos quais podem-se transcrever os seguintes: “Na semana passada, os ministros começaram a julgar os réus acusados de formação de quadrilha. Pelo que se viu, essa etapa promete novas peripécias jurídicas do ministro Ricardo Lewandowski, que chegou ao STF no governo Lula por uma razão pitoresca — ter uma mãe muito amigo da então primeira-dama, Marisa Letícia. Lewandowski continuou demonstrando sua gratidão a Lula e ao PT por ter sido guindado a tão alto posto na hierarquia jurídica do país. (VEJA, 24/10/2012, 73).”; “Ayres Britto: O ex-amigo de Lula. Apesar de votos favoráveis ao governo e de ter sido petista, ele frustrou o ex-presidente (Época, 6/8/2012, p. 63).”; “Celso de Mello: O prestígio do decano. A voz do integrante mais antigo soa com especial autoridade nos momentos de crise (Época, 6/8/2012, p. 66).”; “Gilmar Mendes: Comedido, mas impressionado. O ministro tem fama de ser brando, mas se assustou com a natureza do mensalão (Época, 6/8/2012, p. 67)” (ARAÚJO, Bruno. *A Justiça no palco da mídia...* op. cit., p. 196 e 198).

<sup>82</sup> Excertos de matérias jornalísticas daquele período podem ser mencionados para exemplificar a personalização midiática dos Ministros do STF que participaram do julgamento do caso “Mensalão”, com destaques a trivialidades tais como: “(...) O ministro Joaquim Barbosa intercala um estilo de vida simples com hábitos sofisticados. Seu carro é um Honda Civic fabricado em 2004. É amante de música clássica, adora Zeca Pagodinho e prefere os ternos importados e, controlado, consegue economizar metade do que ganha (26.600 reais).” (In MARQUES, Hugo; DINIZ, Laura. O menino pobre que mudou o Brasil. *Revista Veja*. São Paulo: 10 out. 2012, p. 72); “(...) Na quinta-feira, ela [Min. Rosa Weber] fugiu do figurino preto-branco-bege que concorre com a colega Cármen Lúcia, num desfile de tirar o chapéu. Apareceu com um chiquíssimo tailleur marrom, com grandes botões, por cima de uma blusa verde”. (In GLOBO. Eles merecem ganhar tanto? *Revista Época*. Rio de Janeiro: 27 ago. 2012, p. 43).

<sup>83</sup> Cf. site oficial da “Operação Lava Jato”, desenvolvido pelo MPF: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em 08 dez. 2019.

e nulidades nas condenações e sustentam haver parcialidade dos julgadores em detrimento de determinados réus.<sup>84</sup>

A partir de tamanha espetacularização do julgamento, cidadãos dos mais diversos segmentos da sociedade, que outrora temiam a autoridade dos magistrados e dos Tribunais, passaram a se sentir mais próximos da figura pessoal de juízes e Ministros, sentindo-se confortáveis para criticá-los ou apoiá-los, adotando, para tanto, ora posturas ponderadas, ora atitudes extremadas em um sentido ou em outro: quer repudiando-os com agressividade, quer exaltando-os a patamares de heróis nacionais.

E não há destaque midiático apenas em relação aos casos de maior repercussão social. A publicidade das decisões, principalmente as do STF, chegou a um patamar muito vasto a partir da transmissão das sessões de julgamento ao vivo, em rede nacional de televisão. Em 2002, foi criada a “TV Justiça”, que possui o lado positivo da promoção da transparência, mas, também acentua a personificação dos magistrados (mormente os Ministros do STF) e expõe os conflitos e ataques pessoais muitas vezes havidos durante os debates na Corte. Portanto, a publicidade das decisões, que poderia ser satisfeita com a publicação dos atos em Diário Oficial, atingiu um patamar que, não obstante tenha sido idealizado com intenções nobres, tem gerado consequências críticas.<sup>85</sup>

Desse contexto emerge a necessidade de ponderação sobre os limites da atuação jurisdicional. Em verdade, enquanto julgadores, no exercício de seus cargos, os magistrados das mais diversas instâncias personificam institucionalmente o próprio Poder Judiciário. Por isso, sua conduta deve ser pautada por regras que lhes permitam desenvolver com ética sua

---

<sup>84</sup> Como exemplo, pode-se citar o ex-Juiz Federal Sergio Moro, que conduziu os principais julgamentos da “Operação Lava Jato” e foi alçado a patamar de herói nacional por grande parte da população brasileira, tornando-se símbolo de manifestações sociais contra a corrupção. Dentre os destaques da espetacularização envolvendo sua figura, uma grife lançou camisetas com os dizeres “In Moro we trust” (“em Moro nós confiamos”). Cf. <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/02/26/grife-lanca-camisa-com-frase-in-moro-we-trust-a-r-198.htm>>. Acesso em 09 dez. 2019. A glamourização em torno da figura do ex-magistrado, a teor do que já vinha ocorrendo com os Ministros do STF, chegou ao patamar de envolvimento público de sua família, com a divulgação de sua vida pessoal a tal nível que sua esposa foi capa de uma famosa revista feminina, seguida de entrevista na qual, dentre inúmeras perguntas, respondeu a questionamento sobre o assédio de fãs: “Pergunta: O assédio dos fãs fez a família alterar os hábitos? Resposta: O que queremos fazemos. No entanto, a gente se privou de coisas por causa do assédio. Embora as pessoas cheguem com carinho, às vezes eu falo: ‘Desculpem, não vou tirar fotos’. Se tem selfie com um, logo vem outro e outro. São poucos momentos em família. É preciso preservar a intimidade e curtir.” (SCHIBUOLA, Tatiana. Entrevista: quem é Rosângela Moro? *Revista Cláudia*. São Paulo: 02 mar. 2017. Disponível em: <<https://claudia.abril.com.br/noticias/entrevista-quem-e-rosangela-moro/>>. Acesso em 10 dez. 2019).

<sup>85</sup> A “TV Justiça” foi criada pela Lei n. 10.461/2002, que acrescentou a alínea “h” ao art. 23, I, da Lei n. 8.977/1995, que dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo, para incluir canal reservado ao STF.

atividade profissional, zelando por sua reputação e pelo bom nome da instituição a que servem, em prol do desenvolvimento do múnus de distribuir a Justiça e realizar o bem comum.<sup>86</sup>

Caso assim não se proceda, corre-se o risco de, gradativamente e em nível ascendente, emergir o fenômeno de perda da autoridade judicial que já vem se desenhando, acompanhado do temor dos julgadores quanto à repercussão de suas decisões perante a opinião pública. Invertem-se, assim, os papéis sociais: a sociedade, que deveria ter, perante o Poder Judiciário, respeito e solenidade, passa a controlar os deslindes decisórios quando a Magistratura se vê fragilizada a ponto de julgar com base nos anseios populares, inclusive com inclinações políticas.

Exemplo disso são as crescentes manifestações populares em que ora se exaltam as figuras de juízes específicos, considerados “heróis nacionais”, ora se rechaçam pessoal e nominalmente outros. Inclusive, diversas têm sido as manifestações em que se pede o “fechamento do STF”, especialmente quando o conteúdo de determinadas decisões desagradava a opinião pública.<sup>87</sup>

O papel da mídia assume relevo na configuração desse cenário distópico, em especial por ocupar a centralidade das articulações sociais e instituir modelos de comportamento que passam a ser demandados pela população e seguidos por quem, a despeito do exercício de cargo ou função pública, acaba por sucumbir perante as tentações da visibilidade e da fama, que trazem subjacente o desejo de manutenção da popularidade a qualquer custo.<sup>88</sup>

Daí porque a exposição exacerbada dos magistrados, em que pese possa ter, a depender do caso, relevo no contexto de promoção dos princípios constitucionais da

---

<sup>86</sup> Cf. LAZZARINI, Álvaro. *Magistratura: deontologia, função e poderes do juiz*. Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV, v.1, n.4, jul./ago. 2005, p. 120.

<sup>87</sup> De acordo com pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Política e Economia da Fundação Getúlio Vargas – Cepesp FVG, entre os anos de 2008 e 2019, cresceu significativamente o número de pessoas que acham justificável que o Presidente da República dissolva o STF quando o país está em crise. O crescimento foi verificado entre partidários de ideologias de esquerda, de centro e de direita, tendo sido muito maior em relação a estes últimos: (i) dentre os que se declaram de esquerda, 19% se posicionavam a favor do fechamento do STF em 2008, e cresceram para 35% em 2019; (ii) os declaradamente de direita, por seu turno, apoiavam esse tipo de medida em 15% no ano de 2008, passando, em 2019, a representar 52% dos partidários dessa ideologia. Fonte: Laptop/Cepesp FGV. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/06/10/apoio-a-fechar-congresso-e-stf-avanca-entre-a-direita-mostra-pesquisa.htm>>. Acesso em 10 jun. 2019.

<sup>88</sup> Cf. DIAS, Anielly Laena Azevedo. *O espetáculo midiático do acontecimento jurídico: a cobertura telegenérica sobre a operação Lava Jato*. Rizoma, Santa Cruz do Sul, v. 6, n. 2, dezembro, 2018, p. 112.

transparência e da publicidade, não pode ser levada ao extremo de espetacularização dos julgamentos e exaltação da figura pessoal dos julgadores, sob pena de se desvirtuar o caráter de isenção e de equidistância dos julgadores perante as partes processuais e os membros da sociedade – imperativos, estes, da distribuição equânime da Justiça.

E o mais grave ainda é a perda da autoridade do Poder Judiciário. É imperativo necessário do Estado de Direito a existência de um aparato de Justiça cujas decisões sejam respeitadas pelos cidadãos e pelos demais Poderes. Se o Judiciário perde sua respeitabilidade, sua autoridade se enfraquece e o próprio Estado de Direito corre o risco de ruir, visto que a mais importante instância de contenção de poder e de resguardo da ordem jurídica se vê fragilizada.

Por isso, o estudo dos limites da função jurisdicional não leva ao amesquinamento do Poder Judiciário, mas sim ao seu fortalecimento, visto que busca preservar sua autoridade institucional e a respeitabilidade de suas decisões.

## PRIMEIRA SÍNTESE CONCLUSIVA

A análise dos limites constitucionais da função jurisdicional demanda justificação temática. Não há motivo para se estudar determinada matéria se ao fruto da pesquisa não se puder dar aplicabilidade prática ou contribuição científica. Daí porque se escolheu atribuir à primeira parte do presente trabalho a contextualização do cenário de protagonismo do Poder Judiciário que tem se manifestado na sociedade brasileira.

A lógica do princípio da separação de poderes demanda que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário sejam independentes e harmônicos entre si. O sobressalto de um em relação aos demais gera crises e riscos à manutenção da ordem constitucional.

Evidenciou-se, a partir do que se expôs até o momento, que houve, durante o período da Ditadura Militar pós-1964, uma proeminência do Executivo sobre os demais poderes. Instalou-se, pois, à época, um desequilíbrio crítico sobre a balança institucional do Estado.

A escolha, ao cabo da Ditadura, de concessão de anistia aos que cometeram crimes políticos e correlatos durante aquele período, foi importante para a redemocratização do país, por propiciar, à época, a pacificação social, mas arraigou sentimento de impunidade no seio social – principalmente em relação às atrocidades e massivas violações de direitos humanos realizadas pelo Regime Militar.

Os períodos que se seguiram, abarcando a sucessão de diversos Presidentes da República, também foram marcados por crises e situações caóticas, tais como o processo de *impeachment* do primeiro Presidente democraticamente eleito após a redemocratização, o envolvimento de outros Chefes de Estado em escândalos de corrupção, e o impedimento de mais uma Presidente eleita em um passado muito recente. O mesmo se diga em relação a ocupantes do Legislativo, muitas vezes envolvidos em situações do mesmo jaez e cuja ineficiência legiferante tem se manifestado de forma cada vez mais temerária.

Com o advento da CRFB-88, houve a positivação de uma imensa gama de direitos e garantias, em consonância com o fenômeno de constitucionalização abrangente que costuma ser marcante após a derrocada de ditaduras e de períodos totalitários. Optou-se,

então, pela prescrição analítica de grande gama de matérias, alçando-as a nível constitucional. Mas sua concretude e efetividade demandam a atuação positiva dos demais Poderes do Estado, especialmente aqueles que são instâncias políticas por excelência: o Legislativo e o Executivo.

Os direitos individuais que demandam prestações estatais assumem, potencialmente, *status* de pretensões jurídicas, podendo ser demandados pela via das ações judiciais.<sup>89</sup>

Portanto, o contexto político de crise, atrelado ao fenômeno da judicialização crescente, acabaram por conduzir à proeminência do Poder Judiciário, como último baluarte da população, que busca a moralização do Estado e a obtenção de Justiça.

Porém, com a espetacularização de julgamentos envolvendo casos de imenso interesse social, passou-se a dar destaque na mídia não apenas à propagação de informações técnicas de cunho jurídico, mas também a assuntos relacionados à individualidade dos julgadores. A ideia de magistrados temidos e de alta respeitabilidade passou a ser substituída por uma proximidade maior entre a população e os juízes.

Tal aproximação tem ocorrido em razão da divulgação pela imprensa e também, atualmente, em larga escala, pelas redes sociais da *Internet*, de características pessoais dos julgadores: não apenas seus nomes, como também suas fotografias, atributos físicos, gostos pessoais e contexto familiar. E os próprios magistrados, em diversas ocasiões, acabam por se encantar pela fama alcançada em casos de repercussão pública, passando a conceder entrevistas, a proferir palestras e, até mesmo, a participar de eventos que outrora eram reservados a celebridades e a políticos.

Subjacente à fama, parece surgir o desejo de manutenção do apoio e da adoração popular, o que não raro interfere na forma como são pautados os julgamentos e tomadas as decisões. Nota-se a ingerência de pressões populares e políticas sobre a atividade jurisdicional, desvirtuando-se as regras de conduta que devem pautar a atuação dos magistrados.

---

<sup>89</sup> Se a Constituição, por exemplo, assegura o acesso ao ensino fundamental, à saúde ou ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é possível exigir tais direitos pela via judicial, o que conduz o Judiciário a apreciar, à luz de casos concretos, políticas públicas afetas a essas matérias.



Por personificarem o próprio Poder Judiciário, não podem os juízes individualmente considerados exceder, quer no exercício da atividade jurisdicional, quer no afã de promoção pessoal, os limites da função que lhes é constitucionalmente reservada, sob pena de agravamento da crise institucional do país e grave ruptura da estabilidade constitucional.

Porém, também não podem ser tolhidos a ponto de perder sua autonomia e independência e, principalmente, para que não percam sua autoridade institucional, sob pena de ocorrer o massivo e temerário desrespeito às decisões judiciais, com consequências sociais desastrosas.



## PARTE 2

### O PODER JUDICIÁRIO E A APLICAÇÃO DO DIREITO

*Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou juris-“dição” (“declaração” do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto.*

(KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 255-6).

*A primeira etapa para a verificação dos limites da função jurisdicional é a delimitação teórica de suas atividades típicas.*

*Para tanto, o ponto de partida é a compreensão de que o Judiciário é, eminentemente, instância de interpretação da lei e de aplicação do Direito aos casos que lhe são submetidos. Ao assim proceder, não atua como parte e, portanto, possui a equidistância necessária para agir de acordo, tão somente, com a ordem jurídica – diferentemente do Executivo, que, não obstante também aplique a lei, muitas vezes mantém relação de cooperação ou de conflito com os administrados.*

*A delimitação do tema deve ser feita à luz do sistema brasileiro de tradição romanística (“civil law”), em que a jurisprudência é um vetor de interpretação do direito, mas não opera como fonte de criação normativa.*

*Qualquer viés de criação do Direito deve ser analisado com cautela, dado que processos criativos dificilmente se dissociam de valorações morais. E quando o moralismo se insere nos pronunciamentos judiciais, coloca-se em risco não apenas a garantia de isenção e de isonomia, como também fica abalada a segurança jurídica, dadas as variantes morais que se verificam no posicionamento dos mais diversos julgadores.*

*Esse contexto surge, no mais das vezes, da tendência de interpretação de princípios constitucionais de forma ampliativa, abarcando situações para as quais não há regramento em lei. Emerge, assim, o fenômeno do ativismo judicial.*

*Como consequência, verificam-se reações sociais e institucionais ao protagonismo ativista do Judiciário, com risco de perda da autoridade das decisões e consequente enfraquecimento desse Poder, instalando-se cenário que tende ao caos e à desestabilização do Estado de Direito.*

## 2.1. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A atividade interpretativa é, por excelência, a expressão do modo como o Poder Judiciário se manifesta, mediante a aplicação da lei ao caso concreto com força de definitividade.

As normas jurídicas são dotadas de generalidade e abstração. Veiculam regras ou princípios que, ao se subsumirem a fatos do mundo fenomênico, ganham concretude e especificidade. Quem descobre e fixa o sentido das normas é um agente executor, a quem incumbe perquirir a relação entre o texto abstrato e o caso concreto, ou seja, entre o preceito jurídico e o fato social. Quando se extrai da norma o seu conteúdo e alcance, mediante a determinação de seu sentido, opera-se o fenômeno da *interpretação*.

Para bem atingir seu escopo, existem técnicas interpretativas orientadas por regras e princípios próprios da teoria científica denominada *hermenêutica jurídica*. Daí dizer-se que a interpretação nada mais é do que decorrência da aplicação da hermenêutica, regendo-se pelos postulados por esta fixados. Nos dizeres de Carlos Maximiliano, a “Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”.<sup>90</sup>

Isso significa que o objeto da hermenêutica é, exclusivamente, a lei<sup>91</sup>, enquanto a interpretação possui como objetos o Direito e o fato. Aquela é, pois, a teoria que embasa a atividade interpretativa.

A operação realizada pelo intérprete demanda exercício trifásico. Inicialmente, deve-se analisar o *quaestio juris* em seu sentido estrito, ou seja, a norma em sua essência, abarcando seu conteúdo e alcance. Após, é necessário o exame do *quaestio facti*, a significar o caso concreto e suas circunstâncias. Por fim, impõe-se a adaptação da norma à hipótese em exame.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

<sup>91</sup> O vocábulo “lei” é, neste capítulo, empregado em sentido amplo, a abranger não apenas a lei em sentido formal e estrito, editada pelo legislador mediante o devido processo legislativo, consubstanciando-se em lei ordinária, complementar ou delegada, mas todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, incluindo, desde o topo, a Constituição Federal e a completa extensão de atos normativos que lhe são hierarquicamente inferiores. Tratam-se, pois, das leis em sentido amplo, conforme preconiza o princípio da juridicidade.

<sup>92</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação...* op. cit., p. 6.

O fato, enquanto *quaestio facti*, é aferido em sua amplitude de forma inicialmente isolada, levando-se em consideração o ambiente social onde se formou e, após, em dimensão jurídica, por meio da análise probatória que conduza à real aferição de sua ocorrência, delimitação e exatos contornos.<sup>93</sup>

A adaptação da norma ao fato, por seu turno – ou seja, a aferição da subsunção – pressupõe quatro etapas. A primeira é a crítica, ou seja, a apuração da autenticidade e da constitucionalidade da norma. A segunda é a interpretação propriamente dita, que permite estimar o sentido e o alcance do texto normativo. A terceira é o suprimento de eventuais lacunas, socorrendo-se o exegeta, para tanto, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (LINDB, art. 4º). Por fim, há a aferição da vigência da norma no espaço e no tempo.<sup>94</sup>

Portanto, é possível verificar que a interpretação não se restringe aos casos em que a linguagem da norma é dúbia ou imprecisa. Em verdade, traduz imperativo necessário para todas as hipóteses de aplicação da lei, transcendendo a simples compreensão dos textos normativos e dos fatos. Não é atividade meramente declaratória, mas sim constitutiva de uma solução para os inúmeros episódios que demandam socorro jurídico. Funda, pois, uma “norma de decisão” que é expressa no pronunciamento judicial (sentença, acórdão ou decisão interlocutória).<sup>95</sup>

Daí concluir-se que o antigo brocardo *in claris cessat interpretatio*, por muitos invocado, está em descompasso com as exigências da hermenêutica contemporânea. Ao contrário do que comumente se imagina, tal adágio em latim não possui origem romana, mas medieval, tendo surgido como reação à sutileza dos glosadores, visando a clareza do direito.<sup>96</sup> Em Roma, Ulpiano, em época de grande instabilidade econômica, preconizou que o edito do pretor, apesar de claro em seus termos, deveria ser interpretado para se adaptar às novas condições sociais do Império. Ou seja: mesmo as leis claras demandam interpretação,

---

<sup>93</sup> No âmbito do processo, a atividade instrutória admite o depoimento das partes, a oitiva de testemunhas e todo o cabedal de meios de prova com validade jurídica, levando-se em consideração, ainda, as presunções legais, que podem ser absolutas (*jure et de jure*) ou relativas (*juris tantum*).

<sup>94</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação...* op. cit., p. 7.

<sup>95</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 11.

<sup>96</sup> Cf. SILVEIRA, Alípio. O “*in claris cessat interpretatio*” e seu declínio. In *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1968, p. 41.

para se garantir que o preceito legislativo exprima os anseios jurídicos de sua época e se mantenha perene e válido mesmo com o passar do tempo.<sup>97</sup>

O juiz sempre realiza o processo decisório em meio a uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, e deve levar em consideração o direito como um todo, enquanto sistema, e não apenas determinado texto normativo. Trata-se da ideia clássica de que não se interpreta o direito em tiras (aos pedaços), mas sempre através do percurso que se projeta partindo do enunciado a ser subsumido ao fato, até alcançar a Constituição.<sup>98</sup>

### 2.1.1. Subsunção mecânica ou atividade criativa?

O Direito, enquanto ordem normativa da conduta humana, é integrado por um sistema prescritivo que estabelece algo que *deve ser*, ou seja, como o ser humano deve se conduzir na vida em sociedade.<sup>99</sup> Além de regular o agir dos indivíduos, também estabelece as diretrizes de atuação das próprias instituições estatais, de modo que a CRFB-88 bem delinea os dois âmbitos de incidência do princípio da legalidade: aos particulares, não se pode obrigar a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei<sup>100</sup>, a significar que é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe; ao Poder Público, porém, só é permitido fazer o que a lei autoriza, inexistindo campo de liberdade para a vontade pessoal dos agentes estatais.<sup>101</sup>

Nesse contexto sistêmico, é possível identificar escalões superiores e inferiores da ordem jurídica, que estabelecem relações de determinação e de vinculação entre si. Assim, a norma de escalão superior – que, em seu ápice, é a Constituição Federal – regula a produção e os limites do ato de escalão inferior – a exemplo das leis e demais atos normativos infraconstitucionais.<sup>102</sup> Mas a vinculação e a determinação não são, a princípio, completas,

<sup>97</sup> Cf. CARREIRO, C. H. Porto. A prática do direito. In *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 224.

<sup>98</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso...* op. cit., pp. 42-44.

<sup>99</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito...* op. cit., p. 4.

<sup>100</sup> CRFB-88, art. 5º, II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

<sup>101</sup> Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro...* op. cit., p. 89.

<sup>102</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito...* op. cit., p. 364.

dada a impossibilidade de se prever em abstrato todas as possíveis hipóteses de incidência das normas sobre as situações fáticas da vida cotidiana.

A indeterminação do ato de aplicação do Direito pode ser tanto intencional, quanto não intencional. No primeiro caso, pode o legislador prever uma norma geral com abertura de espectro para a produção, no caso concreto, de uma norma individual – esta, em posição escalonada hierarquicamente inferior àquela. São as hipóteses em que se estabelece uma moldura de possibilidades dentro da qual o aplicador da lei pode agir com discricionariedade, à luz de razões de conveniência e de oportunidade, a exemplo da gradação de sanções dentro das balizas legais (limites máximos e mínimos de penas, possibilidade de aplicação alternativa de pena privativa de liberdade ou multa, dentre outros)<sup>103</sup>.

A indeterminação não intencional do ato de aplicação do Direito, por seu tuno, pode decorrer da pluralidade de significados das palavras contidas na norma (sentido verbal não unívoco), da discrepância entre a vontade do produtor da norma e o conteúdo nela expresso, ou da aparente contradição entre duas ou mais normas que pretendem valer simultaneamente sobre uma determinada matéria.<sup>104</sup>

Diante de tais indeterminações, cabe ao intérprete, ao aplicar a lei<sup>105</sup> ao caso concreto, produzir uma norma individual que preencha a moldura da norma geral. A atividade legislativa propriamente dita está vinculada aos limites da constitucionalidade. Já a atividade jurisdicional possui um grau de vinculação ainda maior: não apenas à Constituição, mas a todas as leis e atos normativos produzidos pelas instituições legiferantes. Por isso, diante de um campo de indeterminação do texto constitucional, possui o legislador maior gama de possibilidades criativas – dentro das balizas da Constituição – do que o

---

<sup>103</sup> Exemplificativamente, diversos são os dispositivos de leis sancionadoras, tais como: Código Penal, “Art. 121. Matar alguém. Pena – reclusão, de seis a vinte anos”. Nesse caso, pode o magistrado, de acordo com as regras de dosimetria da sanção penal, aplicá-la conforme as balizas traçadas pelo legislador. Também se pode citar, a teor do que se vê, a LIA (Lei n. 8.429/1992), em seu art. 12, que prevê a possibilidade de aplicação de sanções, de forma isolada ou cumulativa, a quem praticar atos de improbidade administrativa, nas modalidades de enriquecimento ilícito, lesão patrimonial ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...)”.

<sup>104</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito...* op. cit., p. 364-5.

<sup>105</sup> O termo “lei” é aqui utilizado no sentido de *norma*, no contexto de legalidade em sentido amplo, a abarcar todos os atos normativos que compõem o ordenamento jurídico, desde a Constituição Federal até os atos infraconstitucionais de menor hierarquia.



Judiciário, cuja atividade criativa se restringe à produção da norma individual de decisão, ou seja, o comando aplicado no caso concreto submetido à Corte por meio do processo.

No âmbito específico da jurisdição, em que pese haja vozes do positivismo exacerbado que defendam existir apenas vinculação da atividade judicante à lei<sup>106</sup>, não se pode negar que até mesmo Hans Kelsen consigna ser inerente à aplicação normativa o exercício de atividade discricionária. Ao discorrer sobre a relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, esclarece como se opera esse raciocínio:

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula (...) o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; (...).

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) do ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, para maior ou menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, sequer podia prever.<sup>107</sup>

Na mesma esteira, Jellinek afirma que apesar de, a princípio, parecer que o juiz não possui potencial criativo, esta concepção, se levada ao extremo, induziria à conclusão de que toda decisão judicial decorreria de processo mecânico de aplicação da lei e, portanto, a toda contenda jurídica já haveria, de antemão, uma certeza sobre a solução. Mas tanto isso não ocorre que existem contradições entre as decisões judiciais. E essas divergências interpretativas fazem com que a função jurisdicional contribua para a evolução do Direito.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> Exemplo desse pensamento é encarnado por Michel Stassinopoulos, reproduzido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos seguintes termos: “Stassinopoulos nega possa haver discricionarietà na função jurisdicional; nesta existe apenas trabalho de interpretação, ou seja, de busca da única solução possível perante o direito. Para ele, muitas soluções possíveis ou uma livre escolha entre elas são dois elementos incompatíveis com a noção rígida de coisa julgada; a solução a que o juiz chega é única: é a mesma que o legislador teria adotado” (In *Discricionarietà técnica e discricionarietà administrativa*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte: Fórum, 17:75-96, abr./jun. 2007, p. 73).

<sup>107</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito...* op. cit., p. 364.

<sup>108</sup> “A primera vista parece que la actividad libre no podrá atribuirse al juez, cuyo problema esencial consiste em concretar el derecho mediante la decisión de un caso particular. Pero esta concepción equivaldría a desconocer la naturaleza de la actividad espiritual. Si la decisión judicial fuera la aplicación mecánica del derecho, se podría predecir con toda certeza cuál habría de ser la solución de toda contienda jurídica, y no se podría concebir una contradicción em las decisiones judiciales. Mas existe em la decisión judicial un elemento

Portanto, a cada nova aplicação da lei, ou utilização de precedentes jurisprudenciais, pode-se identificar atividade criativa do julgador, visto que, inegavelmente, este está a produzir o conteúdo prescritivo que serve para a solução do caso concreto que lhe foi apresentado. Não há mecanicidade pura, mas exercício cognoscitivo do julgador que pode assumir nuances inovadoras a depender do tempo, do lugar e do modo de sua produção.

Não fosse assim, o juiz seria mero autômato, facilmente substituível por máquinas ou por sistemas robotizados. A relevância de sua função reside, pois, em sua humanidade e em seu potencial criativo. Mas a problemática surge quanto aos limites dessa criatividade.

### 2.1.2. Precedentes e *stare decisis*

O precedente judicial pode ser conceituado como “um caso julgado, ou decisão de um Tribunal, considerado como exemplo ou argumento de autoridade para um caso idêntico ou similar que lhe seja posterior, ou para uma questão similar de Direito”.<sup>109</sup>

No Brasil, a observância aos precedentes e, em especial, às súmulas vinculantes, visa dar segurança jurídica a partir da uniformização da interpretação, mas não atua como fonte criadora primária do Direito, visto que, não obstante o poder limitado de criação normativa das decisões judiciais, delas não se extrai a capacidade expansiva de regular comportamentos (tal como sucede com a lei ou com o contrato).<sup>110</sup>

---

creador que no se puede determinar por reglas, pues un principio de derecho sólo puede ser plenamente desarrollado mediante las decisiones judiciales, y sólo mediante ellas puede ser conocido todo el alcance de su significación. Si, pues, el juez mismo contribuye a la evolución del derecho, es indispensable al juez moderno un círculo de actividad libre, determinado por la ley, análogo, desde el punto de vista del contenido, al que hemos observado en la administración, quedando, por tanto, obligado a obrar conforme el momento de la iniciativa, que es tan propio del gobierno. El juez sólo puede declarar el derecho en vista de una solicitud exterior a él” (JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. para o espanhol de Fernando de Los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 547).

<sup>109</sup> Definição contida em BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6. ed. Minnesota: West Publishing Co, 1991, p. 814. Tradução livre, a partir do texto original em inglês: “A ‘precedent’ is an adjudged case or decision of a court, considered as furnishing an example or authority for na identical or similar case afterwards arising or a similar question of law”.

<sup>110</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104-5.

Oportunos, quanto a isso, os ensinamentos do juiz inglês Lord Radcliffe acerca da aplicação do sistema de precedentes judiciais (*common law*) – sem prejuízo de, nesse ponto, poder-se utilizar a mesma lógica para analisar o sistema de direito legislado (*statutory law*):

(...) o juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom o inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Nesse sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação.<sup>111</sup>

O princípio *stare decisis et non quieta movere*, comumente referido de forma simplificada como *stare decisis*, impõe ao juiz seguir os precedentes estabelecidos pelas instâncias superiores (uma Corte superior não se vincula a precedentes de instâncias que a ela sejam inferiores, mesmo em relação a casos envolvendo fatos idênticos). Tal principiologia se coaduna precipuamente com o *common law*, como forma de proporcionar estabilidade e segurança jurídica ao sistema, dada a ausência ou escassez de legislação positivada.

No sistema *civil law*, por outro lado, a lei já é instrumento necessário tanto para regular a sociedade, quanto para garantir a imperativa segurança para a aplicação do Direito. Por isso, diferentemente do *common law*, não há a necessidade premente de vinculação a precedentes judiciais.

Porém, instrumentos como as súmulas – tanto as persuasivas, como as vinculantes –, os julgamentos de repercussão geral, os julgamentos de demandas repetitivas para fins de uniformização da jurisprudência, e a própria jurisprudência<sup>112</sup> em si considerada, servem

<sup>111</sup> RADCLIFFE, Cyril John. *Not in feather beds: some collected papers*. Londres: H. Hamilton, 1968, p. 271, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 23.

<sup>112</sup> Acerca do conceito de jurisprudência, oportuna a definição de De Plácido e Silva: “Extensivamente assim se diz para designar o conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto ou a coleção de decisões de um tribunal”. Ainda sobre o tema, o autor anota: “(...) Desse modo, a jurisprudência não se forma isoladamente, isto é, pelas decisões isoladas. É necessário que se firme por sucessivas e uniformes decisões, constituindo-se em fonte criadora do Direito e produzindo um verdadeiro *jus novum*. É necessário que, pelo *hábito*, a interpretação e explicação das leis venham a se formar. Os romanos sempre a consideraram como a fonte do Direito, designando-a como *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatorum*, embora Justiniano aconselhasse que não se lhe desse uma autoridade exagerada, *cum non exemplis sed legibus judicandum sit*. Aliás, é firmado hoje que a jurisprudência somente obriga a espécie julgada, não sendo, propriamente, fonte do Direito” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico...* op. cit., p. 809).

como norte para a estabilização da interpretação dos Tribunais acerca dos mais variados temas. Reitere-se: são nortes interpretativos, mas não são fonte de criação originária do Direito em nosso sistema.

Na parte introdutória do presente estudo, ao se estabelecer a distinção entre os regimes jurídicos em apreço (*common law* e *civil law*), já se pôde analisar no que diferem as fontes do Direito para cada modelo. Repita-se, portanto, o que já se apontou naquele momento: no sistema de base romanística, a lei precede a decisão judicial e o conteúdo decisório decorre da aplicação da norma ao caso concreto, por meio da atividade interpretativa.

Considerando-se, assim, que a atividade jurisdicional demanda o cumprimento da Constituição e das leis – ou o afastamento da aplicação das leis que sejam inconstitucionais –, não se pode dizer que os precedentes sejam efetivos limitadores da atividade jurisdicional, ou que se aplique ao nosso sistema o princípio *stare decisis*.

A explicação é a seguinte: em que pese seja *oportuno* buscar a uniformidade da interpretação das leis, por imperativo de segurança jurídica, o sistema normativo vigente não impõe aos magistrados a vinculação ao *stare decisis*, fazendo-os adstritos, apenas, ao cumprimento dos ditames da Constituição e das leis que com ela sejam compatíveis.

Diferentemente do que vige nos modelos de tradição *common law*, em que os precedentes produzidos pelas instâncias superiores são vinculantes em relação às instâncias inferiores (*binding precedents*), nosso sistema não opera de maneira idêntica.

Não se pode negar que a sistemática processual tem se direcionado a instar o Judiciário, cada vez mais, à uniformidade de interpretações jurídicas. Exemplo disso é a previsão, no CPC-15, da hipótese de ausência de fundamentação das decisões que não sigam enunciados de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a distinção no caso em julgamento, ou a superação do entendimento<sup>113</sup>.

A norma, em um primeiro momento, visa estimular o julgador a se orientar de acordo com os precedentes existentes. Todavia, a parte final do dispositivo abre margem para que o juiz deixe de segui-los, desde que fundamente sua decisão, justificando o motivo

---

<sup>113</sup> CPC-15, “Art. 489, §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

por que não se aplicam ao caso concreto, ou demonstrando que aquele entendimento foi superado – ou deve ser superado.

Em um sistema rígido de *stare decisis*, não há essa margem aos juízes em face das decisões dos Tribunais de graus de jurisdição superior. Apenas o Tribunal do qual emanou o precedente, ou instância que lhe seja mais elevada, podem alterá-lo ou deixá-lo.

Mas problema maior, no atual sistema processual civil brasileiro, surge com a indevida tentativa de aproximação do modelo *common law* por meio do disposto no art. 927 do CPC-15, *in verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Os incisos I e II do dispositivo transcrito decorrem do próprio texto constitucional e, por isso, sequer precisariam constar do diploma processual. O STF é o guardião da Constituição<sup>114</sup> e, como tal, as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade afetam o âmago do ordenamento jurídico: uma lei declarada inconstitucional é expurgada do mundo normativo.<sup>115</sup> No mesmo sentido, as súmulas vinculantes também têm previsão constitucional expressa e devem ser obrigatoriamente observadas por todos os órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> CRFB-88, “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

<sup>115</sup> Ressalvada a possibilidade de modulação de efeitos prevista na Lei n. 9.868/1999, “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, 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”.

<sup>116</sup> CRFB-88, “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

Mas a Constituição não obriga o Judiciário à observância dos conteúdos decisórios enunciados nos incisos III a V do artigo em questão. Em verdade, a Constituição sequer autoriza que o Judiciário legisle ou produza conteúdo decisório rigidamente impositivo à atuação jurisdicional, exceto nas mencionadas hipóteses de controle de constitucionalidade e de súmulas vinculantes.

Portanto, previsão legislativa nesse sentido viola o princípio da separação de Poderes, visto que interfere na abrangência da função jurisdicional, inovando a ordem jurídica em matéria que é reservada à disciplina constitucional. Não pode o legislador impor a forma de agir de qualquer dos Poderes do Estado sem que a Constituição o tenha feito de antemão. Diante de eventual conteúdo mandamental de ordem constitucional, pode – e, no mais das vezes, deve – o legislador discipliná-lo, com vistas a lhe dar concretude e aplicabilidade. Mas não é essa a situação da norma ora analisada. As hipóteses previstas nos incisos III a V, do art. 927, do CPC-15, visivelmente extrapolam os limites constitucionais sobre a matéria.

E o mesmo motivo explica o porquê de sequer ser válida a eventual invocação de princípios como segurança jurídica ou celeridade dos processos judiciais<sup>117</sup> para justificar esse tipo de previsão normativa, visto que o cumprimento de ditames principiológicos não autoriza que o legislador regule matéria de competência exclusivamente constitucional.

Nesse sentido, é coerente o posicionamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery acerca do tema. Oportuna a transcrição de elucidativo excerto de seu pensamento acerca do dispositivo legal em análise (art. 927 do CPC-15):

O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. (...). Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer *função típica* do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. (...) O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação da CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. (...) Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> CRFB-88, “Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

<sup>118</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1837.

A partir dessa reflexão, já se torna possível estabelecer a orientação básica sobre os limites da função jurisdicional, qual seja: a vinculação estrita tão somente à Constituição.

Independentemente da tradição de modelo jurídico existente – quer *civil law*, quer *common law* –, a disciplina prevista no texto constitucional é sempre o norte e o imperativo intransponível para a atuação do Poder Judiciário.

Por isso, mesmo em relação às súmulas vinculantes do STF – instituto próximo aos *binding precedents* do *common law* –, sua observância é obrigatória por todos os órgãos jurisdicionais em decorrência de previsão constitucional expressa nesse sentido. O próximo subitem do trabalho é dedicado ao estudo desse tópico.

### ***2.1.2.1. As súmulas vinculantes***

Em um sentido geral, súmulas podem ser definidas como enunciados que sintetizam o entendimento consolidado de um Tribunal ou de órgão fracionário acerca de determinado tema.<sup>119</sup> Victor Nunes Leal, que as idealizou, destacava seu objetivo de buscar um meio-termo ideal para a estabilidade da jurisprudência, estando entre a dureza dos assentos e a inoperância dos prejudgados.<sup>120</sup>

As súmulas comuns podem ser denominadas de *persuasivas* em razão de seu caráter indutor, mas não obrigatório, para a convicção do julgador.<sup>121</sup> As súmulas *vinculantes*, por seu turno, possuem previsão constitucional expressa (art. 103-A da CRFB-88)<sup>122</sup> que delimita suas especificidades.

<sup>119</sup> Cf. DANTAS, Bruno. *Súmula vinculante: O STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45 n. 179, jul./set., 2008, p. 181.

<sup>120</sup> Cf. LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do STF*. In Revista de Direito Administrativo. n. 145. jul./set. 1981, p. 2.

<sup>121</sup> Súmulas persuasivas consistem em enunciados destinados a “influir na convicção do julgador, convidando-o ou introduzindo-o a perfilhar o entendimento assentado, seja pelo fato de aí se conter o extrato do entendimento prevalecente, seja pela virtual inutilidade de resistência, já que o Tribunal ad quem tenderá, naturalmente, a prestigiar sua própria súmula, quando instado a decidir recurso que sustente tese diversa” (MANCUSO, Rodolfo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 377).

<sup>122</sup> Nesse sentido é a exata previsão constitucional sobre a matéria: CRFB-88, “Art. 103-A, §1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia

Eis, portanto, os principais traços distintivos: (i) as súmulas persuasivas podem versar sobre qualquer tipo de questão jurídica que tenha sido consolidada pelo Tribunal ou pelo órgão fracionário que editar seu enunciado; as vinculantes, porém, possuem contornos melhor delimitados, destinando-se, nos termos do art. 103-A, §1º, da CRFB-88, a promover a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, sobre as quais exista controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos acerca de idêntica questão; (ii) as persuasivas podem ser aprovadas, alteradas ou canceladas por maioria absoluta dos Ministros do STF, em deliberação em Plenário, nos termos do art. 102, §1º, do RISTF<sup>123</sup>; já as vinculantes necessitam de aprovação de ao menos dois terços dos membros do STF, consoante prevê o *caput* do art. 103-A, da CRFB-88; (iii) a desobediência ao enunciado de súmulas vinculantes possui previsão constitucional expressa de cabimento de reclamação ao STF.<sup>124</sup>

Pois bem. Em que pese o entendimento divergente, não coadunamos com o posicionamento de que as súmulas vinculantes sejam hipótese de exercício legislativo pelo Poder Judiciário.<sup>125</sup> Apesar de, inegavelmente, a obrigatoriedade que veiculam ser muito próxima, em termos de eficácia jurídica e social, da própria norma legal, as súmulas diferem das leis tanto em sentido formal, quando em sentido material: não são produzidas por meio do devido processo legislativo e não possuem o mesmo *status* hierárquico das leis, visto que sempre atuam em nível inferior ao que se manifesta o exercício da função legislativa.<sup>126</sup>

À semelhança da jurisprudência como um todo, as súmulas traduzem mero entendimento do Tribunal sobre o conteúdo de normas (legais ou constitucionais). São,

---

atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

<sup>123</sup> RISTF, “Art. 102, §1º. A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta”.

<sup>124</sup> CRFB-88, “Art. 103-A, §3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

<sup>125</sup> Quanto a isso, divergimos dos citados autores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que entendem que a edição de enunciados de súmulas vinculantes consiste em ato de produção equivalente à legislativa pelo Poder Judiciário: “Trata-se de comando que considera esses preceitos como *abstratos* e de *caráter geral*, vale dizer, com as mesmas características da lei. Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da *Súmula Vinculante do STF*, para o qual a autorização está presente na CF 103-A. Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência para estabelecer preceitos de ordem geral” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil...* op. cit., p. 1837).

<sup>126</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...* op. cit., p. 297.



portanto, vetores de interpretação, mas não de criação do direito. A especificidade das súmulas vinculantes é o seu efeito de observância obrigatória por todas as instâncias do Poder Judiciário e pela Administração Pública.

Mas as súmulas jamais podem promover inovação originária na ordem jurídica. Elas decorrem da prévia existência de lei ou de preceito constitucional acerca da matéria que enunciam. O que vincula é, pois, o norte interpretativo, não se podendo estabelecer divergência na aplicação do Direito nessas hipóteses – exceto pelo próprio STF, que pode alterar o entendimento, rever ou cancelar a súmula vinculante, inclusive mediante provocação dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.<sup>127</sup>

Merece destaque, quanto ao tema, um exemplo de enunciado cuja constitucionalidade é questionável: a súmula vinculante n. 13, que dispõe sobre o *nepotismo*, nos seguintes termos:

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

Tal entendimento foi fruto de precedentes julgados pelo STF acerca do tema, nos quais a Corte invocou argumentos de ordem amplamente principiológica para chegar à conclusão enunciada. Em verdade, inexistente norma legal ou constitucional expressa que preveja com amplitude e exatidão os contornos da vedação ao nepotismo, existindo apenas preceitos esparsos que disciplinam o tema perante determinados órgãos, instituições públicas ou classes de servidores.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> CRFB-88, “Art. 103-A, §2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”.

<sup>128</sup> Citem-se os seguintes preceitos legais: Lei nº 8.112/90, Art. 117. “Ao servidor público é proibido: (...) VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau civil”; Lei nº 9.421/96, Art. 10. “No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade”; Lei nº 9.953/00, Art. 22. “No âmbito do Ministério Público da União é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 13, de cônjuge, companheiro, ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros, salvo a de servidor ocupante

Os fundamentos constitucionais arrolados pelo STF correspondem, basicamente, aos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade, da eficiência e da igualdade. Mas o conteúdo desses vetores de conduta é inegavelmente vago, sendo necessária ao intérprete a sistematização de seu conteúdo jurídico.

Ocorre que, no específico caso em análise, pode-se dizer que a aferição do conteúdo normativo de tais princípios se deu sem sistematização metodológica acurada, valendo-se os julgadores de referências a valores vigentes na sociedade ou em seus próprios inconscientes.

Ao julgar o RE 579.951-RN, que versava sobre a nomeação do irmão de um vereador para o cargo comissionado de secretário municipal de saúde, e do irmão do vice-prefeito do município de Água Nova (RN) para o cargo de motorista municipal, o STF concluiu pela ocorrência de nepotismo em relação a esta última nomeação (motorista), e pela inoocorrência quanto à primeira, na qual o agente foi nomeado para cargo no Poder Executivo municipal, e não no Legislativo, do qual seu irmão é integrante.<sup>129</sup>

Do voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, pode-se destacar o seguinte:

(...) Além de ofensiva à moralidade administrativa, a nomeação de parentes para cargos e funções que não exigem concurso público, como já se viu acima, fere o princípio da impessoalidade e, por extensão, o basilar princípio da isonomia, porque prevalece o nefasto “QI”, o popular “quem indica” (...). E, no mais das vezes, a nomeação de parentes, dada absoluta incompetência destes para o trabalho e o seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem, vulnera também o princípio da eficiência, introduzido pelo constituinte derivado no *caput* do art. 37 da Carta Magna (...).<sup>130</sup>

Note-se que, além da invocação dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia, foi feita referência à potencial lesão ao princípio da eficiência em razão da presunção de que os parentes nomeados em cargos comissionados seriam completamente

---

de cargo de provimento efetivo da Carreira de Apoio Técnico-Administrativo, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao membro determinante da incompatibilidade”; Resolução 246/2002 do STF, alterada pela Resolução 249/2003 do STF, Art. 7º. “É vedado ao servidor do Supremo Tribunal Federal: I – usar cargo ou função, facilidades, amizades, tempo, posição e influências para obter favorecimento para si ou para outrem; (...) XVIII – manter sob sua subordinação hierárquica cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o 3º grau”; Regimento Interno do STF, Art. 355, §7º. “Salvo se funcionário efetivo do Tribunal, não poderá ser nomeado para cargo em Comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge ou parente (art. 330 a 336 do Código Civil), em linha reta ou colateral, até terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade” (no CC/02, os arts. 330 a 336 do CC/16 encontram correlação nos atuais arts. 1.591 a 1.595).

<sup>129</sup> No julgamento desse caso, o STF concluiu que, quanto à nomeação do secretário municipal de saúde, não houve nepotismo cruzado, ou seja: o irmão do nomeado era vereador (Poder Legislativo) e não houve aparente “troca de nomeações” envolvendo parentes de ocupantes do Poder Executivo daquele município.

<sup>130</sup> STF. RE 579951 RG / RN. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 17/04/2008. DJe 16/05/2008, p. 1892-3.

despreparados para o exercício da função pública. Ainda que esse despreparo possa ser verificado em algumas situações práticas, no caso em análise esse não era o cerne da discussão, residindo a contenda jurídica sobre a constitucionalidade das nomeações, para cargos em comissão, de parentes de autoridades municipais (vereador e vice-prefeito).

E, como fruto do julgamento desse caso, e de outros análogos, decididos com bases principiológicas similares, foi editada a já transcrita súmula vinculante n. 13, que trouxe verdadeira normatização sobre o nepotismo, por meio da instituição de *regra* que inova na ordem jurídica, com generalidade e abstração.

Apesar dos princípios constitucionais aplicáveis à espécie e da existência das já mencionadas leis esparsas que versam sobre o assunto (cf. nota de rodapé n. 128), o STF procedeu a uma miscelânea dos dispositivos existentes, jungindo-os a uma normativa ampla que transcende os âmbitos de abrangência que tinham sido objeto da legislação formal, e muito menos da literalidade da Constituição Federal.

De início, é questionável o rol apresentado pelo STF para a configuração do nepotismo: cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, do agente público. Foram excluídos os familiares que, apesar de terem parentesco civil e biológico mais distante, podem ter relação muito próxima com a autoridade nomeante, que os beneficie.

Da mesma forma, apesar de o termo *nepotismo* se referir, em sua origem, ao ato de favorecer *parentes* tidos como “favoritos” (*nepotes*), parece que o cerne da questão, na atualidade, é buscar a moralização da Administração Pública e evitar as nomeações desenfreadas de quem quer que seja para cargos em comissão com base em critérios escusos e ilegítimos.<sup>131</sup> Por isso, a ausência de referência a amigos íntimos das autoridades, ou até mesmo a pessoas com quem tenham vínculos românticos ou sexuais de qualquer natureza (já que a súmula, quanto a isso, menciona apenas cônjuges e companheiros), não possui justificativa plausível.

Outra incongruência da súmula é a ausência de previsão do nepotismo político, que inclui nomeações para cargos como, por exemplo, os de secretários de Estado, embaixadores, ministros, dentre outros. Nesses casos, o STF tem assentado que a vedação

---

<sup>131</sup> Cf. MUSSETTI, Rodrigo Andreotti. *O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da administração pública*. Boletim de Direito Administrativo – BDA, São Paulo, jan./2014.

da súmula não se aplica em razão da precariedade de tais nomeações e da liberdade de escolha do Chefe do Poder Executivo com base em sua confiança frente ao nomeado.

Quanto a isso, interessante o debate travado pelos Ministros do STF no julgamento da Reclamação n. 22339,<sup>132</sup> que versou sobre caso em que o MPSP havia ajuizado ação de improbidade administrativa em face de ato de nomeação, pela Prefeita do Município de Pilar do Sul, de seu próprio cônjuge para cargo político de Secretário de Gabinete, Segurança Pública e Trânsito. Em Primeira Instância, a ação foi julgada procedente, sob o fundamento de que a nomeação do marido para a ocupação de cargo de governo, de per si, leva à conclusão de que houve desvio de poder e favoritismo, independentemente de sua formação acadêmica ou de seu desempenho no trabalho. A sentença foi mantida pelo TJSP e o STJ não conheceu o recurso especial interposto. Diante disso, a Prefeita ajuizou a aludida Reclamação perante o STF, invocando a violação ao conteúdo da súmula vinculante n. 13 nas instâncias precedentes.

O relator do caso no STF, Ministro Edson Fachin, votou no sentido de não conhecimento da Reclamação, visto que teria sido utilizada como sucedâneo recursal. Suscitando divergência, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o caso deveria ser julgado e consignou que os cargos políticos compõem a estrutura do Poder Executivo e, portanto, são de livre escolha e de competência privativa do Chefe desse Poder, como decorrência do art. 84, I, da CRFB-88<sup>133</sup>, não se devendo invocar o princípio da moralidade administrativa como vetor para impugnar esse tipo de nomeação. Registrou, assim, que a súmula vinculante n. 13 não prevê a modalidade de nepotismo político, motivo pelo qual deveria ser dado provimento à Reclamação da Prefeita. Ao final, foi esse o entendimento que acabou por prevalecer.

Não obstante as razões que levaram o STF a não arrolar, dentre as hipóteses de nepotismo, as nomeações de parentes pelo Chefe do Poder Executivo para cargos políticos, sob o fundamento da precariedade do ato e da confiança que o nomeante tem que ter no

---

<sup>132</sup> STF. Rcl 22339. Rel. Min. Edson Fachin, j. em 12/09/2018. DJe 21/03/2019.

<sup>133</sup> CRFB-88, “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado; (...)”.

nomeado, fato é que a exclusão apriorística da incidência de imoralidade jurídica em atos desse jaez parece não ter lastro constitucional.<sup>134</sup>

Se a súmula vinculante n. 13 foi editada com o intuito de moralização e, para tanto, baseou-se em princípios constitucionais de conteúdo vago, é questionável a exclusão ou a inclusão de condutas do espectro da incidência valorativa sem lastro em conteúdo normativo objetivo.

Daí porque, no caso da edição de enunciados de súmulas vinculantes, que operam, na prática, com grau de imperatividade muito próximo ao das leis, deve-se atentar para o risco de o Judiciário inferir regras a partir de princípios com enunciados vagos, o que pode gerar duvidosa constitucionalidade da conclusão da Corte, em decorrência da possível criação judicial de conteúdo que inove originariamente na ordem jurídica, usurpando-se, assim, a função que deveria ser desenvolvida pelo Legislativo.

Por todo o exposto, não se pode dizer que as súmulas sejam expressão de função atípica legislativa realizada pelo Poder Judiciário. Esse exercício atípico se restringe à edição de normas internas para a regulação de sua estrutura organizacional, tais como os regimentos internos dos Tribunais ou as normas de serviço das Corregedorias de Justiça. As súmulas, reitera-se, são fruto de exercício da função típica jurisdicional de dizer o Direito.

Portanto, a conclusão a que se chega é no sentido de que a Constituição, em hipóteses nela expressamente previstas, limita a atividade interpretativa dos juízes, impondo-lhes a observância de orientações do STF veiculadas em: (i) decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade; (ii) enunciados de súmulas vinculantes. Em ambas as hipóteses, não deve haver criação originária do Direito pelo Judiciário. No controle de

---

<sup>134</sup> Em casos extremos, o entendimento do STF poderia legitimar atos de eventual governante autoritário que pretendesse agir evidentemente contra o interesse público, nomeando, para cargos políticos, pessoas de sua estirpe, que o auxiliassem a empreender tal empreitada. Inclusive, em relação ao tema, Elival da Silva Ramos aponta para o não afastamento do controle de atos políticos de chefia de Estado pelo Poder Judiciário, ainda que em uma extensão média fraca: “Também pode ser enquadrada na modalidade de controle de padrão médio fraco a apreciação judicial dos atos pelos quais se exerce a função de chefia de Estado, que, em sistemas de governo presidencialistas, tanto quanto a função de governo, integra o elenco de atividades da competência do Presidente da República, sem uma clara identificação material no texto da Constituição. (...) a ampla liberdade de conformação reconhecida doutrinariamente aos atos de chefia de Estado ocorre exatamente porque as normas constitucionais que os consagram recorrem, de modo bastante uniforme, a conceitos indeterminados de cunho valorativo ou simplesmente atribuem ao Presidente da República poderes de livre-escolha quanto a determinadas condutas. Por certo se trata de controle mais intenso que aquele que tem por objeto o processo de *impeachment*, mas, seguramente, menos abrangente do que aquele efetuado em relação, por exemplo, a atos administrativos discricionários, pela maior dificuldade de se conter a discricionariedade em concreto no que tange aos atos políticos” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...* op. cit., p. 162-3).

constitucionalidade, o STF opera como legislador negativo, extirpando a norma inconstitucional do mundo jurídico. E no caso das súmulas vinculantes, o STF deve interpretar o Direito com base em critérios objetivos e fixar a diretriz em um enunciado sumular, a fim de que, em obediência à Constituição, todos os demais órgãos do Judiciário passem a aplicar a mesma interpretação quanto à matéria.

Por isso é que, independentemente da possível identificação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico pátrio, sua vinculação não se opera nos moldes da principiologia do *stare decisis*, mas tão somente nos estritos limites do que a Constituição autoriza ou determina.<sup>135</sup>

### 2.1.3. Interpretação e mutações constitucionais

A interpretação sempre pressupõe a atribuição de um significado a um texto, mediante a descoberta dos sentidos nele potencialmente contidos. Portanto, independentemente de ser constitucional ou legislativo o dispositivo interpretado, há, a princípio, uma identidade do exercício interpretativo para os variados tipos de hierarquias normativas, com uma distinção inicial evidente: as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, visto que, se inconstitucionais, não podem subsistir no ordenamento jurídico.

Ao tratar sobre as possíveis técnicas de interpretação das normas constitucionais, Riccardo Guastini destaca as seguintes: (i) as Constituições nascidas de atos unilaterais de autoridade (impostas por um soberano ou advindas de uma assembleia constituinte) devem ser interpretadas mediante a investigação da intenção do constituinte, à semelhança dos atos normativos unilaterais, em que se deve perquirir a intenção do legislador; já as Constituições advindas de pactos, ou seja, acordos entre o soberano e as assembleias populares, devem ser

---

<sup>135</sup> Na esteira desse entendimento, confira-se a lição de Bruno Dantas: “No Brasil, a regra é que a decisão judicial só tem eficácia entre as partes e os precedentes caráter meramente persuasivo, servindo, tão-somente, de orientação para a livre convicção do juiz (...), que pode ou não se filiar ao entendimento manifestado pelo tribunal. Realmente, apenas nas situações excepcionais previstas pelo próprio texto constitucional é que os precedentes desbordam da eficácia *inter partes* que lhes é peculiar, para alcançar efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Afora as hipóteses de processo objetivo (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), a Constituição apenas atribui tal efeito à súmula vinculante” (DANTAS, Bruno. *Súmula vinculante...* op. cit., p. 182).

interpretadas como atos expressivos de convencionalidade, mediante a investigação da intenção comum dos “contratantes”; (ii) em uma doutrina liberal da interpretação constitucional, a Constituição é interpretada de um modo que limite, tanto quanto possível, o poder estatal, e amplie ao máximo os direitos de liberdade dos cidadãos; essa mesma técnica, esposada por juristas de orientação liberal, também poderia ser utilizada para a interpretação de qualquer lei que institua poderes públicos e confira direitos de liberdade, não se restringindo, portanto, às normas constitucionais; (iii) em posicionamento bastante difundido, segundo o autor, a Constituição não se presta a uma interpretação literal, visto que é comum a presença de grande parte de disposições constitucionais de conteúdo vago, com características mais próximas dos princípios do que das regras; desse modo, o conteúdo prescritivo dos princípios deveria ser encontrado mediante a interpretação; (iv) também é difundida a doutrina de que a Constituição deve ser aplicada em interpretação evolutiva, que consiste na atribuição de significado diverso do histórico, ou seja, diferente do significado que lhe teria sido atribuído no momento de sua criação, adaptando-o às mudanças políticas e sociais decorrentes do natural passar do tempo.<sup>136</sup>

A doutrina da interpretação evolutiva tem se embasado em argumentos diversos. O primeiro é o de que a Constituição disciplina relações políticas, as quais mudam com o decorrer do tempo; por isso, deve ser interpretada de forma a se adaptar a tais evoluções. O segundo argumento é o de que a Constituição é um contrato social e, como tal, precisa ajustar-se à mudança dos valores socialmente difundidos ao longo dos anos. Esse tipo de doutrina não é aceito por quem se inclina a atribuir autoridade à intenção subjetiva dos constituintes. Ao mesmo tempo, também não deve ser aplicada a textos constitucionais recentes, visto que pressupõe normas antigas que, para se tornarem perenes, demandam a evolução interpretativa; se o texto é recente, já se pressupõe que esteja em consonância com o momento histórico em que foi escrito.<sup>137</sup>

Nos dizeres de Linares Quintana:

A Constituição, enquanto instrumento de governo permanente, cuja flexibilidade e generalidade lhe permite adaptar-se a todos os tempos e circunstâncias, deve ser interpretada tendo-se em conta não apenas as condições e necessidades existentes no momento de sua elaboração, mas, também, as condições sociais, econômicas e políticas que existam ao tempo de sua interpretação e aplicação, de maneira que

---

<sup>136</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001, p. 260-4.

<sup>137</sup> Idem, p. 264-5.

seja sempre possível o cabal cumprimento dos fins e propósitos que informam e orientam a lei fundamental do país.<sup>138</sup>

A interpretação evolutiva pode assumir os contornos de construção constitucional, por meio da qual se exige do intérprete não apenas revelar ou descobrir o sentido da norma, mas adaptá-la e aplicá-la à multiplicidade e à complexidade dos casos concretos do momento histórico presente.<sup>139</sup>

A ideia não se dissocia da técnica interpretativa de concretização, por meio da qual o intérprete, onde houver obscuridade, determina o conteúdo material da Constituição, de tal sorte que a norma apenas se concretiza ou se completa no próprio ato de interpretação. Tal método permite amoldar a Constituição à realidade social, inclusive por meio de recurso a fatores extraconstitucionais – o que gera críticas devido à abertura de valoração excessiva da realidade, com o desprezo a métodos formais da Constituição, abalando a supremacia e a rigidez constitucional.<sup>140</sup>

De todo modo, qualquer que seja o método interpretativo, é possível verificar a ocorrência de mutações constitucionais. Ainda que em interpretação puramente gramatical, o sentido de determinado vocábulo pode se modificar. Também isso ocorre quando se utiliza o método evolutivo, que acompanha a alteração dos valores e dos fins que haviam inspirado a elaboração das disposições constitucionais.

Os processos de alteração constitucional provocam mudanças constitucionais. Em sistemas rígidos, como o brasileiro, além dos processos formais de reforma constitucional, que devem obedecer aos limites e procedimentos impostos pela própria Constituição, a teor das emendas constitucionais, também podem ser identificados processos informais de alteração, que decorrem por efeito do ambiente político ou pela evolução dos costumes.<sup>141</sup>

Às alterações não formais da Constituição se pode atribuir o nome de *mutações constitucionais*, que alteram o significado, o sentido e o alcance das disposições, ora por via da interpretação judicial, ora pelos costumes ou pela lei. A doutrina não é uníssona quanto à valoração desse fenômeno, havendo quem inclua, sob a denominação de *mutações*, apenas

---

<sup>138</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V. *La constitucion interpretada*. Buenos Aires: Depalma, 1960, p. 17.

<sup>139</sup> Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 48.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 50.

<sup>141</sup> “(...) a mudança constitucional pode ser uma *mudança material* (mediante os costumes, a interpretação judicial, os estatutos) ou *formal*, sendo chamada de reforma constitucional neste último caso” (FERREIRA, Luis Pinto. *Da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956, p. 102).



os processos que não vulneram a Constituição, ou seja, que não traduzem inconstitucionalidade, e outros que veiculam o termo com sentido negativo, a abranger as mutações que violam a Constituição. No primeiro grupo, portanto, se enquadram, por exemplo, as interpretações judiciais que renovam o sentido da letra da norma constitucional, sem transgredi-la. Já no segundo grupo, incluem-se hipóteses como a lei integrativa inconstitucional, o costume inconstitucional, dentre outras.<sup>142</sup>

Mesmo as Constituições rígidas admitem processos informais de transformação, desde que não haja deformações inconstitucionais, podendo operar-se por atos de caráter normativo (como a complementação legislativa), atos de natureza jurisdicional (notadamente em sede de controle de constitucionalidade) e fatores de natureza político-institucional (normas convencionais ou regras sociais de conduta).<sup>143</sup>

Dentre essas vias, interessam-nos as mutações promovidas pela interpretação judicial, que pressupõe a mutabilidade social e a evolução dos valores políticos, econômicos, sociais e morais com o decurso do tempo. Consoante apontamentos de Maria Cândida da Cunha Ferraz, a mutação constitucional pela via da construção jurisprudencial ocorre “quando se cogita de aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional”.<sup>144</sup>

Por outro lado, processos anômalos inconstitucionais não promovem mutações legítimas à Constituição, visto que são práticas viciosas, sem respaldo da opinião pública, muitas vezes de forma capciosa e com fins escusos, violando, dessa forma, as finalidades constitucionais.<sup>145</sup>

Pois bem. Tecidas essas considerações teóricas, vale trazer à análise a ADPF 132, recebida como ação direta de inconstitucionalidade em face do art. 1.723 do CC, em sede da qual se reconheceu a constitucionalidade da união estável homoafetiva. A controvérsia girava em torno do §3º, do art. 226, da CRFB-88, que prevê: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

---

<sup>142</sup> Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição...* op. cit., p. 9.

<sup>143</sup> Cf. CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. In: R. For., Rio de Janeiro, 187: 18-22, 1960, p. 19.

<sup>144</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição...* op. cit., p. 129.

<sup>145</sup> Idem, p. 250.

O art. 1.723 do CC, por seu turno, seguindo a literalidade do texto constitucional, preceitua: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

No julgamento em apreço, o STF, ao ensejo de conferir interpretação conforme a Constituição a tal dispositivo do Código Civil, analisou a CRFB-88 de maneira sistemática, verificando que é de seu âmago a proibição da discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia de gênero, seja no plano da orientação sexual. Destacou, ainda, a homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural e a liberdade para disposição da própria sexualidade, enquanto categoria inserida nos direitos fundamentais do indivíduo – expressão da autonomia da vontade –, além dos direitos à intimidade e à vida privada (todas cláusulas pétreas). Outros valores constitucionais invocados foram a dignidade da pessoa humana e o objetivo de promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CRFB-88).

Reconheceu-se, assim, que a CRFB-88 não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo, augurando-a a categoria sociocultural e princípio espiritual, de modo que a constituição de família é um direito subjetivo individual. Assim, deveria ser promovida interpretação não-reducionista ao termo, a abarcar não apenas núcleos heteroafetivos, como também homoafetivos, com tratamento isonômico e sem distinção.

Consignou, assim, a Corte, o seguinte:

Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

(...)

Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.<sup>146</sup>

Na fundamentação do acórdão, não se invocou a utilização da teoria das mutações constitucionais. Inclusive, o Ministro Ricardo Lewandowski refutou a possibilidade de uso de tal doutrina, asseverando que não seria vontade do constituinte abrigar a relação entre

---

<sup>146</sup> Excertos extraídos da ementa da ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 05/05/2011, DJ 13/10/2011.

pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável, ou seja, atribuindo ao texto interpretação histórica condizente com a intenção do elaborador da norma:

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, in claris cessat interpretatio. E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convalidação em casamento.<sup>147</sup>

Todavia, o mesmo Ministro, parágrafos à frente, incorpora à fundamentação de seu voto dados do IBGE, com a constatação de que existe número muito significativo de casais homoafetivos na sociedade brasileira. E prossegue afirmando o seguinte:

Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar.

(...)

Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a ocorrência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.<sup>148</sup>

Assim, em votação unânime, o Tribunal procedeu à “interpretação conforme a Constituição” do art. 1.723 do CC, para excluir do dispositivo qualquer significado que

<sup>147</sup> ADPF 132... cit., p. 105-6.

<sup>148</sup> Idem, p. 111-2.

impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, nos mesmos moldes da união estável heteroafetiva.

É de se notar que, não obstante as ponderações do Ministro Lewandowski sobre a inexistência de mutação constitucional nesse caso, fato é que seu voto e o acórdão como um todo demonstram que a interpretação da CRFB-88 feita pelo STF em relação ao §3º, do art. 226, obedeceu a um viés evolutivo. Não obstante o constituinte originário tenha optado por imprimir à união estável o caráter de entidade formada a partir de pessoas de gêneros distintos (homem e mulher), não há como se excluir, na sociedade atual, o reconhecimento desse instituto aos casais homossexuais.

Em que pese o preconceito ainda existente, advindo de segmentos sociais conservadores, fato é que, ao longo do tempo, as uniões homossexuais tornaram-se cada vez mais públicas, com o reconhecimento fático de seu caráter familiar por grande parte da sociedade. Assim, o que era, em grande monta, clandestino na época em que a Constituição foi idealizada, passou a se tornar gradativamente mais aceito e transparente. Daí concluir-se que, se a Constituição tivesse sido escrita nos dias de hoje, muito provavelmente não teriam sido impressos os vocábulos “homem e mulher” em referência ao instituto da união estável.

A literalidade do texto não se mantém, portanto, com a evolução social. Ao mesmo tempo, a interpretação ampliativa e não meramente gramatical não viola a Constituição, se lida de forma sistemática, visto que seu espírito é altamente inclusivo e alheio a qualquer tipo de discriminação, com objetivos de promoção da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Assim, os valores elevados da CRFB-88 não são violados, mas sim concretizados, pela decisão que o STF proferiu no caso em apreço. Pode-se entender, desse modo, que a STF procedeu a uma mutação constitucional legítima.

## **2.2. MORALISMO JURÍDICO**

É clássica e conhecida a dedicação que os estudos filosóficos reservam à distinção entre Direito e Moral. O tema tem relevância em razão da permanente busca de justiça que é inata à humanidade. Com o intuito de realizá-la, o legislador, quando da elaboração das

leis, pode positivar valores da moral social, transformando-os em Direito. Não há óbices aparentes para que assim proceda, desde que a norma produzida não viole a Constituição.

Problemas maiores surgem quando o aplicador da lei, ao ensejo de lhe dar cumprimento, incorpora carga de valoração moral no exercício interpretativo. Tal fenômeno não raro tem se verificado no cenário jurídico prático, gerando o que se pode chamar de *jurisprudência de valores*.

Tal termo advém da chamada *Wertjurisprudenz* da doutrina alemã, que tinha como técnica operativa as construções com alto grau de abstração, maior do que se reserva à jurisprudência comum, para a tentativa de estabelecimento de um catálogo objetivo de valores fundamentais superprotegidos, denominados *Allgemeine Grundrechtslehre*. No Direito norte-americano, assumiu a denominação de *preferred freedom*, com a divisão dos direitos fundamentais em duas classes e a supervalorização dos direitos pessoais em face dos patrimoniais. Essa valoração nem sempre foi bem aceita, dada a dificuldade de se criar uma sistematização adequada com base em vetores eminentemente relativos.<sup>149</sup>

As normas jurídicas sempre são postas por terceiros (o legislador, os juízes, os usos e os costumes) e podem coincidir ou não com as convicções íntimas que cada indivíduo possui acerca de determinado assunto. Isso significa que o Direito é heterônomo, ao passo que a moral é autônoma.<sup>150</sup>

Além disso, a moral é imanente e, como tal, é sempre relativa, variando de acordo com o local, o período histórico e as convicções pessoais de quem a invoca. Não há, portanto, moral única, mas sim uma pluralidade de sistemas morais que, embora diferentes e possivelmente antagônicos entre si, coexistem concomitantemente.<sup>151</sup>

As normas puramente morais são, reitera-se, relativas, de modo que a predeterminação formal das regras jurídicas – um dos fatores distintivos entre as duas ciências em análise – é de suma relevância para a concepção democrática do Direito, em que se deve preconizar a segurança jurídica.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> Cf. GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 278-283.

<sup>150</sup> Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito...* op. cit., p. 48.

<sup>151</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...* cit., p. 74.

<sup>152</sup> Cf. CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade...* op. cit., p. 42.

É dos romanos o brocardo *non omne quod licit honestum est*, que se traduz na ideia de que nem tudo que é legal – ou seja, admitido pela lei – é honesto. Portanto, dentro do espectro do relativismo moral, há campos de não coincidência com o Direito. Graficamente, isso pode ser traduzido por dois círculos secantes, que possuem alguns campos de intersecção, e outros de não coincidência.<sup>153</sup>

Em sentido diverso, a perspectiva ideal seria a da inserção do Direito na Moral, a fim de que não houvesse espaço para a invocação de imoralidade no ordenamento jurídico (ideia gráfica possivelmente representada por círculos concêntricos). Todavia, dada a relatividade das valorações morais e a grande dificuldade de identificação de uma Moral universal, a prática demonstra que ambas as esferas são coincidentes em relação a determinados pontos, mas podem ser dissociadas em outros, a depender da valoração da norma pelo intérprete.<sup>154</sup>

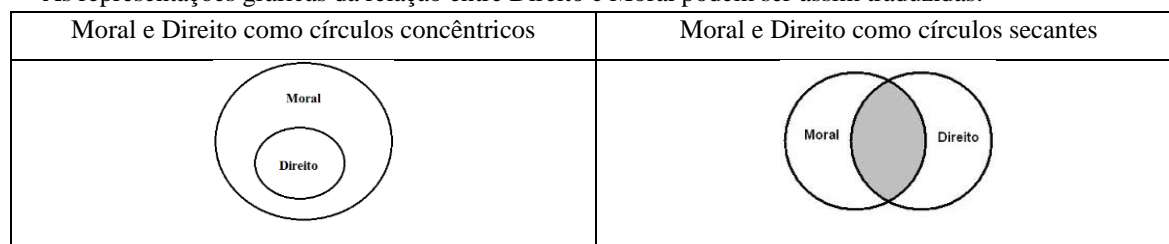
O relativismo é, portanto, o fator que dificulta o estabelecimento formal e objetivo de uma interpretação moral do Direito pela atividade jurisdicional.

Não se deve olvidar que as bases de legitimação da ordem jurídica decorrem de sua adequação à dinâmica social e, como tal, da incorporação dos valores que se manifestam e evoluem no decorrer da história. Mas quem deve proceder a essa valoração é o legislador, sempre dentro dos limites da ordem constitucional vigente. É por meio da lei e da formalidade própria de sua criação que se permite o cálculo, a previsão e a manipulação dos meios necessários ao controle a à instrumentalização da sociedade, tanto na teoria do saber jurídico, como na prática proporcionada pela execução das normas.<sup>155</sup>

Pela teoria organizacional da separação de poderes, pressupõe-se a *racionalidade*, a *coerência lógica* e a *sensibilidade axiológica autêntica* do legislador, como elementos orientados para o bem comum. À função legislativa, presumidamente dotada de tais

<sup>153</sup> Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito...* op. cit., p. 42-3.

<sup>154</sup> As representações gráficas da relação entre Direito e Moral podem ser assim traduzidas:



<sup>155</sup> Cf. ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia: aparência e realidade*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 315.

predicados – ao menos em sua concepção teórica –, é reservada, pois, a criação e a transformação do Direito, com vistas à garantia dos reclamos da justiça e da diversidade social.<sup>156</sup>

Daí porque se legitima a incorporação de valores morais pelo Direito, por meio da juridicização. Tanto a Constituição pode conter normas de caráter moral e ideológico, que passam a orientar a organização do Estado, como fruto da vontade do constituinte, como o arcabouço infraconstitucional também pode estabelecer-se em bases morais compatíveis com a ordem constitucional.

Exemplo disso é a positivação do princípio da moralidade administrativa no art. 37, *caput*, da CRFB-88.<sup>157</sup> Ao ser alçada ao *status* de norma constitucional, a moralidade torna-se vetor obrigatório para a atuação de todos os agentes públicos, visto que foi incorporada ao capítulo reservado à Administração Pública e integra o regime jurídico administrativo.

Enquanto vetor que possibilita a aplicação de graves sanções jurídicas em caso de descumprimento, a exemplo do ajuizamento de ação popular e de ação de improbidade administrativa,<sup>158</sup> a moralidade imposta ao administrador público não pode ser analisada à luz dos conceitos relativos e vagos da moral comum, mas, sim, com base em critérios objetivos aferíveis no próprio ordenamento jurídico. Atrela-se, desse modo, à legalidade em sentido amplo, também denominada *princípio da juridicidade*.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Cf. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 321-333.

<sup>157</sup> CRFB-88, “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

<sup>158</sup> A ação popular possui fundamento constitucional e pode ser ajuizada por qualquer cidadão para a tutela de interesses como a moralidade administrativa: CRFB-88, “Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Do mesmo modo, a LIA (Lei n. 8.429/1992) prevê, como hipótese de improbidade administrativa, a violação aos princípios da Administração Pública, com a possibilidade de aplicação de graves sanções ao agente público que incorra em tal conduta, a saber, nos termos do art. 12, III, a saber: “ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.

<sup>159</sup> Nesse sentido, Márcio Cammarosano assevera que “a moralidade administrativa não pode ser dissociada da legalidade; pelo menos da legalidade em sentido amplo, entendida esta como a qualidade do que está conforme ou compatível com a ordem jurídica, e não apenas com a lei em sentido estrito” (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade...* op. cit., p. 102).

Em estudos clássicos sobre o tema, Henri Welter distingue a moralidade administrativa da moral comum vigente na sociedade, afirmando que:

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não apenas pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.<sup>160</sup>

O que possibilita, portanto, a incorporação de axiomas da Moral ao ordenamento jurídico são a *formalidade* e a *abstração* do Direito, cuja construção obedece a *procedimentos previamente conhecidos e racionalmente previsíveis*.<sup>161</sup> Tais elementos dão segurança ao sistema e evitam o arbítrio estatal, consistindo, pois, em predicados indispensáveis ao Estado de Direito.

Se, porém, ao ensejo de interpretar e aplicar a lei, o juiz se orienta por vetores da Moral comum, dissociando-se do sentido da norma, aumentando-lhe ou restringindo-lhe indevidamente o alcance, identifica-se a ocorrência de *moralismo jurídico*, ou seja, uma distorção do sistema equilibrado de incorporação da moralidade ao Direito.

O fenômeno se manifesta com maior ênfase na aplicação dos princípios, do que das regras.<sup>162</sup> As normas-princípio são dotadas de elevado valor axiológico e, no mais das vezes, possuem conteúdo vago e fluido, próprio de seu caráter otimizador do ordenamento jurídico. As regras, por outro lado, possuem prescrições mais precisas e a abrangência de suas potencialidades de aplicação prática é de mais fácil aferição.<sup>163</sup>

Assim, diante da possível colisão entre enunciados de princípios, propõem os defensores das técnicas de *ponderação* que um princípio se sobreponha ao outro, a partir da

---

<sup>160</sup> Texto em tradução livre. No original: “La moralité administrative que nous visons ne se confond pas avec la moralité commune ; elle est constituée par les règles de la bonne administration, c'est-à-dire par l'ensemble des règles de but et de discipline déterminées non seulement par la distinction du bien et du mal, mais, d'une façon plus spéciale, par la mission générale de l'administration et l'idée de la fonction administrative” (WELTER, Henri. *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*. Paris: Recueil, 1929, p. 77).

<sup>161</sup> Cf. ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia...* op. cit., p. 316.

<sup>162</sup> Quanto à distinção entre princípios e regras, observar as premissas teóricas contidas na Instrução, especificamente “I.3.8”.

<sup>163</sup> Confirma-se a doutrina de Robert Alexy acerca do tema: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90).



análise de qual possui maior peso no caso concreto.<sup>164</sup> O risco da utilização indevida dessa teoria é que, ao invés de se dar racionalidade à concretização das normas constitucionais, o intérprete seja levado ao subjetivismo decisionista, impulsionado pela influência de seus valores morais na produção da decisão, procedendo, assim, a uma ponderação de *valores*, ao invés de uma ponderação de princípios.

Nesse sentido é o alerta de Habermas:

Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizadoras de *valores* (...).

Certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da *primazia* estrita conferida a pontos de vista normativos. Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatória – e não segundo o modelo de bens atraentes.<sup>165</sup>

Não se nega que a atividade do juiz seja, em diferentes graus, valorativa. Valora-se tanto na determinação dos fatos, quanto na interpretação das normas. Quanto aos fatos, a valoração ocorre na subsunção individual: para a aplicação da lei ao caso concreto, o julgador deve atribuir valor às provas produzidas ao longo da instrução processual. Trata-se de atividade epistêmica, de cunho empírico.

Situação similar ocorre quando a lei traz em si termos ou conteúdo de valoração propriamente dita (ex.: “razoável”, “justo”, “devido cuidado”, “bom”, dentre outros), que demandam a atividade do intérprete para lhes dar concretude. Nessas hipóteses, além de

---

<sup>164</sup> Nesse sentido: “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa [das regras]. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, sem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão de peso” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* op. cit., p. 93-4). No mesmo sentido, invocando a regra da dimensão de peso dos princípios (*dimension of weight*), cf. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2. ed. Londres: Duckworth, 1978, p. 26-7.

<sup>165</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 315 e 318.

juízos teóricos de aprovação ou de reprovabilidade, pode o julgador estabelecer juízos concretos a partir de valorações sociais, ou de valorações com base nos elementos de prova colhidos nos autos do processo. É o que se verifica, por exemplo, na declaração de que determinado automóvel é “bom” e possui “qualidade comercializável”: para a aferição dessas conclusões, o juiz deve levar em consideração não os seus gostos pessoais acerca de carros, mas os requisitos objetivos que indicam que veículos estão aptos ao uso e à comercialização, tais como o estado geral mecânico, a velocidade desenvolvida, a qualidade do material, o conforto etc. Todos esses elementos devem ser levados ao julgador por meios objetivos: todas as provas em Direito admitidas, inclusive as periciais, desenvolvidas por *experts* na matéria em exame. Havendo a demonstração de um estado geral positivo, pode, então, o juiz concluir que o carro é “bom”.<sup>166</sup>

Porém, outra hipótese de valoração diz respeito à tradução, pelo intérprete, de conceitos vagos e indeterminados contidos na norma (em especial nas normas-princípio), para além de conteúdos que possam ser objetivamente aferidos com base em elementos de prova. É o caso, por exemplo, da “dignidade da pessoa humana”, que pode conduzir a interpretações tão amplas ou tão restritas que cheguem a absurdos, se elementos de valoração pessoal do intérprete, ou de determinados grupos sociais extremistas, forem utilizados para a aferição de seu conteúdo.<sup>167</sup>

Essas situações podem dar ensejo, então, à criação do Direito pelos julgadores para além das hipóteses criativas legitimamente aceitas pelo exercício interpretativo, sobre as quais discorreremos anteriormente. Trata-se da assunção de postura ativista, cujas consequências podem ser temerárias.

---

<sup>166</sup> Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 144-5.

<sup>167</sup> Exemplos extremados, em teoria, seriam a legitimação de crimes praticados em nome da felicidade de quem os cometeu (caso se amplie o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana para abarcar, indistintamente e em amplo espectro, um suposto direito à felicidade), ou a restrição de direitos humanos a apenas um grupo da sociedade, caso se compactue da absurda ideia (por alguns esposada) de que determinados indivíduos, por razões de raça ou origem, não teriam direito à dignidade reservada aos demais.

### 2.2.1 Ativismo judicial

O tema do ativismo judicial tem sido objeto de amplos estudos acadêmicos e, tamanha sua vastidão, há trabalhos inteiros dedicados a analisá-lo. Para os fins a que se destina a presente tese, devem ser estabelecidas apenas algumas digressões que se fazem necessárias para a compreensão e desenvolvimento do objeto central da pesquisa e para se esclarecer o sentido com que o termo é aqui utilizado.

As considerações sobre a distinção entre os sistemas *common law* e *civil law*, contidas na introdução do trabalho, são relevantes para a delimitação do que é ativismo.<sup>168</sup> Na tradição anglo-saxônica, as decisões judiciais são fontes do Direito – diversamente do que ocorre nos ordenamentos de base romanística, em que a norma é fonte primária e as decisões decorrem de atividade de interpretação para a aplicação da lei.

Identificam-se, na doutrina pátria, correntes antagônicas quanto à juridicidade das posturas ativistas do Judiciário em sistemas de base *civil law*, como o Brasil.

Não se nega que, no decorrer da história, os ordenamentos veiculadores desses dois tipos de sistemas têm sofrido intersecções e influências recíprocas.<sup>169</sup> E, mais especificamente na atual era de grande judicialização dos conflitos de interesses, o Poder Judiciário passa a ter participação mais ampla e intensa no âmbito social e estatal.

Dentre os defensores do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso afirma tratar-se de “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.<sup>170</sup> A ideia está associada à maior e mais intensa participação do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com interferência no espaço de atuação dos outros Poderes (Legislativo e Executivo). Ainda

---

<sup>168</sup> Cf. Subitem “I.3.6”.

<sup>169</sup> “Países de direito romano-germânico e países de *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; (...)” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 20).

<sup>170</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, v. 5, n. 8, 2009, p. 14.

segundo o autor, a postura ativista pode se manifestar através de diferentes condutas, que incluem:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>171</sup>

As bases do ativismo, sob essa perspectiva, são consequência da visão neoconstitucionalista do Direito, sobre a qual também já se discorreu nas premissas teóricas contidas na Introdução<sup>172</sup>, e decorrem do fenômeno da judicialização intensa em meio a Estados com Constituições abrangentes e analíticas, como a brasileira.

Para seus defensores, o ativismo judicial permite que, em situações de retração do Poder Legislativo, ou de descolamento entre a classe política e a sociedade civil, não deixem de ser concretizadas, de maneira efetiva, determinadas demandas sociais. Ao mesmo tempo, também seria papel da postura ativista do Judiciário assegurar certos avanços sociais que não seriam viáveis pela política majoritária – hipóteses em que os Tribunais assumem papel contramajoritário, em defesa dos direitos das minorias.<sup>173</sup>

Em sentido oposto, a autocontenção judicial seria representada pela maior deferência à atuação dos poderes políticos. Nessa linha, o Judiciário: (i) evitaria aplicar diretamente a Constituição a situações não abarcadas por seu âmbito expresso de incidência, aguardando a regulamentação por lei; (ii) utilizaria critérios mais rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abster-se-ia de inferir na tomada de decisões políticas, mormente na seara das políticas públicas.<sup>174</sup>

Ambas as posturas – a ativista e a de autocontenção –, se levadas ao extremo, são distorções da função jurisdicional.

É de se notar que os estudiosos do ativismo judicial geralmente iniciam seus estudos discorrendo sobre o Direito norte-americano e o emblemático caso *Marbury vs. Madison*,

---

<sup>171</sup> Idem, p. 14.

<sup>172</sup> Cf. Subitem “I.3.7”.

<sup>173</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Revista Interdisciplinar de Direito, Faculdade de Valença, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018, p. 227-8.

<sup>174</sup> Idem, p. 228.

decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual John Marshall, magistrado que, à época, era presidente daquele Sodalício, afirmou a existência de um amplo poder de controle do Judiciário sobre os atos do Legislativo e do Executivo, por meio da interpretação de normas constitucionais e da possibilidade de declaração de nulidade de atos dos demais Poderes.

Tal doutrina, em sua origem, não visava afirmar a ingerência da Magistratura sobre as decisões políticas do Estado. Serviu, porém, para afirmar a supremacia da Constituição e consolidar o entendimento<sup>175</sup> de que ao Poder Judiciário cabe a realização do controle de constitucionalidade, intensificando na prática estadunidense, paulatina e gradualmente, o mecanismo de *judicial review*, por meio de decisões judiciais acerca de assuntos que, com o passar do tempo, passaram a afetar com maior intensidade os interesses da sociedade, inclusive de ordem política.<sup>176</sup>

Na origem, porém, o entendimento esposado pelo juiz Marshall foi no sentido da distinção entre lei e política. A lei – para o sistema *common law* estadunidense – seria reservada para disciplinar assuntos substanciais e caros à sociedade, que demandassem positivação para que se tornassem fixos. Em relação a esses temas, as Cortes poderiam se manifestar e julgar sua constitucionalidade, estabelecendo o controle sobre a atuação dos legisladores – exercentes de mandatos, que deveriam se responsabilizar perante a comunidade. Em contraste, os assuntos políticos seriam aqueles sobre os quais a nação, os estados e as comunidades locais estariam divididos. Em relação a esses temas, os juízes não poderiam se envolver aleatoriamente, acatando um posicionamento em detrimento dos demais. Assim, o Judiciário poderia apenas depositar sua confiança no processo eleitoral

---

<sup>175</sup> Dissemos que o caso *Marbury vs. Madison* “consolidou o entendimento” acerca da viabilidade do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário porque, na prática estadunidense, isso já ocorria esparsamente, mesmo em julgamentos anteriores a esse precedente. Tome-se como exemplo o caso *Holmes vs. Walton*, julgado pela Suprema Corte de Nova Jérsei em 1780, em sede do qual uma lei foi declarada nula e inválida em razão de contrariar a Constituição e as leis do país (*law of the land*): “Uma lei da legislatura de New Jersey, de 8 de outubro de 1778, determinando um júri especial de seis homens, em vez do júri de doze homens, conforme previsão do *common law*, é nula e inválida, sendo inconsistente com a Seção XXII da Constituição de New Jersey, adotada em 2 de julho de 1776, que determina ‘que o direito inestimável ao julgamento pelo júri deve ser assegurado como parte do direito desta Colônia, sem qualquer revogação’ (New Jersey, 1918, p. 99-101)” (In p. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do judicial review: O mito de Marbury*. RIL, Brasília, a. 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 119).

<sup>176</sup> Cf. NELSON, William E. *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. 2. ed. Revista e expandida. Lawrence: University Press of Kansas, 2018, p. 148-9.

majoritário e prestar deferência às decisões políticas dos legisladores e dos administradores públicos.<sup>177</sup>

O caso *Marbury vs. Madison* não é, portanto, representativo de ativismo judicial, mas de *judicial review* em controle de constitucionalidade, com a ideia clara de que a Suprema Corte não deveria decidir sobre questões de índole eminentemente política, reservadas aos outros poderes do Estado.

Essa concepção distintiva entre a lei e a política regeu a atuação da Suprema Corte norte-americana por cerca de meio século, até que, em 1857, ao julgar o caso *Dred Scott vs. Sandford*, o Tribunal assumiu postura ativista de evidente intervenção em questão política: declarou inconstitucional o “Compromisso de Missouri” (*Missouri Compromise*), que havia sido aprovado em 1820 como forma de preservar o equilíbrio de poder no Congresso em face das divergências à época existentes entre os Estados escravocratas e os libertários. Para que houvesse igualdade no Congresso, com o mesmo número de Estados representativos de uma e de outra tendência, o Compromisso permitiu que Missouri fosse admitido como um Estado escravocrata e, ao mesmo tempo, Maine ingressasse como um Estado livre.

No caso em apreço, Dred Scott havia sido comprado como escravo, em 1833, pelo médico John Emerson (cirurgião do exército dos EUA). Em um dado momento, ambos se mudaram para o território de Wisconsin, onde a escravidão havia sido abolida nos termos do Compromisso de Missouri. Scott lá viveu por quatro anos e, em 1840 – juntamente com sua esposa e filhos –, mudou-se para a Louisiana com Emerson. Após a morte do médico, Scott tentou comprar sua liberdade, mas a esposa do falecido – Eliza Irene Sandford – recusou-se a libertá-lo. Scott, então, processou Sandford, invocando sua liberdade com base no fato de que ele e sua família viveram em Estado onde a escravidão havia sido banida. Scott venceu a demanda em Primeira Instância, mas Sandford apelou à Suprema Corte, que reformou o julgado e afirmou que americanos descendentes de negros, quer fossem escravos ou livres, não deveriam ser considerados verdadeiros cidadãos americanos e, portanto, não teriam o direito de demandar perante a Justiça Federal. A Corte ainda decretou que o Congresso carecia de poder para banir a escravidão nos territórios norte-americanos. E, por fim,

---

<sup>177</sup> Idem, p. 129.

declarou que os direitos dos proprietários de escravos eram constitucionalmente protegidos pela Quinta Emenda porque os escravos deveriam ser categorizados como propriedade.<sup>178</sup>

Verifica-se que o caso rompeu com as premissas desenvolvidas em *Marbury vs. Madison*: ao ensejo de promover controle de constitucionalidade, a Suprema Corte norte-americana se imiscuiu indevidamente em questão de índole política – compromisso dos Estados para manter o equilíbrio do Congresso sobre a questão da escravidão – e enveredou pela defesa de uma postura ideológica específica: a escravocrata.

Em estudo sobre a leitura moral da Constituição norte-americana, Ronald Dworkin afirma:

A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos essas cláusulas abstratas (da Constituição dos EUA) sob o entendimento de que elas invocam princípios morais sobre decência política e justiça. (...) A leitura moral, então, traz moralidade política ao coração do Direito Constitucional.<sup>179</sup>

Tal leitura moral foi idealizada para evitar que as cláusulas abstratas da Constituição norte-americana dessem ensejo à tomada de decisões atentatórias a direitos humanos, como o que ocorreu no caso *Scott vs. Sandford*. Todavia, pelo já analisado relativismo da Moral, há inegáveis riscos de se proceder à interpretação do Direito com base em critérios moralistas. O próprio exemplo da escravidão serve de alerta para a preocupante tomada de decisões com base em princípios morais. Para os escravocratas, a decência política e a justiça (elementos apontados como virtudes por Dworkin) por certo seriam vetores de orientação para o não reconhecimento da humanidade dos negros. Ou seja: os mesmos elementos que são invocados pela teoria da leitura moral da Constituição para se evitar o arbítrio, podem ser usados para legitimá-lo, a depender das concepções imanentes dos intérpretes.

Ademais, diferentemente do sistema *common law*, de onde advém o caso *Marbury vs. Madison* e a Constituição norte-americana, analisada por Dworkin, o sistema brasileiro é

<sup>178</sup> Cf. McBRIDE, Alex. *Dred Scott v. Sandford (1857)*. In Supreme Court History – The first hundred years. Landmark cases. Disponível em: <[https://www.thirteen.org/wnet/supremecourt/antebellum/landmark\\_dred.html](https://www.thirteen.org/wnet/supremecourt/antebellum/landmark_dred.html)>. Acesso em 02 out. 2018.

<sup>179</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 2 – tradução livre. Texto na língua original: “The moral reading proposes that we all – judges, lawyers, citizens – interpret and apply these abstract clauses (of the U.S. Constitution) on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice. (...) The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law”.

de tradição *civil law*. Por isso, deve-se tomar cuidado ao invocar elementos de sistema diverso do nosso para fundamentar o modo de agir do Poder Judiciário.

Nas bases do *common law*, as leis escritas são escassas, de modo que é dever da jurisdição aplicar diretamente a Constituição e, através de um sistema de precedentes vinculantes, uniformizar as correntes decisórias sobre as mais diversas matérias. Por outro lado, em sistemas de direito legislado, não há dúvidas de que incumba ao Judiciário o controle de constitucionalidade das leis, mas a interpretação ampliativa da Constituição deve ser analisada com maior parcimônia.

Quando discorremos sobre a incorporação de axiomas da Moral ao ordenamento jurídico, dissemos que a legitimação desse fenômeno decorre da *formalidade* e da *abstração* do Direito, cuja construção obedece a *procedimentos previamente conhecidos e racionalmente previsíveis*. Afirmamos, ainda, que esses elementos dão segurança ao sistema e evitam o arbítrio estatal, consistindo, pois, em predicados indispensáveis ao Estado de Direito. É o que ocorre nos ordenamentos de tradição *civil law*.

Porém, quando esse processo é realizado na instância judicial, a incorporação dos axiomas da Moral não ocorre de maneira formal e abstrata, mas *casuística e concreta*. A construção dos precedentes moralistas não deriva de procedimentos previamente conhecidos (como o devido processo legislativo) e racionalmente previsíveis. Em verdade, o fenômeno se dá de maneira invertida: no caso das leis, sua vigência é, via de regra, prospectiva, regulando os comportamentos que lhe são posteriores. Permite-se, assim, que os indivíduos tomem conhecimento prévio do conteúdo normativo e, a partir de então, possam orientar suas condutas.

Assim, quando a construção moralista é feita pelo Judiciário, o raciocínio é desenvolvido *a posteriori*, ou seja, após a ocorrência do fato que deu ensejo ao ajuizamento da ação judicial. Desse modo, não há como a sociedade se orientar de acordo com os padrões que serão eleitos como moralmente válidos pelos julgadores, visto que inexiste previsibilidade racional nas hipóteses em que não há disciplina *prévia* sobre o comportamento. Independentemente da eventual modulação de efeitos da decisão, o elemento “surpresa” não se afasta quando uma concepção moralista eleita pela Corte julgadora é imposta aos jurisdicionados.



A concepção de ativismo aqui tomada é, então, a de modo de proceder do Poder Judiciário diante de deficiências sistêmicas decorrentes da inação dos demais poderes, ou na ineficiência das instituições políticas para regular determinadas matérias que constitucionalmente foram alçadas ao patamar de pretensões políticas em potencial – e, portanto, sujeitas à judicialização para seu resguardo. Trata-se, portanto, de fenômeno decorrente de um sistema institucional degenerado. Não deve o Judiciário deixar de agir diante de tais casos, mas lhe são impostos limites inerentes ao Estado de Direito, que demandam uma atuação que não afronte a Constituição.

### ***2.2.1.1. As decisões nos casos de valoração sensível***

Contornos de viés moral, como já dito à exaustão, não raro orientam as decisões judiciais nos cenários ativistas.

Para fins de elucidação, podemos citar o exemplo do direito à vida. Tal direito é garantido no *caput* do art. 5º da CRFB-88<sup>180</sup>, mas é referido em outras normas do ordenamento jurídico, tais como o Código Civil<sup>181</sup> e o Código Penal<sup>182</sup>. Em diversas oportunidades, o Poder Judiciário brasileiro foi instado a se manifestar sobre o tema à luz de casos concretos, merecendo destaque dois julgamentos.

O primeiro é a ADPF 54<sup>183</sup>, julgada no ano de 2012, em sede da qual se discutiu a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. O processo sofreu influxos de diversos setores

---

<sup>180</sup> CRFB-88, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)” – destaques acrescentados.

<sup>181</sup> Quanto ao Código Civil, ressaltem-se os direitos da personalidade: “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” – destaques acrescentados. Diferentemente do art. 5º da CRFB-88, que não limita o direito à vida ao nascimento da pessoa humana, o Código Civil prevê que a aquisição da personalidade civil depende de tal ocorrência (ou seja, do nascimento com vida), mas resguarda os direitos do nascituro (aquele que está por nascer, mas que já possui vida intrauterina – ou potencial de vida – e pode adquirir direitos civis, ou acarretar eventos civilísticos, caso venha a nascer vivo). Há, portanto, projeções específicas, na lei civil, do direito à vida assegurado constitucionalmente.

<sup>182</sup> Em termos penais, diversos dispositivos se destinam ao resguardo do direito à vida, com destaque ao Capítulo I da Parte Especial do Código Penal (arts. 121 a 128), que prevê a tipificação dos crimes de homicídio, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, infanticídio e aborto em todas as suas modalidades (aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, e aborto provocado por terceiro).

<sup>183</sup> STF. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 12/04/2012, divulgado em 29/04/2013 e publicado em 30/04/2013.

da sociedade que foram ouvidos em audiência pública<sup>184</sup> e, ao final, o STF entendeu ser inconstitucional a tipificação de aborto em casos dessa natureza. A Corte partiu do pressuposto de que o Estado brasileiro é laico e, como tal, neutro em relação às religiões. Tomou como fundamentos da decisão a liberdade sexual e reprodutiva da mulher, sua saúde, dignidade e autodeterminação, enquanto direitos fundamentais, e concluiu pela inexistência de crime na hipótese em comento.

O segundo caso que merece análise é o HC 124306<sup>185</sup>, julgado no ano de 2016, no qual a Primeira Turma do STF concluiu, em controle difuso de constitucionalidade, que os crimes previstos nos arts. 124 a 126 do CP (aborto) não deveriam incidir nas hipóteses de interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A Turma julgadora, sob a alegação de interpretação conforme a Constituição, entendeu que a criminalização violaria diversos direitos fundamentais, bem como o princípio da proporcionalidade. Houve destaque aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que lhe garantiriam não ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada, além de sua autonomia (garantidora do direito a fazer suas escolhas existenciais), sua integridade física e psíquica (visto que a mulher é quem sofre, no corpo e no psiquismo, os efeitos da gravidez), e a igualdade da mulher – já que os homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero dependeria de se respeitar a vontade feminina nessa matéria. Ponderou-se, ainda, o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres, as quais não têm acesso a médicos particulares e a clínicas privadas, devendo o Estado lhes garantir a possibilidade de recorrer ao sistema público para se submeter aos procedimentos cabíveis, sob pena de multiplicação dos casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

Ademais, entendeu a Turma julgadora que a tipificação penal do aborto no primeiro trimestre de gestação também violaria o princípio da proporcionalidade, justificando que: (i) a criminalização seria medida de duvidosa adequação para a proteção do bem jurídico que

---

<sup>184</sup> Participaram da audiência pública realizada em sessões nos dias 26 e 28 de agosto, e 4 e 16 de setembro de 2008, as seguintes entidades: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero, bem como José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas (CEMICAMP).

<sup>185</sup> STF. HC 124306, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 09/08/2016, divulgado em 16/03/2017 e publicado em 17/03/2017.

pretende tutelar – qual seja, a vida do nascituro –, por supostamente não produzir impactos relevantes sobre o número de abortos realizados no país, apenas impedindo que esses procedimentos sejam feitos de modo seguro; (ii) seria possível que o Estado evitasse a ocorrência de aborto por meio da implementação de meios mais eficazes e menos lesivos, tais como a educação sexual, a distribuição de contraceptivos e o amparo às mulheres que desejam ter os filhos, mas se encontram em situações adversas; (iii) a medida também seria desproporcional em sentido estrito, em razão de gerar custos sociais superiores aos benefícios – mormente problemas de saúde e mortes.

O Tribunal ainda consignou, ao final do julgamento, em análise comparada, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido criminaliza a interrupção da gestação no primeiro trimestre, citando como exemplos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Em ambos os casos – tanto na ADPF 54, quanto no HC 124306 –, a atividade interpretativa foi além da literalidade das leis, tornando-se abrangente em face do ordenamento jurídico, sob o auspício de ser conforme a Constituição. Porém, há de se perquirir se nesses exemplos e em outros a serem citados, foram respeitadas as balizas constitucionais da interpretação, ou se, para além do enquadramento da ciência hermenêutica, houve atividade judicial criativa inovadora da ordem normativa.

O tema de aborto é questão sensível na sociedade brasileira, pois envereda para o campo da religiosidade. Na composição do Congresso Nacional, tem crescido o número de parlamentares declaradamente adeptos de tendências religiosas conservadoras, que se opõem frontalmente a questões como igualdade de gênero, aborto, eutanásia, casamento entre pessoas do mesmo sexo e criminalização da violência e discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual.

Por isso, a legislação sobre essas matérias encontra entraves políticos: para não desagradar o eleitorado ou suscitar polêmica social, o Poder Legislativo tem optado por não enfrentar esses temas, o que faz com que sejam sindicados pela via judicial. Mas o espaço adequado para a tomada de decisões sobre essas questões é o político.

Nos casos analisados acerca do aborto, podemos verificar que em ambos se decidiu pela não configuração do crime de aborto em situações que não haviam sido previstas pelo legislador.

O afastamento da incidência de tipos penais, ou a interpretação penal benéfica ao acusado, a princípio, não violam a Constituição.<sup>186</sup> O que violaria patentemente os direitos e garantias fundamentais seria a criação de figuras penais fora da lei, ou a retroatividade de normas penais em detrimento do réu.<sup>187</sup>

No caso da ADPF 54, fundou-se a tese da legalidade do aborto na premissa, embasada em indicativos científicos colhidos ao longo do processo, de que a anencefalia impede a viabilidade de vida do feto. Após a oitiva de especialistas, levou-se ao Tribunal o conhecimento de que “é perfeitamente possível, com aparelhos normais, por ecografistas, com o mínimo de experiência, ser feito um diagnóstico de certeza da anencefalia”<sup>188</sup>. Desse modo, diante da inviabilidade da vida extrauterina e dos direitos fundamentais da mulher à liberdade sexual e reprodutiva, à saúde, à dignidade e à autodeterminação, o STF entendeu ser inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez, nesses casos, incidiria nos tipos legais de aborto criminoso.

Não parece que, nesse julgamento, o STF tenha ultrapassado os limites constitucionais de sua atuação. Em verdade, não houve criação de Direito novo, mas interpretação da ordem já existe: a única colidência de princípios que se poderia estabelecer seria a do direito à vida, com os direitos fundamentais da gestante. Porém, uma vez afastado o potencial de vida do feto anencefálico – conforme critérios demonstrados pela ciência médica –, não mais subsiste a mencionada colidência. Destarte, se a criminalização do aborto visa proteger a vida, não há aborto, sequer nos termos da legislação, quando não houver efetiva vida intrauterina.<sup>189</sup> Eventuais juízos de valor fundados em fatores morais ou religiosos continuam a ser protegidos juridicamente, resguardando-se o direito das gestantes que não queiram interromper a gravidez mesmo em caso de anencefalia do feto. Porém, a

---

<sup>186</sup> Exceção seja feita às hipóteses em que a figura penal decorre de mandado de criminalização contido na própria Constituição Federal, a exemplo do que dispõe os incisos XLI a XLIV, do art. 5º, da CRFB-88: “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

<sup>187</sup> CRFB-88, “Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

<sup>188</sup> STF. ADPF 54... cit., p. 17.

<sup>189</sup> Na mesma linha de raciocínio, há crime impossível quando, com o intuito de causar um aborto, alguém administra remédio abortivo à gestante que há poucos minutos já havia sofrido abortamento espontâneo, por causas naturais.

crença religiosa, nos termos da Constituição, não é justificativa para que sejam cerceados direitos de quem não compactua dos mesmos valores, motivo pelo qual a religiosidade não é fator que ingresse no exercício de ponderação de princípios colidentes.<sup>190</sup>

No caso do HC 124306, porém, a situação é diversa. Os vetores utilizados pelo STF possuem viés de política criminal e inegavelmente promoveram inovação na ordem jurídica – ainda que apenas na situação concreta daquele julgamento, visto que não se tratou de controle concentrado de constitucionalidade. A pretexto de dar interpretação conforme a Constituição, excluiu-se do âmbito de incidência dos arts. 124 a 126 do Código Penal a interrupção da gravidez no primeiro trimestre de gestação. Não obstante se possam defender a dignidade da mulher e seus direitos reprodutivos e sexuais, e sem se negar a temeridade de abortos clandestinos, que colocam em risco a vida feminina, em especial nos estratos sociais mais pobres, a questão deve ser resolvida pela via legislativa, por se tratar de campo que interessa tanto à política criminal, como às políticas públicas de saúde.

Ao criminalizar o aborto, o legislador penal, como já dito, teve o intuito de preservar o direito à vida do feto. Diferentemente da anencefalia, em que não há potencial vital extrauterino, a gestação comum, em regra, levará o desenvolvimento do embrião até o nascimento. Portanto, a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação não possui respaldo no ordenamento vigente, dada a existência a vida intrauterina protegida pelo Direito. O próprio critério temporal é questionável: por que se elegeu como lícito o primeiro trimestre, e não o primeiro mês, o primeiro quadrimestre ou qualquer momento que preceda o nascimento? Trata-se de questão que, reitera-se, demanda solução pela via da política legislativa, motivo pelo qual entendemos que, nesse julgamento, houve violação aos limites constitucionais da função jurisdicional.

---

<sup>190</sup> CRFB-88, “Art. 5º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

## SEGUNDA SÍNTESE CONCLUSIVA

Por todo o exposto até o momento, deve-se consignar, de início, que o modo de expressão típico do Poder Judiciário é a atividade interpretativa, para fins de aplicação da lei aos casos concretos, com força de definitividade. Trata-se de fenômeno de descoberta e fixação do sentido das normas, com a determinação de seu conteúdo e alcance.

O exercício interpretativo não se restringe às hipóteses de dubiedade ou imprecisão normativa. Traduz, em verdade, imperativo necessário a todo ato de aplicação da lei, não se tratando de atividade meramente declaratória, mas sim constitutiva de solução para os casos concretos.

O juiz, no exercício de sua função, realiza o processo decisório em meio ao contexto histórico em que se insere, participando da consciência social de seu tempo, devendo levar em consideração o Direito enquanto sistema, e não apenas o texto normativo isolado que está a interpretar. Assim, a cada novo ato de interpretação ou de aplicação, realiza atividade criativa, produzindo conteúdo prescritivo que vai além da mecanicidade pura. Mas a problemática surge quanto aos limites dessa criatividade.

Para a solução, há quem busque recurso ao princípio *stare decisis*, típico do *common law*. Todavia, esse sistema não se aplica ao ordenamento jurídico pátrio. E a explicação é a seguinte: embora seja *oportuno* buscar a uniformidade da interpretação das leis, para fins de se garantir a segurança jurídica, o sistema normativo vigente não impõe aos magistrados a vinculação ao *stare decisis*, fazendo-os adstritos, apenas, ao cumprimento dos ditames da Constituição e das leis que com ela sejam compatíveis. Nisso diferem os sistemas de tradição *common law*, em que os precedentes produzidos pelas instâncias superiores sempre são vinculantes em relação às instâncias inferiores (*binding precedents*).

Independentemente da tradição de modelo jurídico existente – quer *civil law*, quer *common law* –, a disciplina prevista no texto constitucional é sempre o norte e o imperativo intransponível para a atuação do Poder Judiciário.

Por isso, mesmo quanto às súmulas vinculantes do STF – instituto próximo aos *binding precedents* do *common law* –, sua observância é obrigatória por todos os órgãos jurisdicionais em decorrência de previsão constitucional expressa nesse sentido, mas estas jamais podem inovar originariamente na ordem jurídica. O que vincula é o norte interpretativo que estabelecem, mas não há estabelecimento de função atípica legislativa realizada pelo Poder Judiciário.

Portanto, a conclusão a que se chega é no sentido de que a Constituição, em hipóteses nela expressamente previstas, limita a atividade interpretativa dos juízes, impondo-lhes a observância de orientações do STF veiculadas quer em decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quer por enunciados de súmulas vinculantes. Mas, em ambas as hipóteses, não deve haver criação originária do Direito pelo Judiciário.

Por isso é que, independentemente da possível identificação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico pátrio, sua vinculação não se opera nos moldes da principiologia do *stare decisis*, mas tão somente nos estritos contornos da Constituição.

Outro ponto de destaque é o fenômeno das mutações constitucionais, que são consentâneas com o método evolutivo de interpretação do Direito, o qual acompanha a alteração dos valores e dos fins que haviam inspirado a elaboração das disposições constitucionais.

Às alterações não formais da Constituição, ou seja, aquelas que não estão previstas e procedimentos de revisão típicos (a exemplo das emendas constitucionais), se pode atribuir o nome de *mutações constitucionais*, que alteram o significado, o sentido e o alcance das disposições, ora por via da interpretação judicial, ora pelos costumes ou pela lei.

Dentre essas vias, sobressaem as mutações promovidas pela interpretação judicial, que pressupõe a mutabilidade social e a evolução dos valores políticos, econômicos, sociais e morais com o decurso do tempo.

Em processos como esse, é de se alertar para os riscos de promoção de interpretações moralistas que acabem por violar o conteúdo da Constituição. Isso ocorre quando o aplicador imprime vetores da Moral comum ou de seus valores pessoais no ato exegético, em especial quando da interpretação dos princípios constitucionais, que possuem conteúdo muitas vezes vago e indeterminado.

Essas situações podem ensejar a criação do Direito pelos julgadores para além das hipóteses criativas legitimamente aceitas pelo exercício interpretativo. Trata-se da assunção de postura ativista, cujas consequências podem ser temerárias.

Em que pese haja defensores do ativismo, que lhe imprimem o caráter de assunção de postura contramajoritária, em defesa dos direitos humanos, fato é que tal postura, se levada ao extremo, promove insegurança jurídica e instabilidade.

Isso porque, quando o Judiciário procede a construções moralistas do Direito, sempre o faz *a posteriori*, ou seja, após a ocorrência do fato que deu ensejo ao ajuizamento da ação judicial. Desse modo, diferentemente do que se traduz com o fenômeno legislativo, não há como a sociedade se orientar de acordo com os padrões que serão eleitos como moralmente válidos pelos julgadores, visto que inexistente previsibilidade racional nas hipóteses em que não há disciplina *prévia* sobre o comportamento. Independentemente da eventual modulação de efeitos da decisão, o elemento “surpresa” não se afasta quando uma concepção moralista eleita pelo Judiciário é imposta aos jurisdicionados.

A concepção de ativismo aqui tomada é, então, a de modo de proceder do Poder Judiciário diante de deficiências sistêmicas decorrentes da inação dos demais poderes, ou na ineficiência das instituições políticas para regular determinadas matérias que constitucionalmente foram alçadas ao patamar de pretensões políticas em potencial – e, portanto, sujeitas à judicialização para seu resguardo. É, pois, decorrência de um sistema institucional degenerado. O Judiciário não deve deixar de agir em tais casos, mas sua atuação deve estar limitada às balizas que a Constituição lhe impõe.



## PARTE 3

### LIMITES IMPOSTOS PELO ESTADO DE DIREITO

*Se o exercício dessa função judiciária consiste, “precisamente”, em aquilatar e declarar, na suprema instância, que os atos do Congresso Nacional, isto é, os atos nos quais colaboram a Câmara e o Senado juntos, lhes ultrapassam a competência constitucional; se, pois, da competência desses dois ramos do corpo legislativo, acordes e cooperantes, o juiz, na suprema instância, é o Supremo Tribunal Federal, como admitir que da competência do Supremo Tribunal Federal, nessa decisão, possa vir a ser árbitro, ulteriormente, o Senado, isto é, nem mais nem menos, uma das duas Câmaras do Congresso?*

(BARBOSA, Ruy. *O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira*. In ‘Escritos e Discursos Seletos’. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1997, p. 559).

*Os limites da função jurisdicional são tema caro à estabilidade do Estado de Direito, concebido este enquanto sistema estatal que se estrutura com vistas à garantia dos cidadãos contra o arbítrio estatal.*

*Desse modo, todos os poderes devem estar harmonizados para fins de concretização dos ideais constitucionais, em harmonia e mantendo, cada qual, sua independência, nos estritos limites políticos para os quais foram criados.*

*Nesta parte do trabalho, optou-se por proceder a premissas que destacam a relevância da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, destacando-se casos práticos em que o Judiciário foi instado a agir em razão, precipuamente, da ineficiência dos demais poderes na execução de suas atividades – tanto no exercício legislativo, como no administrativo.*

*Ao final, são analisadas as reações às decisões judiciais, mormente aquelas classificadas como ativistas, e os riscos decorrentes de determinadas posturas que pretendem amesquinhar o exercício jurisdicional e reduzir-lhe a autoridade.*

### 3.1. O ESTADO DE DIREITO E SEUS PRINCÍPIOS

O Estado de Direito é aquele em que, em suas relações com o povo e para a garantia dos direitos individuais, submete-se a si próprio a um regime de Direito. Esse regime é composto tanto por normas garantidoras dos cidadãos, quanto pelas que preveem os meios que podem ser utilizados pelo Poder Público para a realização dos fins de governo. Em ambas as hipóteses, o efeito é de limitar o arbítrio do Estado.<sup>191</sup>

Trata-se de estruturação concebida em prol do interesse dos súditos, tendo por finalidade muni-los de instrumentos que permitam a defesa contra os abusos das autoridades públicas. Difere, porém, dos Estados meramente legalistas, os quais, apesar de estruturados sobre ordem normativa formal, não têm tamanho compromisso de deferência aos seus cidadãos.

Esse contraponto é marcante na denúncia de Carré de Malberg – restrita, a princípio, ao Direito Administrativo francês –, com o estabelecimento da divergência entre o *Estado de Polícia*, ou *Estado legal*, e o *Estado de Direito*. Este último podia ser verificado, segundo sua visão, no modelo alemão de *Rechtsstaat*.<sup>192</sup>

Segundo o autor, o Estado de Direito é aquele em que, em respeito dos administrados, as autoridades administrativas apenas podem agir de acordo com o ordenamento jurídico vigente, e este é orientado para proteger os cidadãos contra o arbítrio estatal. Assim, em um estágio mais primitivo, os agentes estatais não poderiam agir contra as leis, mas nelas encontrariam uma limitação por negativa: pode-se fazer tudo o que não é proibido; logo, o que não é proibido é permitido.<sup>193</sup> Em concepções de Estado de Direito pleno, as autoridades públicas, em suas relações com os administrados, apenas poderiam fazer o que a lei expressamente autoriza ou impõe, devendo agir sempre *secundum legem*.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> Cf. MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del Estado...* op. cit., p. 449.

<sup>192</sup> É de se notar que o jurista francês Carré de Malberg viveu de 1861 a 1935, portanto, antes do período da Alemanha nazista, razão pela qual o *Rechtsstaat* ao qual se refere não é, por certo o Estado alemão hitlerista. Em verdade, o *Rechtsstaat* é o oposto do nazismo. A doutrina alemã de Estado de Direito se desenvolveu com a colaboração de Kant, Von Mohl e Stahl.

<sup>193</sup> Essa é a interpretação do princípio da legalidade nas relações entre particulares no Brasil, nos termos do art. 5º, II, da CRFB-88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Mas Carré de Malberg a destaca como uma interpretação primitiva de legalidade imposta às autoridades públicas em suas relações frente aos particulares.

<sup>194</sup> Cf. MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del Estado...* op. cit., p. 450.

E acrescenta que, em um Estado de Direito, devem existir regras limitativas do poder do Estado, impostas por motivo de interesse público, podendo os administrados invocá-las em seu favor, como garantia contra o arbítrio das autoridades governamentais. Portanto, o Estado de Direito é aquele que, ao mesmo tempo em que formula prescrições relativas ao exercício da potestade estatal, também assegura aos administrados o direito de recorrer a um ente jurisdicional para obter a anulação ou a reforma de atos administrativos lesivos, ou a aplicação do direito que lhes tenha sido negado.<sup>195</sup>

Assim, Carré de Malberg aponta os seguintes traços distintivos básicos entre Estado de Direito e Estado de Legalidade: (i) aquele se estabelece simples e unicamente no interesse e para salvaguarda dos cidadãos, enquanto que o Estado legal é preso a uma concepção política rígida voltada à organização de poderes, na qual as autoridades políticas não podem senão “assegurar a execução das leis”; (ii) o Estado de Direito visa fornecer aos cidadãos certas seguranças individuais, que podem se conciliar com todas as formas de governo, enquanto que o Estado legal, na concepção descrita pelo autor, constituiria, por si mesmo, uma forma especial de governo; (iii) o sistema do Estado de Direito – se tem, quanto à extensão do poder administrativo, um alcance menos absoluto do que o sistema do Estado legal –, possui, sob outros aspectos, alcance mais amplo do que este último. Na mera legalidade, vincula-se o administrador aos estritos limites da lei; porém, no Estado de Direito, não apenas o administrador é limitado, mas também o próprio legislador, que não pode agir senão em benefício dos cidadãos.<sup>196</sup>

Em sentido diverso, Kelsen, em sua “Teoria Pura”, não discerne Estado de Legalidade e Estado de Direito, na medida em que identifica que todo Estado é uma ordem jurídica positivada. Reduz, portanto, o Estado ao Direito posto, purificado de valores externos como a moral ou a justiça. Afirma que, como ordem coercitiva da conduta humana, “o Estado poder ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito – nada mais, nada menos”.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> Idem, p. 450.

<sup>196</sup> Idem, p. 451-3.

<sup>197</sup> Segundo o autor: “Então, a tentativa de legitimar o Estado como Estado ‘de Direito’ revela-se inteiramente infrutífera, porque – como já foi acentuado – todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica. Isto, no entanto, não envolve qualquer espécie de juízo de valor político. A limitação já referida do conceito de Estado de Direito a um Estado que corresponda às exigências da democracia e da segurança jurídica, implica a ideia de que apenas uma ordem coercitiva assim configurada pode ser tida como ‘verdadeira’ ordem jurídica. Uma tal suposição, porém, é um preconceito jusnaturalista.

Em verdade, o gérmen da distinção entre uma figura e outra – o Estado de Direito e o de Legalidade – advém da superação do Estado absolutista em sua última fase: o Estado de Polícia, no qual, suplantado o período anterior de Estado patrimonial, em que os bens do Estado se confundiam com os do Príncipe, passou este a ter que cuidar dos interesses dos súditos, estabelecendo-se a dualidade entre o Príncipe e o Estado.<sup>198</sup>

Esse contexto foi marcado pela proliferação de decisões arbitrárias e imprevisíveis do Monarca, o que gerou a necessidade de estabelecimento de meios para a previsibilidade da atuação estatal, como forma de se garantir a segurança jurídica. Esse passou a ser, então, um dos pontos centrais da superação do Estado de Polícia pelo Estado de Direito, que já vinha sendo propugnado pelas doutrinas contratualistas.<sup>199</sup>

A centralidade passa a girar, assim, em torno dos cidadãos, que possuem não só direitos privados em face do Estado, mas também direitos públicos. Na definição de Norberto Bobbio, o “Estado de direito é o Estado dos cidadãos”.<sup>200</sup>

A ideia é bem resumida por Sérgio Resende de Barros, que destaca o seguinte:

Desse modo, com inspiração em Carré de Malberg, pode-se e deve-se distinguir o Estado de direito do Estado de legalidade. O que ele chamou de Estado “legal” hoje se pode chamar de Estado de legalidade: degeneração do Estado de direito, que põe em risco a justa atuação da lei na enunciação e concreção dos valores sociais como direitos individuais, coletivos, difusos. No mero Estado de Legalidade, a lei é editada e aplicada sem levar em conta o resultado, ou seja, sem considerar se daí resulta uma injusta opressão dos direitos. Impera o legalismo, que é a forma mais sutil de autoritarismo, na qual o espírito autoritário se aninha e se disfarça na própria lei. O processo legislativo atende à conveniência política do poderoso do momento, quando não é este in persona quem edita a norma provisoriamente.<sup>201</sup>

Emerge, assim, na concepção de Estado de Direito, a presença dos elementos essenciais a caracterizá-lo, que podem se resumir em segurança jurídica, separação de

---

Também uma ordem coercitiva relativamente centralizada que tenha caráter autocrático e, em virtude de sua flexibilidade limitada, não ofereça qualquer espécie de segurança jurídica, é uma ordem jurídica e a comunidade por ela constituída – na medida em que se distinga entre ordem e comunidade – é uma comunidade jurídica e, como tal, um Estado. Do ponto de vista de um positivismo coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coercitiva de conduta humana – com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de justiça” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito...* op. cit., p. 333-4).

<sup>198</sup> A primeira fase do Estado absolutista era denominada Estado *patrimonial*, em sede da qual os bens do Estado se confundiam com o patrimônio do príncipe, por fundamento divino. Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Direitos sociais e vinculação do legislador...* op. cit., p. 31.

<sup>199</sup> Idem, p. 32.

<sup>200</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 78.

<sup>201</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo...* op. cit., p. 140.

poderes, limitação do poder por um sistema de freios e contrapesos, garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana e regime democrático.<sup>202</sup>

A segurança jurídica é aferida com base nos predicados de previsibilidade e de estabilidade do Direito. É predicado necessário para a “proteção dos direitos subjetivos, em face das mutações formais do direito posto, em face especialmente da sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar a estabilidade dos direitos adquiridos”.<sup>203</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, a sistemática da CRFB-88, como não poderia deixar de ser, orienta-se pela preservação desse predicativo, mas sua menção expressa no texto constitucional é tímida, visualizando-se referência genérica à *segurança* no *caput* do art. 5º, donde se pode extrair, dentro da abrangência de significados do termo, a salvaguarda da *segurança jurídica*, positivada no rol de direitos e garantias fundamentais.

Como consequências da segurança jurídica se inferem, dentre outras implicações, a estabilidade das leis e a regra de sua irretroatividade (salvo nas hipóteses em Direito admitidas), a previsibilidade jurídica dos comportamentos estatais, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.<sup>204</sup>

Tratam-se de direitos fundamentais que compõem a ampla gama de direitos garantidos aos indivíduos na centralidade que sobre eles repousa o Estado de Direito.

Tome-se, aqui, a ideia de que os direitos humanos, antes mesmo de serem reconhecidos e positivados nas Constituições, já integravam uma espécie de moral jurídica universal. Há, então, quem estabeleça a diferenciação teórica entre direitos humanos e

---

<sup>202</sup> O Estado de mera legalidade, por outro lado, pode ser instrumentalizado para assegurar a opressão de classes ou o arbítrio estatal, legitimando-o sob os auspícios da legalidade aparente. Quanto a isso, oportunos os apontamentos de Marilena Chauí acerca de Estados puramente legalistas: “É uma sociedade a qual as leis formam armas para preservar privilégios e o melhor instrumento para a repressão e a opressão, jamais definindo direitos e deveres. No caso das camadas populares, os direitos são sempre apresentados como concessão e outorga feitas pelo Estado, dependendo da vontade pessoal e do arbítrio do governante. Situação que é claramente reconhecida pelos trabalhadores quando afirmam que a ‘justiça só existe para os ricos’ e que também faz parte de uma consciência social difusa, tal como se exprime num dito muito conhecido no país: ‘para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei’. Como consequência, é uma sociedade na qual as leis sempre foram consideradas inúteis, inócuas, feitas para serem violadas, jamais transformadas ou contestadas. E onde a transgressão popular é violentamente reprimida e punida, enquanto a violação pelos grandes e poderosos sempre permanece impune” (CHAUÍ, Marilena. *Conformismo e resistência*. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 54-5).

<sup>203</sup> SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

<sup>204</sup> Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Irretroatividade das leis. In BEÇAK, Rubens (Org.); QUINTILIANO, Leonardo David; NIMER, Beatriz Lameira Carrico. *Princípios constitucionais...* op. cit., p. 219.

direitos fundamentais, atribuindo aos primeiros amplitude maior do que aos segundos: os direitos humanos preexistem às leis e às Constituições, sendo inatos à humanidade, ao passo que os direitos fundamentais são decorrência da positivação dos direitos humanos em nível constitucional; a partir do momento em que ingressam no texto da Constituição, compondo-a, os direitos tornam-se fundamentais e passam a concernir aos membros do Estado ao qual se vinculam.<sup>205</sup>

Por outro lado, Sérgio Resende de Barros é refratário à separação entre os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, reconhecendo a unidade do instituto. Quanto a isso, afirma:

Não há razão por que separar direitos fundamentais e direitos humanos (...). Na verdade, o instituto nasceu uno e nunca foi senão um, conquanto admita, como outros institutos e conceitos jurídicos, níveis ou campos de compreensão e de extensão que podem variar do mais geral e fundamental ao mais particular e operacional. Tal variância impõe reconhecer a existência de *direitos humanos fundamentais* e *direitos humanos operacionais*: aqueles estruturais, principais destes; estes conjunturais, subsidiários daqueles; mas todos no mesmo espaço institucional, compondo um só instituto jurídico: os direitos humanos.<sup>206</sup>

No Estado de Direito, os direitos fundamentais vinculam todos os poderes do Estado, tanto em termos de contenção (para evitar o arbítrio), como também no sentido propulsor de ações positivas em prol da efetivação desses mesmos direitos.

Da mesma forma, a separação de poderes<sup>207</sup> e o sistema de freios e contrapesos também são o núcleo essencial da garantia do controle do poder, evitando o totalitarismo e o autoritarismo.

A concepção de autocontenção do poder entre as diferentes esferas de atribuições do Estado – sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) – dá mobilidade e dinâmica à idealização estática da separação de poderes. Nesse contexto, alerta Rubens Beçak:

Se a formulação de uma adaptação empírica ao modelo original monstesquiano já demonstra desde cedo a necessidade de os poderes constituídos trabalharem em sintonia, realçando-se o caráter não absoluto da separação, observamos ainda, ao logo da História alguns desenvolvimentos específicos de áreas de atuação dos Poderes por sobre os outros Poderes. Estes passam a assumir tarefas que, num primeiro recorte não lhes tinham sido destinadas, produzindo uma série de estudos

<sup>205</sup> Cf. HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 166-9.

<sup>206</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 39.

<sup>207</sup> Vide subitem “I.3.1”.

mais ou menos abrangentes, às vezes mais focados até mesmo na Ciência Política do que no Direito.<sup>208</sup>

Daí advém a relevância do estudo dos fatores de limitação do poder – tais como os aqui analisados limites da função jurisdicional –, visto que a matéria é decorrência de postulados do Estado de Direito.

E a análise de todo esse contexto não prescinde na verificação de um regime democrático em que as decisões políticas de relevo público sejam tomadas pelo povo e para o povo, diretamente ou por meio de seus representantes.

E, para que haja Estado de Direito, é indispensável a existência de um Poder Judiciário forte, independente e autônomo. Em verdade, a autonomia e a independência dos magistrados garantem aos cidadãos que suas liberdades fundamentais não serão limitadas a não ser nas hipóteses e na forma previstas em lei, sempre mediante justa atuação das autoridades judiciais.

Por independência, deve-se considerar que a atividade jurisdicional não pode ser submetida à satisfação dos interesses políticos ou ideológicos de grupos de pressão, nem tampouco sujeitar-se aos demais poderes – senão, tão somente, no natural sopesamento das funções impresso pelo sistema de freios e contrapesos.

Tal independência se relaciona, assim, ao exercício que a Constituição atribui ao Poder Judiciário, qual seja o de julgar e executar o julgado, com autoridade para dizê-lo sumariamente. Destina-se, portanto, a garantir o exercício da função jurisdicional exclusivamente por esse Poder, consoante previsão no rol de direitos e garantias fundamentais (CRFB-88, art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; XXXVII – “não haverá juízo ou tribunal de exceção”).

A natureza política dessa dimensão da independência decorre de sua relação com o exercício do poder estatal, que é político por excelência (a jurisdição é exercida pelo Judiciário, que é um dos poderes do Estado). Além disso, é premissa do Estado de Direito a defesa da liberdade contra o arbítrio de toda espécie, sobretudo do poder político, de modo que o Judiciário deve ser suficientemente independente para realizar o controle desse arbítrio. Por fim, incumbe ao Judiciário o controle de constitucionalidade das leis e dos atos

---

<sup>208</sup> BEÇAK, Rubens. *O Tribunal Constitucional e sua intervenção no processo político...* op. cit., p. 2764.



normativos em geral, o que só lhe é possível também em decorrência do predicado da independência.

Além da independência, compõe esse sistema a autonomia do Judiciário, inclusive em sua esfera administrativa (institucional), que pode ser chamada de *autogoverno da magistratura*, consistindo na aptidão que esse Poder tem para gerenciar seus elementos pessoais e os meios materiais e financeiros necessários ao exercício de sua função.<sup>209</sup>

Também são de extrema relevância as garantias e prerrogativas dos magistrados, visto que a atividade judicante não raro contraria interesses político-econômicos ou individuais que, naturalmente, podem se voltar contra a pessoa do juiz. Sem uma gama robusta de garantias, os magistrados ficariam à mercê de condutas vingativas e não teriam condições necessárias para julgar com imparcialidade.

Assim, nos termos do art. 95 da CRFB-88,<sup>210</sup> os juízes gozam das garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos. Ao juiz vitalício é garantida a perda do cargo apenas em decorrência de sentença judicial transitada em julgado, na sede adequada do devido processo legal, com o respeito aos direitos à ampla defesa e ao contraditório. A inamovibilidade, por seu turno, garante que o juiz não seja removido de sua sede para outra localidade sem o seu consentimento, salvo diante de incontestável interesse público, mediante voto de dois terços do Tribunal ao qual está vinculado, assegurada sua prévia manifestação. Por fim, a irredutibilidade de vencimentos assegura que o juiz não sofrerá redução de seu salário, independentemente do teor das decisões que venha a proferir. Todo esse conjunto permite que os magistrados tenham liberdade suficiente para exercer sua função e não se sintam inibidos no exercício da judicatura, vinculando-se, apenas, ao Direito.

---

<sup>209</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 112.

<sup>210</sup> CRFB-88, “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art.93, VIII; III – irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os art.37, XI, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I”.

### 3.2. A IDENTIFICAÇÃO DOS LIMITES

Os limites teóricos dispostos no item anterior, em especial a segurança, os direitos e garantias fundamentais, a separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos, o regime democrático e a independência do Poder Judiciário, são os nortes de verificação dos parâmetros da atividade jurisdicional, consoante se verificará nos itens a seguir.

Cabe consignar, todavia, que essa teoria é aplicável e factível em Estados de Direito propriamente ditos. Em Estados legalistas, ou seja, de mera legalidade formal, sem conteúdo axiológico justo, há a deterioração do conceito de direitos fundamentais, de modo que a verificação de limites para a contenção do poder é, se não inexistente, extremamente reduzida.<sup>211</sup>

Quando fazemos menção à existência de *conteúdo axiológico justo*, referimo-nos à justiça do Direito, enquanto ordenação jurídica estável que norteia o Estado, os cidadãos e suas inter-relações. Trata-se da moralidade incorporada ao Direito, sobre a qual já discorreremos quando tratamos do moralismo jurídico.

Em sistemas onde prepondera o arbítrio e o totalitarismo, não há justiça. E o ideal de justiça aqui identificado é o que se verifica a partir da valoração entre o ato ou norma, e sua consonância com os direitos humanos. Trata-se da identificação de valores de justiça universais e superiores, intimamente atrelados ao conceito de humanidade.

Como dissemos no item anterior, partimos do pressuposto de que os direitos humanos antecedem a positivação, mas só se tornam eficazes e plenamente exercíveis quando são alçados ao patamar de direitos fundamentais constitucionais, ou seja, quando são formalmente incorporados à ordem jurídica.

---

<sup>211</sup> Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos...* op. cit., p. 166. Quanto à crítica de Carré de Malberg acerca da transformação degenerativa do Estado de Direito em Estado de Legalidade, elucidativas as observações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “O Estado de Direito, neste século XX, se transformou, para usar a expressão que Carré de Malberg cunhou, num mero Estado Legal. Este, em última análise, recusa a subordinação do Estado a um Direito a ele superior. Mais, identifica Direito com o comando do Estado, de tal sorte que os direitos do homem são os direitos que o Estado lhes quiser reconhecer e que as leis são feitas pelo Estado, sendo irrelevante cogitar de seu conteúdo de justiça ou injustiça” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 39).

Assim, não estamos a defender o jusnaturalismo – até porque, tomamo-lo como extremamente precário para a segurança jurídica. Mas entendemos existir, no núcleo dos direitos humanos – inegavelmente inatos à humanidade – os parâmetros para a concepção dos ordenamentos jurídicos nos Estados de Direito.

No mero legalismo, a exemplo do que ocorreu no nazismo e no fascismo, a lei está acima do Direito (Direito, aqui, tomado como sinônimo de ordem jurídica justa), e não há preocupação de se resguardar os direitos humanos. Assim, não raro se verifica nessas situações, conforme aponta Hannah Arendt, classes de pessoas privadas da vida, da liberdade, da felicidade, da igualdade, da liberdade de opinião e da própria comunidade, visto que inexistia lei que lhes garantia quaisquer direitos.<sup>212</sup>

Em Estados puramente legalistas, há uma tendência de a estruturação normativa ser tão vinculante que passe a se traduzir na disciplina acurada de procedimentos que, quando realizados, chegam a um resultado. Definem-se, primeiro, os meios, e apenas depois se verificam os fins alcançados ou alcançáveis. O resultado nem sempre é levado em consideração de antemão, o que pode violar diretamente a esfera de direitos dos cidadãos. Diversamente, no Estado de Direito, o enfoque primordial reside sobre as finalidades a serem alcançadas, baseadas sempre na ideia de centralidade dos cidadãos, que é o destinatário das ações estatais. Isso, porém, pode acarretar problemas – como os que se verificarão a seguir –, em especial se, com o escopo de se chegar aos fins pretendidos, admitir-se a utilização de quaisquer meios. Nessas situações, no afã de resguardar alguns direitos, corre-se o risco de violar outros.<sup>213</sup>

Por isso, a efetivação plena dos predicados do Estado de Direito demanda o equilíbrio entre os meios utilizados e os fins que se pretende atingir. Tal equilíbrio é o objeto de estudo dos subitens seguintes.

---

<sup>212</sup> Cf. ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Cleveland e Nova York: Meridian Books, 1973, p. 295-6.

<sup>213</sup> Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Direitos sociais e vinculação do legislador...* op. cit., p. 35.

### 3.2.1. As omissões normativas inconstitucionais

A omissão normativa inconstitucional decorre do descumprimento de um dever constitucional de legislar. Segundo Luiz Henrique Boselli de Souza:

Normalmente o legislador tem a faculdade de legislar, não propriamente um dever. A decisão acerca de legislar insere-se no âmbito de sua discricionariedade, de modo que, em regra, a opção por não elaborar a norma não caracteriza um comportamento omissivo inconstitucional. Todavia, quando a constituição impõe o dever de editar a norma reguladora, a omissão será inconstitucional. O silêncio se transforma em omissão inconstitucional, ou seja, com seu silêncio altera o conteúdo normativo da constituição. Isso pode inclusive ser considerado um processo informal de mudança ilegítima da constituição.<sup>214</sup>

Em termos de direitos fundamentais, as normas constitucionais que os veiculam podem ser aplicadas diretamente caso sejam autoexequíveis, como decorrência do §1º, do art. 5º, da CRFB-88, que prevê sua aplicabilidade imediata<sup>215</sup>, além da vinculação a eles dos demais poderes.

Ocorre que há diversos dispositivos veiculadores de direitos fundamentais que, pela literalidade do próprio texto constitucional, demandam disciplina normativa que lhes dê efetividade.<sup>216</sup> Nesses casos, a regra da aplicabilidade imediata surtirá apenas alguns efeitos, como o impedimento de condutas incompatíveis com o conteúdo constitucional desses direitos e o controle de constitucionalidade das leis que a eles sejam contrárias. Mas sua efetividade e pleno potencial de concretude estarão sujeitos à superveniência de disciplina normativa.<sup>217</sup>

---

<sup>214</sup> SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas...* op. cit., p. 43.

<sup>215</sup> CRFB-88, “Art. 5º, §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

<sup>216</sup> Confirmam-se os seguintes incisos do art. 5º da CRFB-88: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; “VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”; “VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”; “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”; “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”; “XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

<sup>217</sup> Cf. SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas...* op. cit., p. 59.

O princípio democrático, basilar ao Estado de Direito, tem na lei o seu instrumento essencial, quer no que tange à regulação das mais diversas relações, quer no dever de se assegurar a sua legitimidade pela realização do processo legislativo por órgãos democraticamente eleitos. Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes:

(...) a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social.<sup>218</sup>

Em sistemas que, à semelhança do brasileiro, adotam a Constituição como *ordem-fundamento não exaustiva* (ou, poder-se-ia dizer, uma conjugação entre *ordem-moldura* e *ordem-fundamento*) o texto constitucional contempla decisões relevantes, sobre as quais o legislador deve agir, mas, ao mesmo tempo, pela impossibilidade de previsão de todas as demandas possíveis frente as quais o Estado deva se deparar, também deixa ao Poder Legislativo a discricionariedade para o exercício de atividade criativa, e não apenas de descoberta normativa.<sup>219</sup>

A atividade legislativa, em situações desse jaez, passa, então, a ser considerada um dever. A inatividade do Poder Legislativo torna-se, em si, inconstitucional, como evolução da ideia primitiva de que o legislador teria sempre a faculdade, e não o dever de legislar. Na

<sup>218</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 388.

<sup>219</sup> Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Direitos sociais e vinculação do legislador...* op. cit., p. 26. Acerca do tema, Robert Alexy diferencia *ordem-fundamento* de *ordem moldura*, nos seguintes termos: “Em um sentido quantitativo, uma constituição é uma ordem-fundamento se ela nada faculta, ou seja, se para tudo ela tem ou um dever, ou uma proibição. (...) Esse conceito quantitativo de ordem-fundamento é um verdadeiro conceito contraposto ao conceito de ordem-moldura. É impossível que uma constituição seja, ao mesmo tempo, uma ordem-fundamento em sentido quantitativo e uma ordem-moldura. Mas o caso do conceito de ordem-fundamento em sentido qualitativo é bem diferente. Uma constituição é uma ordem-fundamento em sentido qualitativo ou substancial se por meio dela são decididas questões que sejam fundamentais para a comunidade. Esse conceito de ordem-fundamento é compatível com o conceito de ordem-moldura. 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, 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. A questão é saber se esse postulado pode ser satisfeito quando se pressupõe que os direitos fundamentais têm a estrutura de princípios” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* op. cit., p. 583-4).

seara de tais mandamentos constitucionais, não há esfera discricionária para a eleição das matérias sobre as quais o legislador irá produzir disciplina normativa.<sup>220</sup>

A inconstitucionalidade por omissão ocorre, portanto, quando há desconformidade na implementação normativa da Constituição, por uma ausência de atuação dos poderes incumbidos de fazê-lo. Configura-se quando presentes os seguintes elementos: (a) existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, impositiva de um específico dever de legislar ou de editar ato administrativo-normativo para que possa gozar de plenos efeitos no plano jurídico; (b) ausência de atuação dos Poderes incumbidos de colmatar o vazio normativo; (c) ultrapassagem do prazo constitucionalmente estipulado para tanto ou demora desarrazoada na adoção das providências necessárias.<sup>221</sup>

É importante destacar que a omissão inconstitucional não equivale à ideia de lacunas no ordenamento jurídico (a serem supridas por métodos de integração), ou do chamado “silêncio eloquente” do constituinte (hipóteses em que, deliberadamente, não são tomadas medidas a nível constitucional, reputando-as mais adequadas aos operadores do sistema). Em verdade, a omissão inconstitucional pressupõe a completude do ordenamento jurídico, mas a incompletude de determinados preceitos constitucionais no plano da eficácia jurídica, por opção do constituinte, dentro da planificação normativa por ele superiormente traçada. A questão não é de ausência de norma, mas de existência de norma incompleta quanto aos seus efeitos, porque a Constituição deferiu ao legislador infraconstitucional o poder de fazê-la atuar em tempo e momento adequados.

As omissões devem ser aferidas em concreto, balizadas entre determinados fatos. O órgão de fiscalização é incumbido de medir o tempo decorrido e verificar se está ou não dentro da razoabilidade discricionária do legislador para produzir a lei.

Com o escopo de dar efetividade ao sistema, a própria CRFB-88 prevê instrumentos para o controle das omissões normativas inconstitucionais, destacando-se: (i) o mandado de injunção, que tutela incidentalmente e *in concreto* os direitos subjetivos violados por

---

<sup>220</sup> Hans Kelsen acreditava que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei era inadmissível e Georg Jellinek defendia a impossibilidade de se formular pretensão em face do legislador, como *communis opinio* (cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade...* op. cit., p. 356).

<sup>221</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

ausência de norma regulamentadora que lhes dê eficácia;<sup>222</sup> (ii) a ação de inconstitucionalidade por omissão, para o controle abstrato das omissões normativas inconstitucionais.<sup>223</sup>

A ADO configura hipótese de controle principal (ou em tese). Trata-se, pois, de expressão do controle concentrado, do ponto de vista da competência para exercê-lo, deferida com exclusividade ao STF, em se tratando de omissão que obstaculize a plena eficácia de norma contida na Constituição<sup>224</sup>. O provimento jurisdicional possui eficácia geral (*erga omnes*). A decisão é feita em termos de controle abstrato, desvinculado das repercussões subjetivas da omissão normativa.

Na disciplina normativa, não há uma ADO distinta da ADI. A Constituição admite que seja proposta a ADI tendo em vista a omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional. Julgada procedente a ação, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.<sup>225</sup>

Por outro lado, o mandado de injunção se enquadra na categoria de controle difuso e incidental, desenvolvido por meio de um contencioso subjetivo de feições concretas. O corriqueiro é a prolação de sentença *inter partes*, cabendo a eficácia *erga omnes* se for reconhecida a natureza constitutiva em relação à normatividade produzida para o preenchimento do vazio normativo.<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> CRFB-88, “Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

<sup>223</sup> CRFB-88, “Art. 103, § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

<sup>224</sup> CRFB-88, “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

<sup>225</sup> Lei 9.868/1999, “Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. §1º. Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido”.

<sup>226</sup> Lei n. 13.300/2016, “Art. 9º. A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. §1º. Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”.

Nos termos do art. 8º da Lei n. 13.300/2016, que regulamenta o mandado de injunção:

Art. 8º. Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:  
I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;  
II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.  
Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Isso significa que a própria lei que disciplina a matéria, em compasso com a previsão constitucional de utilização do mandado de injunção para a viabilização do exercício de direitos e liberdades, outorga ao Poder Judiciário a competência para, na persistência de mora legislativa, estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamadas.

Mas o estabelecimento de tais condições encontra limites nas balizas já traçadas pelo ordenamento jurídico, não podendo consistir em inovação originária arbitrária. Assim, as soluções constitucionalmente aceitáveis para a atuação jurisdicional frente a omissões normativas inconstitucionais podem ser identificadas a partir de quatro hipóteses básicas: (i) a tutela da omissão inconstitucional relativa; (ii) a declaração da omissão inconstitucional absoluta; (iii) a atribuição de eficácia plena a normas de eficácia limitada preceptiva; (iv) o suprimento da norma faltante.<sup>227</sup>

No caso de *omissão inconstitucional relativa* (decorrente, por exemplo, da concessão de uma vantagem a determinado grupo ou categoria, com ofensa à isonomia), há situação semelhante à de inconstitucionalidade por ação, de modo que a omissão pode ser tutelada indiretamente nos quadros do tradicional controle de constitucionalidade. Dentre as hipóteses, é possível a declaração da desequiparação por quebra da isonomia aos que foram indevidamente lesados, sem, contudo, decretar-se a anulação da norma como um todo. Pode-se também cogitar a utilização da técnica da declaração de nulidade ou anulação sem redução de texto, fazendo com que as variantes interpretativas da norma que sejam incompatíveis com a isonomia sejam banidas.

---

<sup>227</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil...* op. cit., p. 341 e ss.



Quanto à *omissão inconstitucional absoluta*, o tema é mais complexo. A princípio, a mais singela das sanções é a declaração da ocorrência da inconstitucionalidade por omissão, constituindo em mora o legislador, o qual, a partir da decisão de controle, estaria em situação de ilicitude constitucional. Nesse caso, é necessário o provimento judicial para declarar a ilicitude, visto que estamos a tratar de hipóteses em que a Constituição não estabeleceu prazo limite para a atuação do legislador.

Outra possibilidade é a da declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a constituição em mora dos poderes competentes, cumulada com a fixação de prazo para a sua purgação. Se o prazo decorrer sem suprimento normativo, o Judiciário pode atribuir eficácia plena ao dispositivo constitucional de eficácia limitada que deu ensejo à omissão. Exemplo dessa situação ocorreu nos Mandados de Injunção 283-5/DF e 232-1/RJ, em que se esteve diante de normas de eficácia limitada preceptivas (“condicionadas”, na classificação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho), ou seja, “aquelas que embora pareçam suficientemente definidas na hipótese e no dispositivo, foram condicionadas pelo constituinte a uma lei posterior, que precise os seus elementos integrantes”.<sup>228</sup>

Nesse sentido:

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - ‘Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição’ - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4.

<sup>228</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.<sup>229</sup>

Mandado de injunção - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.<sup>230</sup>

Outra técnica utilizada nos casos de omissão inconstitucional absoluta é a de declaração da inconstitucionalidade com o suprimento normativo faltante lançado pelo órgão de controle, ainda que apenas para dele extrair consequências jurídicas de natureza concreta e pessoal, permitindo aos beneficiários da medida a superação da inércia do legislador. Em situações dessa espécie, não pode o Judiciário, como dito anteriormente, exercer atividade criativa similar à que incumbiria ao Legislativo. Mas pode se valer de técnicas de interpretação e de integração do Direito, tais como a analogia<sup>231</sup>, para suprir a lacuna aparente dentro dos limites da constitucionalidade e da ordem jurídica já existente.

<sup>229</sup> STF. MI 283-5/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 20/03/1991, DJ 13/11/1991.

<sup>230</sup> STF. MI 232-1/RJ. Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 02/08/1991, DJ 27/03/1991. Dispositivos a que o julgado faz referência: CRFB-88, “Art. 195, § 7º. São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”; ADCT, “Art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los. Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.”

<sup>231</sup> Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz: “Para integrar a lacuna o juiz recorre, preliminarmente, à *analogia*, que consiste em aplicar a um caso não previsto de modo direto ou específico por uma norma jurídica uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado. É a analogia um procedimento quase lógico, que envolve dois procedimentos: a constatação (empírica), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes, e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista a decisão jurídica procurada. Encontra-se, portanto, modernamente, na analogia uma averiguação valorativa, já que ela tem por escopo ampliar, com base na semelhança, a estrutura de uma situação, incorporando-lhe uma situação nova. (...) Percebe-se que o problema da aplicação analógica não está na averiguação das notas comuns entre o fato-tipo e o não previsto, mas sim

Exemplificativamente, nos Mandados de Injunção 670/ES e 708/DF, o STF reconheceu a mora legislativa para a regulamentação do direito constitucional de greve dos servidores públicos<sup>232</sup> e determinou a aplicação, à espécie, até que sobrevenha lei própria, da Lei de Greve dos trabalhadores:

(...) Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.<sup>233</sup>

Diante desse cenário, respeitados os limites constitucionais, parece não haver postura ativista disfuncional ou violação ao princípio da separação de poderes.

### 3.2.2. Os direitos fundamentais

Na esteira do que já vem se afirmando ao longo do presente trabalho, direitos fundamentais devem ser garantidos em sua completa potencialidade. Mesmo os individuais somente são executáveis em sua plenitude no espaço de convivência humana, como regras oponíveis ao Estado ou aos próprios cidadãos. Nesse contexto, se não se conceder a mesma força a direitos sociais e coletivos, o ser humano não é capaz de exercer, de forma completa, os direitos individuais consagrados pela Constituição. Por isso é que, consoante alerta Motauri Ciochetti de Souza, “direito individual algum pode ser exercido em espaço que não contemple um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de índole coletiva”. Na mesma esteira, o direito “à cidadania é inconcebível dentro de um quadro que

---

em verificar se, valorativamente, essa coincidência justifica um tratamento jurídico idêntico para fatos examinados” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71-2).

<sup>232</sup> CRFB-88, “Art. 37. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

<sup>233</sup> STF. MI 670/ES. Rel. Min. Maurício Corrêa. Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, j. em 25/10/2007, DJ 30/10/2008. Cf. também: STF. MI 708/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, j. em 25/10/2007, DJ 30/10/2008.

não consagre, de forma eficaz, a democratização do ensino público, assegurada a pluralidade de ideias e de métodos pedagógicos”.<sup>234</sup>

É imperativo do Estado de Direito, portanto, a efetivação dos direitos constitucionais, com a oportunização de meios para que possam ser plenamente exercidos. Nesse contexto, é de extrema relevância a atuação judicial tanto para o resguardo individual, como da coletividade (direitos de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea). Prevê o ordenamento jurídico mecanismos para tanto, dentre os quais, de maneira direta e em concreto, com dimensão metaindividual, a ação popular<sup>235</sup>, a ação civil pública<sup>236</sup> e a ação de responsabilização por improbidade administrativa<sup>237</sup>.

Além de tais mecanismos, também se pode verificar na sistemática do controle de constitucionalidade a existência de instrumentos, à evidência, capazes de garantir o resguardo aos direitos fundamentais. Começemos pela ADPF.

Trata-se de instrumento previsto no art. 102, §1º, da CRFB-88<sup>238</sup>, regulamentado pela Lei n. 9.882/1999, que traz disciplina sucinta acerca da matéria, restringindo-se, quanto às hipóteses de cabimento, a consignar que:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A previsão de lesão a “preceito fundamental” é significativamente vaga. Como nem a lei, nem a Constituição, definem a amplitude de seu conteúdo, a doutrina e a jurisprudência

<sup>234</sup> SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade – Ação Civil Pública – Ação Penal Pública*. São Paulo: Método, 2007, p. 46-7.

<sup>235</sup> CRFB-88, “Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Regulamentação infraconstitucional: Lei n. 4.717/1965.

<sup>236</sup> A regulamentação da ação civil pública precedeu a CRFB-88, com sua previsão pela Lei n. 7.347/1985. Com o advento da Constituição em 1988, o tema foi consignado no rol das funções institucionais do Ministério Público: “promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CRFB-88, art. 129, III).

<sup>237</sup> Cf. Lei n. 8.429/1992; CRFB-88, “Art. 37, §4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

<sup>238</sup> CRFB-88, “Art. 102, §1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

acabam por apontar elementos norteadores. As concepções que prevalecem são no sentido de que preceitos fundamentais conformam a essência do conjunto normativo constitucional, sem o que não há como se identificar um Constituição.<sup>239</sup>

Nessa esteira, seriam fundamentais, ao menos, os preceitos constitucionais relativos ao Estado Democrático de Direito, à soberania nacional, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ao pluralismo político, aos direitos e garantias fundamentais, aos direitos sociais, à forma federativa do Estado, à separação e independência dos poderes, bem como ao voto universal, secreto, direto e periódico.<sup>240</sup>

Pois bem. Em setembro de 2015, foi julgada a Medida Cautelar na ADPF 347, em sede da qual o STF invocou a teoria do estado de coisas inconstitucional, originalmente concebida pela Corte Constitucional da Colômbia, para reconhecer a massiva e persistente violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, que demandaria, por motivo de interesse público, a liberação de verbas orçamentárias do Fundo Penitenciário Nacional. Nesse sentido:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (...) Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Cf. TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 117.

<sup>240</sup> Cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1478.

<sup>241</sup> STF. Medida Cautelar na ADPF 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, j. em 09/09/2015, DJe 19/02/2016. O acórdão foi assim ementado: “CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”.

Dentre os exemplos da utilização dessa teoria em sua origem, o STF se inspirou no caso das condições das prisões julgado pela Corte Constitucional da República da Colômbia em 1998 (Sentencia T-153/98),<sup>242</sup> em que se discutiram as condições precárias das penitenciárias, que impediam o projeto de ressocialização dos detentos e lhes tolhiam a fruição de mínimas condições de vida digna. Para solucionar esse estado de coisas inconstitucional, a Corte determinou, dentre outras medidas, que órgãos do Poder Legislativo e do Poder Executivo elaborassem, em um período de três meses, um plano para a construção carcerária que pudesse garantir a vida digna dos detentos, devendo o governo, para tanto, realizar diligências imediatas para que fossem incluídos os recursos necessários à realização das obras no orçamento fiscal e no Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimentos.

Esse tipo de situação e outras hipóteses que possuem reflexos sobre políticas públicas e que surtem forte impacto sobre a separação das funções do Estado, ocasionando, inclusive, dispêndios financeiros não previstos em planejamento orçamentário, são pontos sensíveis à análise dos limites da atuação jurisdicional.

Um precedente paradigmático acerca do tema é a ADPF 45, que foi ajuizada contra veto do Presidente da República acerca do §2º, do art. 55 (posteriormente numerado art. 59), da proposta legislativa convertida na Lei n. 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei anual de 2004.<sup>243</sup> A ação acabou sendo julgada prejudicada em razão de causa superveniente ao ajuizamento, visto que, no curso da demanda, o Presidente remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei que restaurou a integralidade do dispositivo que havia sido vetado.

---

<sup>242</sup> “(...) Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que **dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.**” (Excerto da Sentença T-153/98, proferida pela *Sala Tercera de Revisión*, da Corte Constitucional da República da Colômbia, em Santa Fé de Bogotá, em 28/04/1998 – negritos acrescentados). Sentença disponível na íntegra em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 19 jan. 2017.

<sup>243</sup> O dispositivo vetado possuía a seguinte redação: “§2º. Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza”.

Porém, o STF, naquela oportunidade, consignou que o Poder Judiciário, a pretexto de preservar a integridade e a intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, poderia realizar o controle da implementação de políticas públicas, reconhecido o viés relativo da cláusula da reserva do possível.<sup>244</sup>

O problema de julgados como os ora citados não reside, muitas vezes, na solução adotada, mas na fundamentação utilizada.

Parece que já ficou claro, no decorrer do presente estudo, que quando o Poder Judiciário intervém ativamente na esfera de competência dos demais poderes, sua atuação acaba por catalisar debates e ações que são próprios do sistema político. A situação decorre de deficiências sistêmicas já previamente existentes pela ineficiência do Executivo e do Legislativo, mas se potencializa quando o Judiciário intervém a pretexto de corrigi-las.

Defensores desse modo de atuação jurisdicional se embasam na concepção de diálogos institucionais em meio aos quais o Judiciário deveria assumir postura ativista propulsora da atuação dos demais poderes. Elucidativas são as ponderações de Carlos Alexandre de Azevedo Campos acerca do tema:

(...) Sob certas circunstâncias, uma postura ativista de partida pode servir para inverter o ônus da inércia em casos altamente polêmicos, nos quais envolvidos custos políticos. No começo, há a transferência de custos políticos a juízes e cortes; depois, a depender da iniciativa do Tribunal e do grau de intervenção judicial, podem vir as reações políticas. Direito e política, como já afirmei em outro lugar, possuem uma relação de implicações recíprocas. Não pode haver cegueira quanto a esse ponto, nem mesmo “faces coradas”. Esse tipo de relacionamento faz parte da perspectiva honesta de *checks and balances*.<sup>245</sup>

<sup>244</sup> “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)” (STF. ADPF 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 04/05/2005).

<sup>245</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 314. Além do excerto já transcrito, vale também citar o seguinte: “Portanto, não haverá alternativa, senão o ativismo judicial também na chegada, na hipótese de os poderes políticos, mesmo depois de declarado o ECI [Estado de Coisas Inconstitucional] e determinadas ordens estruturais e flexíveis, se mantiverem resistentes em buscar soluções para as violações sistemáticas de direitos fundamentais dos presos. Daí a importância da fase

Não comungamos da mesma visão. Não obstante haja dificuldades, decorrentes da própria escassez de previsão normativa enfática para se obrigar os poderes políticos ao cumprimento de suas funções, não cabe ao Poder Judiciário fazer-lhes as vezes, visto que, como já esclarecido no curso do trabalho, a atuação política da Magistratura gera riscos à segurança jurídica e à autoridade dos juízes e, a depender da situação, pode colocar em dúvida a sua imparcialidade. Todas essas consequências fulminam os princípios do Estado de Direito, instalando-se um Estado de arbitrariedades justificadas pelo suposto interesse público.

Além disso, no afã de intervir em políticas públicas, o Judiciário não raras vezes adentra em searas sobre as quais não possui conhecimento e domínio adequado, visto que não fazem parte de suas atribuições típicas, estabelecendo juízos a partir de premissas erradas, com consequências desastrosas.

Exemplo disso é a invocação da cláusula da reserva do possível (mencionada, por exemplo, na ADPF 45, que já citamos). A depender do julgador e do caso concreto, podemos verificar que o STF faz referência ao termo de maneiras diversas. “Reserva do possível” normalmente é associada, na jurisprudência da Corte, à ideia de *cost of rights* (custo dos direitos), de origem estadunidense;<sup>246</sup> “reserva financeira do possível”, ou “reserva do financeiramente possível”, por seu turno, via de regra são expressões alusivas ao que cunhou o Tribunal Constitucional Alemão (*Vorbehalt des finanziellen Möglichen*).<sup>247</sup>

---

dialógica das sentenças estruturais e dos efeitos informais da deliberação sobre a sociedade e a opinião pública, de forma que os temas questionados possam entrar na agenda transformativa das reivindicações sociais. A única coisa que o Supremo não pode fazer é somar inércia ao descaso dos poderes políticos: ‘se o direito faz promessas vazias de justiça e as cortes cruzam os braços – assistindo, impotentemente, violações constitucionais sem tomar ação para corrigi-las –, elas não satisfazem as garantias dignidade humana, igualdade e liberdade’” (Idem, p. 316).

<sup>246</sup> Confirma-se o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45, no qual consignou: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, ‘The Cost of Rights’, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas” (STF. ADPF 45... cit., p. 5).

<sup>247</sup> Confirma-se o voto do Ministro Gilmar Mendes na IF 2915: “Um caso paradigmático neste sentido é aquele em que a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre ‘numerus clausus’ de vagas nas Universidades (‘numerusclausus Entscheidung’), reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à ‘reserva do financeiramente possível’ (‘Vorbehalt des finanziellen Möglichen’). Nesse caso, segundo o Tribunal alemão, não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vagas a qualquer tempo e a qualquer um que as pleiteie, exigindo altos investimentos destinados a suprir demandas individuais sem qualquer consideração sobre o interesse coletivo” (STF. IF 2915. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 03/02/2003, DJ 28/11/2003, p. 31).



Ambas as referências (*cost of rights* e *Vorbehalt des finanziellen Möglichen*) derivam de sistemas jurídicos estrangeiros, relativamente a situações em que não se impõe ao Poder Público custear o exercício de determinados direitos outorgados aos cidadãos.

Exemplo disso, na jurisprudência estadunidense, é o caso *Roe vs. Wade*, no qual a Suprema Corte inicialmente decidiu que a Constituição dos Estados Unidos protege o direito da mulher optar por interromper a gestação. Alguns anos após essa decisão, porém, surgiram complicações referentes ao custeio dos abortos, com questionamentos sobre a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas e destinação de verbas do erário para tais fins. Em *Maher vs. Roe*, a Corte voltou a analisar o caso e concluiu que não há responsabilidade pecuniária do Estado para a garantia desse direito, visto que não existe um dever constitucional de destinação de fundos para a implementação dos direitos classificados como “de escolha”, a exemplo do aborto. Desse modo, a Suprema Corte estabeleceu a distinção entre a liberdade do indivíduo e o subsídio da execução desse direito.<sup>248</sup>

Do mesmo modo, os precedentes do Tribunal Constitucional Alemão se orientam no sentido do dever de custeio de direitos pelo Estado apenas quando houver existência constitucional que aponte para essa direção, ou seja, em rol taxativo (*numerus clausus*).<sup>249</sup>

No Direito brasileiro, também deve ser observada a diretiva da Constituição. Desse modo, os direitos e garantias fundamentais, por expressa previsão constitucional, possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CRFB-88). Ao rol geral do art. 5º, compactuamos da tese de que também se somam os direitos sociais do art. 6º e seguintes, não sendo possível negar-lhes aplicabilidade imediata pelo mero fato de a norma garantidora estar contida no §1º do art. 5º. O elemento topográfico não se sobrepõe, no caso, à abrangência dada pelo Título II da CRFB-88, que denomina “Direitos e Garantias Fundamentais” todos aqueles contidos nos Capítulos que lhe são componentes: Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (art. 5º); Capítulo II – “Dos Direitos Sociais” (arts. 6º a 11); Capítulo III – “Da Nacionalidade” (arts. 12 a 13); Capítulo IV – “Dos Direitos Políticos” (arts. 14 a 16); Capítulo V – “Dos Partidos Políticos” (art. 17).

Além do elemento formal, também há elementos materiais conformadores da abrangência dos direitos fundamentais, a teor de sua relevância no Estado de Direito e de

---

<sup>248</sup> Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 2000, p. 35-6.

<sup>249</sup> Cf. esclarecimentos na nota de rodapé n. 212.

sua força constitucional, capazes de retirá-los da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos.<sup>250</sup>

Na já mencionada ADPF 54, o STF tentou estabelecer critérios para a análise judicial da concretização dos direitos fundamentais, criando, a partir do contraponto entre “mínimo existencial” e “reserva do possível”, o binômio assim definido: razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida em face do Poder Público *vs.* existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Ainda que a existência de disponibilidade financeira possa ser objetivamente aferida com base em elementos de prova a serem apresentados pelo Poder Público em juízo, a “razoabilidade” da pretensão individual ou social deduzida não está inserta nos limites de análise do Poder Judiciário se abrir azo ao subjetivismo valorativo.

O que se poderia admitir é a verificação judicial da subsunção, ou seja, da adequação do fato à norma. Na tutela do direito fundamental à saúde, por exemplo, o Judiciário há de verificar se o demandante possui, de fato, quadro de doença ou de debilidade que demande a intervenção médica ou medicamentosa. Assim, tomando-se exemplo extremado, não se pode, por óbvio, impor ao Poder Público o custeio de cirurgia cardíaca a quem não possui qualquer enfermidade dessa natureza, tampouco se deve custear tratamento medicamentoso a quem não está doente.

Mas, verificada a existência do fato ao qual a Constituição atribuiu a garantia de um direito, não cabem valorações subjetivas do intérprete acerca de eventual grau de

---

<sup>250</sup> Oportunos os ensinamentos de Jorge Reis Novais acerca do tema: “Ser um direito fundamental significa, em Estado constitucional de Direito, ter uma importância, uma dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à actuação dos poderes públicos. Significa, por outro lado, já no plano das relações entre os poderes públicos, que os bens, posições ou situações tuteladas pelos direitos fundamentais são retirados da plena disponibilidade decisória do poder político democrático, sendo a sua garantia atribuída, em última análise, a poder judicial, designadamente à justiça constitucional” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 251). Anote-se, também, a definição de direitos fundamentais proposta por Ingo Sarlet: “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 78).

relevância da medida, sob pena de a jurisdição assumir posturas moralistas e relativistas que não lhe são devidas.

Perfilhamos, assim, do entendimento de que, diante de direitos fundamentais – incluindo aqueles que demandam contraprestações positivas e custosas para sua efetivação –, a reserva do possível pode constituir limite fático à implementação, mas não pode ser invocada pelo Poder Público como lastro para o comodismo ou para a má gestão e previsão orçamentária.

Desse modo, é função do Judiciário determinar a realização do direito, verificando objetivamente: (i) se o direito invocado pelo demandante é, de fato, fundamental, nos termos da Constituição Federal; e (ii) se o indivíduo se encontra em situação fática que se subsuma à hipótese do direito fundamental.

Excepcionalmente, a reserva do possível torna-se fator de decisão se o Poder Público demonstrar em juízo a existência de justo motivo da inexistência de verbas para a concretização do direito, a exemplos de hipóteses como estado de calamidade, ou outras objetivamente verificáveis que demonstrem a incapacidade momentânea impeditiva de execução da medida.<sup>251</sup>

Nesse contexto, voltemos à análise da ADPF 347. Constou da fundamentação do acórdão o seguinte:

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador” (...).<sup>252</sup>

Diversamente das razões invocadas pelo Tribunal, não é da seara própria da jurisdição a intervenção nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, quer de forma genérica, quer detalhada.

---

<sup>251</sup> Cf. ALMEIDA, Luiz Eduardo de. *Direitos sociais e seus limites...* op. cit., p. 192.

<sup>252</sup> STF. Medida Cautelar na ADPF 347... cit., p. 19.

Tudo isso é reservado à escolha política. Até porque, encerrado o processo, não há como o Judiciário permanecer em constante observação do cumprimento de suas decisões, fazendo-o apenas quando é provocado, nos estritos limites processuais formais.

Mas, em que pese o que foi consignado na fundamentação do acórdão da Medida Cautelar na ADPF 347, o conteúdo decisório em si parece não ter afrontado os limites constitucionais da jurisdição. Não obstante a polêmica invocação da teoria estrangeira do estado de coisas inconstitucional, a decisão abrangeu os seguintes aspectos: (i) determinação aos juízes e tribunais de realização de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento dos presos perante a autoridade judiciária em até vinte e quatro horas, contadas do momento da prisão, em observância aos arts. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>253</sup> e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>254</sup>; (ii) determinação à União de liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos; (iii) expedição de ordem de ofício determinando à União e aos Estados, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao STF informações sobre a situação prisional

Em relação à primeira medida (i), houve aplicação do disposto nos pactos internacionais de direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil, não havendo atividade criativa que extrapolasse os limites do ordenamento, mas mera ordem de cumprimento da lei.

Com relação à determinação de liberação das verbas contingenciadas do Fundo Penitenciário (ii), a medida decorreu de exercício de interpretação legislativa – típico da função jurisdicional –, mormente quanto ao §2º, do art. 9º, da Lei Complementar n.

---

<sup>253</sup> Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 592/1992, “Art. 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

<sup>254</sup> Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 27/1992, “Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

101/2000<sup>255</sup>, que impede a limitação de despesas que constituam obrigações constitucionais do ente (no caso, do FUNPEN). Ao concluir que a lei veda os contingenciamentos, o Judiciário realizou controle de legalidade sobre a opção política, não incidindo na seara da discricionariedade, mas da vinculação. Eventual invocação de erro de interpretação, ou discordância quanto ao entendimento adotado, não maculam o caráter legítimo da atividade jurisdicional que foi exercida, visto que o próprio sistema admite a interposição de recursos e a reanálise das decisões.

Por fim, a terceira medida (iii), tomada de ofício pelo Tribunal, também não parece violar os limites de suas atribuições. O julgamento ainda se deu apenas em sede cautelar e o processo continua tramitado. Por isso, interessa ao STF munir-se de elementos probatórios fáticos acerca da situação penitenciária nacional, a fim de, ao final, poder julgar o mérito da demanda. Desse modo, a medida se fundamenta na margem aberta pelos poderes instrutórios do juiz, que é o destinatário da produção de provas, a incluir o legítimo poder geral de cautela.<sup>256</sup>

Em síntese, pode-se dizer que a ascensão de direitos humanos expressamente incorporados ao texto constitucional, em especial aqueles que demandam prestações positivas do Estado para sua fruição – precipuamente os direitos humanos de segunda geração, que possuem uma finalidade social de bem-estar (*welfare*)<sup>257</sup> –, demandam que o

---

<sup>255</sup> Lei Complementar n. 101/2000, “Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. (...) § 2º. Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias”.

<sup>256</sup> “Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, também assiste o poder de terminar as provas necessárias à formação de seu convencimento. A iniciativa probatória do juiz é elemento indissociável da efetividade do processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 107).

<sup>257</sup> Oportunas as considerações de T. Koopmans acerca do *welfare state* (estado de bem-estar social): “O tipo de estado que podemos definir como *welfare state* resultou, inicialmente, de atividades legislativas. Os primeiros passos foram tomados nas áreas de políticas sociais, com a legislação sobre direito trabalhista, saúde e seguridade social; mas a intervenção estatal gradualmente avançou para o campo econômico, com a legislação antitruste, concorrência desleal, transporte e agricultura; até que finalmente nos conduziu para a situação presente, com a extensão do poder público, que exerce controle generalizado sobre a economia, assume responsabilidades para o emprego, elabora planos de assistência social e subsidia atividades não lucrativas como as artes, o trabalho comunitário e a renovação de centros urbanos degradados” (KOOPMANS, Tim. *Legislature and Judiciary: Present Trends*. New perspectives for a common law of Europe/Nouvelles perspectives d’un droit commun de l’europe. Florença: Leiden, 1978, p. 313-4 – tradução livre. No original: “The type of state which we loosely define as the welfare state resulted primarily from legislative activities.

Estado supere os limites das tradicionais funções legislativas de proteção ou de repressão – típicas dos direitos humanos de primeira geração. Há o imperativo de políticas públicas promocionais, destinadas a desenvolvimentos futuros, não bastando aos fins do Estado Social que a lei apenas prescreva o que é justo ou injusto, certo ou errado.

A previsão constitucional dessa ampla gama de direitos que demandam implementações positivas não deixa margem para a escolha legislativa sobre legislar ou não. Não há, portanto, juízo legítimo de conveniência e oportunidade do Legislativo sobre promover a normatização necessária para a efetivação desses comandos constitucionais, ou deixar de fazê-lo.<sup>258</sup>

Ao positivar direitos, a Constituição não apenas os declara. Em verdade, declarações de tal natureza são verdadeiros mandamentos constitucionais aos poderes do Estado, para que promovam seu cumprimento. Portanto, entendemos que não violam os limites constitucionais da função jurisdicional as determinações, aos poderes públicos, de dar-lhes efetividade. Mas a formulação das políticas públicas incumbe às esferas de atuação política (Legislativo e Executivo). Ao Judiciário cabe reconhecer a violação de direitos – que pode decorrer de ações ou inações – e determinar que seja sanada, incumbindo ao legislador e ao administrador agir com eficiência para cumprir as ordens recebidas e solucionar os estados de inação ou de má gestão que geraram a judicialização do caso.

---

The first steps were taken in the area of social policy, by legislation on labour law, health and social security; but state intervention gradually advanced into the economic sphere, by legislation on antitrust law, unfair competition, transport and agriculture; it finally brought us to our present situation, by extending the public sector, by exercising an overall control of the economy, by assuming responsibility for employment, by framing schemes of social assistance, and by subsidizing non-profit-making activities like the arts, community work and renovation of decaying urban centres”).

<sup>258</sup> Acerca do tema, consigna Jorge Reis Novais: “Ao contrário do que acontece nos direitos de liberdade, o conteúdo dos direitos sociais não é constitucionalmente determinado ou determinável, a norma constitucional não cria, ela própria, em termos definitivos, um âmbito delimitado de acesso reconhecido, abrindo, todavia, essa possibilidade e impondo essa obrigação aos competentes órgãos do Estado” (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 137).

### *3.2.2.1. Os riscos da violação de direitos fundamentais a pretexto de protegê-los*

O alerta quanto aos riscos do moralismo jurídico e da criação originária do Direito pelo Poder Judiciário ultrapassa a teoria e pode ser objeto de constatação prática. Exemplo disso é o da criminalização, pelo STF, da homofobia e da transfobia, quando do julgamento da ADO 26 e do MI 4733.

Não se pode negar que a sociedade brasileira ainda vivencia as mazelas do preconceito em diversos níveis, com ênfase a determinados grupos tradicionalmente menosprezados ou excluídos, tais como os negros, os índios, os homossexuais e transexuais<sup>259</sup>, e as mulheres.

Medidas legislativas foram tomadas, ao longo do tempo, para a tentativa de inclusão desses grupos, tais como as cotas raciais para ingresso nas universidades e no serviço público, a legislação penal especial para o combate da violência contra a mulher, a inserção da figura típica do feminicídio no Código Penal, a tipificação penal do racismo e da injúria racial, dentre outras.

Todavia, ainda não houve ação legislativa para a repressão eficaz da homofobia e da transfobia, de modo que a responsabilização por atos de violência e preconceito em razão de orientação sexual e identidade de gênero permanecem na seara dos crimes comuns previstos no Código Penal e na legislação esparsa (a exemplo do homicídio, da lesão corporal, da ameaça e da injúria) e da responsabilização civil, sem a existência de figuras típicas mais severas, circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena específicas.

Dados oficiais do Ministério de Direitos Humanos apontam que gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis são grupos vulneráveis da sociedade brasileira, contra quem há altos níveis de criminalidade motivada por discriminação.<sup>260</sup> Portanto, há inegável relevância social na tomada de medidas legislativas para se combater esse cenário.

---

<sup>259</sup> Leia-se a referência da forma mais ampla possível, a abranger as discriminações em razão de orientação sexual e identidade de gênero.

<sup>260</sup> Cf. MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Secretaria de Cidadania. *Violência LGBTQI+ no Brasil: dados da violência*. Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencia-lgbtfobicas-no-brasil-dados-da-violencia>>. Acesso em 12 nov. 2019.

Além da relevância prática, extraem-se da Constituição comandos para a criminalização de tais condutas. O art. 5º, XLI, da CRFB-88, é expresso ao prever que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Dispositivos desse jaez são classificados pela doutrina como *mandados de criminalização*, ou seja, comandos diretos ao legislador, para que criminalize condutas atentatórias a bens jurídicos eleitos pela própria Constituição.

Em geral, a opção pela eleição de bens jurídicos penais é reservada à política criminal, de competência legislativa discricionária. Há, porém, vinculação do legislador, quando se está diante de mandados constitucionais de criminalização.<sup>261</sup>

Tais mandados podem ser expressos e inequívocos, tais como o contido no art. 5º, XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), ou implícitos. Quanto a estes últimos, seu reconhecimento demanda uma análise contextual da Constituição, impondo-se ao legislador a criminalização da conduta “sempre que houver necessidade de proteção a um bem jurídico, que embora apresente uma importância preponderante em nosso ordenamento constitucional, não esteja plenamente tutelado por normas ordinárias de natureza não-penal”.<sup>262</sup>

Destaca Antonio Carlos da Ponte que:

(...) o reconhecimento aos mandados implícitos de criminalização sempre dependerá de uma análise contextual da Carta Magna; contudo, não pode se dar no campo meramente subjetivo, atrelado unicamente ao talante do intérprete. A eleição de critérios seguros mostra-se como imprescindível para que não haja violação ao corpo constitucional, sob pretexto de preservá-lo.<sup>263</sup>

No caso em comento, o comando de criminalização decorre do mandado abrangente disposto no art. 5º, XLI, da CRFB-88, que determina a punição legal de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais. Não bastasse o mandamento expresso, a especificidade da proteção das vítimas de homofobia e transfobia decorre da análise conjunta desse dispositivo constitucional, com princípios como o da igualdade (art. 5º, *caput*, da CRFB-88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB-88), de modo

---

<sup>261</sup> Cf. GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*. 2010. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 120.

<sup>262</sup> *Idem*, p. 138-9.

<sup>263</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166.



que mesmo o elemento implícito específico quanto ao direcionamento do objeto de proteção pode ser claramente aferido por critérios objetivos contextuais.

Ocorre que o mandado de criminalização é destinado ao legislador. Isso decorre de outro direito fundamental, definido no inciso XXXIX, do art. 5º, da CRFB-88: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se do princípio legalidade, ou da reserva legal, que tem como consectário a anterioridade da previsão incriminadora e da pena (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).

Tal princípio possui significado político e jurídico. Politicamente, é garantia constitucional dos direitos humanos. Juridicamente, fixa o conteúdo das normas incriminadoras, impedindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente, sem definição prévia da conduta punível em sem a determinação da sanção aplicável.<sup>264</sup>

Pois bem. Submetida a omissão inconstitucional quanto ao cumprimento do mandado de criminalização da discriminação em razão de homofobia e transfobia, o STF, no julgamento dos aludidos ADO 26 e do MI 4733, reconheceu o estado de mora legislativa e de omissão inconstitucional e determinou a aplicação, a casos futuros, da Lei n. 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, até que sobrevenha legislação específica que discipline a matéria.

Não obstante seja possível, em especial pela via do mandado de injunção, que o Tribunal dê uma solução prática para a garantia de direitos que demandam disciplina normativa, enquanto há omissão do legislador, tal permissivo do art. 8º da Lei n. 13.300/2016 não pode ser lido em descompasso com a Constituição Federal. O estabelecimento judicial de soluções para o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas jamais pode violar os limites traçados pela principiologia constitucional, em especial quando se estão em jogo direitos e garantias fundamentais.

Não poderia o STF, por meio do estabelecimento de analogia com o racismo, aplicar a um tipo penal determinada conduta que não se amolde perfeitamente aos seus estritos limites. Não bastasse a usurpação legislativa da competência de edição de leis penais, esse raciocínio também viola o consagrado princípio da vedação da analogia criminal em

---

<sup>264</sup> Cf. MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*. 1. v. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 66.

detrimento do réu. Portanto, a pretexto de proteger uma gama de direitos fundamentais, o STF acabou por violar outros, estabelecendo analogia *in malam partem*.

Daí se pode concluir que houve nítida violação aos limites constitucionais da função jurisdicional, com usurpação de competência legislativa em matéria penal, o que atenta não apenas contra o princípio da separação de poderes, mas também contra as garantias fundamentais da anterioridade da lei penal, da estrita legalidade e da vedação à analogia em detrimento do réu.

### **3.2.3. A discricionariedade administrativa**

O campo reservado às políticas públicas já foi analisado em item específico. Cabe, agora, tecer considerações acerca do controle judicial dos atos decorrentes de exercício de competência discricionária administrativa (executiva). A matéria é objeto de maior dedicação entre os estudiosos do Direito Administrativo. Para os fins da perspectiva constitucional, cabem ponderações mais objetivas.

O conceito de discricionariedade, que se contrapõe à vinculação, já consta das premissas teóricas contidas na Introdução do presente trabalho.<sup>265</sup> No caso da vinculação, o alcance e a delimitação do comportamento são precisos na norma, motivo pelo qual o controle judicial é de constitucionalidade inequívoca, bastando ao julgador verificar se o ato se subsume às diretrizes da previsão legal.

Questionamentos podem surgir, todavia, na seara do exercício de competência discricionária, em que o administrador público expede atos com base em juízos de conveniência e de oportunidade. Não se pode esquecer que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, de modo que eventual ato arbitrário é, à evidência, passível de controle judicial, visto que não traduz legítimo exercício de poder político.

A princípio, no legítimo campo de eleição pelo administrador, dentro da moldura da lei, do mais conveniente e oportuno a ser praticado *in concreto*, não pode se imiscuir o Poder Judiciário, sob pena de interferência sobre esfera reservada ao campo decisório

---

<sup>265</sup> Cf. Subitem “I.3.4”.

político. Porém, essa regra sofre temperamentos quando se está em jogo e análise dos motivos e da finalidade do ato.

Os motivos do ato fazem parte de sua configuração legal e, portanto, sua verificação faz parte da essência do controle de legalidade. E um dos aspectos mais relevantes desse controle diz respeito à análise dos fatos. Como pondera Victor Nunes Leal:

(...) apurar se realmente ocorreu um fato, sem o qual o ato não poderia ser praticado, não equivale a dizer se aquele motivo era razoável ou não, mas apenas se era verdadeiro. Se era falso o motivo, isto é, se o fato real pressuposto por lei não ocorreu, o ato não pode subsistir, é ilegal, porque baseado em falsa causa.<sup>266</sup>

Na mesma esteira, o controle do fim almejado pelo agente quando da prática do ato também autoriza a análise judicial, mormente em virtude dos reclamos da teoria do desvio de poder, sistematizada por Maurice Hauriou nos seguintes termos:

O desvio de poder ocorre quando uma autoridade administrativa, durante a execução de um ato de sua competência, observando as formas prescritas, embora não cometa qualquer violação formal da lei, faz uso de seu poder por motivos diferentes daqueles pelos quais este poder lhe foi conferido, ou seja, motivos outros que não a proteção do interesse geral e o bem do serviço. (...) Devemos ter cuidado com a noção de motivos determinantes, que é um conceito subjetivo que envolve o exame das intenções da autoridade administrativa que realizou o ato, e não a causa jurídica do ato. Há mais a discorrer, a propósito da violação da lei, sobre a questão da nulidade dos atos administrativos por ausência de causa jurídica. Mas essa não é a questão ora discutida. O ato viciado pelo desvio de poder se encaixa perfeitamente à causa jurídica referente à sua categoria específica. Seu vício advém do motivo subjetivo, o qual, apesar de legalmente adequado, não é compatível com o bem do serviço.<sup>267</sup>

O desvio de poder pode se manifestar nas modalidades de excesso de poder (basicamente, quando a autoridade que pratica o ato excede suas competências legítimas) ou desvio de finalidade propriamente dita, sempre que o móvel do agente for escuso ao interesse público.

<sup>266</sup> LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. São Paulo: Forense, 1960, p. 245.

<sup>267</sup> Textos em tradução livre. No original: "(...) Le détournement de pouvoir est le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, tout en observant les formes prescrites, tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire, autres que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du service. (...) Faisons bien attention qu'il s'agit de la notion des motifs déterminants, qui est une notion subjective impliquant examen des intentions de l'autorité administrative qui a fait l'acte, et non pas de la notion objective de la cause juridique de l'acte. Nous rencontrerons plus loin, à propos de la violation de la loi, la question de la nullité de l'acte administratif pour absence de cause juridique. Mais ce n'est pas ici le cas. L'acte entaché de détournement de pouvoir possède parfaitement la cause juridique afférente à sa catégorie. Son vice provient du motif subjectif qui fait que, malgré sa cause catégorique exacte, il a été pris à l'encontre du bien du service" (HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 11. ed. Paris: Recueil, 1927, p. 419-421).

Para além do controle dos motivos e da finalidade, há ainda quem defenda um controle mais amplo da discricionariedade administrativa, fundado na perquirição de qual era, dentre a gama de comportamentos permitidos pela moldura normativa, o mais conveniente e o mais oportuno para o caso concreto. O fundamento dessa teoria reside na ideia de efetivação das potencialidades máximas dos direitos fundamentais prestacionais, de modo que ao administrador não caberia apenas a realização de atos legais, mas a tomada dos melhores atos possíveis dentro das margens da legalidade.<sup>268</sup>

As críticas a esse posicionamento, porém, são as mesmas já descritas no item em que se tratou dos direitos fundamentais e das políticas públicas, de modo que transcendem os limites constitucionais da função jurisdicional os juízos valorativos sobre a opção tomada pelo administrador público no exercício de competência discricionária, reservando-se o controle judicial, no caso, à constatação da legalidade (inclusive à luz dos predicados da teoria do desvio de poder).

Mas a análise dos motivos do ato é não apenas um poder, como um dever do juiz (nas hipóteses em que instado a se manifestar), cabendo-lhe, inclusive, determinar ao administrador público que proceda à motivação de seu ato, caso ainda não o tenha feito, sob pena de declaração de nulidade.<sup>269</sup>

### 3.2.5. Os atos eminentemente políticos

Por atos eminentemente políticos, entendemos uma gama de possibilidades que podem se resumir às seguintes categorias: (i) atos de governo; (ii) atos de chefia de Estado; (iii) exercício de jurisdição pelo Poder Legislativo; e (iv) atos *interna corporis*.

Em sistemas Presidencialistas como o brasileiro, o Poder Executivo reúne em si tanto a chefia de Estado, como a de governo. Nos sistemas Parlamentaristas, por outro lado, ocorre a cisão dessas atribuições.

---

<sup>268</sup> Cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 313 e ss.

<sup>269</sup> Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação*. In BEÇAK, Rubens (Org.); QUINTILIANO, Leonardo David; NIMER, Beatriz (Coord.). *Princípios constitucionais...* op. cit., p. 283.

Para a aferição do conteúdo jurídico das potencialidades da função de governo, devemos partir do pressuposto de que se trata da execução direta da Constituição e de seus direcionamentos políticos. Traduz-se, portanto, na escolha das diretrizes políticas básicas do Estado, as quais ou já foram prefixadas pelo texto constitucional – cabendo ao governo, nesse caso, detalhá-las e traçar as estratégias para seu cumprimento –, ou são contingentes de política governamental que se convertem em programas legislativos.<sup>270</sup>

Na prática, a função de governo se observa, no mais das vezes, na realização de programas de governo e planos de ação globais ou setoriais, compreendendo o engajamento dos demais poderes e da sociedade civil. Essas atividades, via de regra, ficam adstritas à seara política e possuem vocação natural para se espalhar por todos os campos do Estado, impulsionando providências legislativas, administrativas e até jurisdicionais, sempre sob a impulsão do governo, em um plano supra-jurídico.<sup>271</sup>

Enquanto restritos à esfera política, tais atos não são passíveis de controle jurisdicional, pois estão acima da jurisdição; são estruturantes do próprio Estado. Além disso, por suas características, não incidem na esfera jurídica subjetiva de quem quer que seja, de modo que deles, a princípio, não surgem reclamos judicializáveis. Mesmo quando assumem forma legislativa, não perdem sua essência material de atos de governo. É o que se verifica, por exemplo, na programação de despesas públicas, com o orçamento anual, os planos plurianuais, ou também no caso de planos e programas nacionais, regionais ou setoriais de desenvolvimento. Em todos esses casos, o conteúdo material em si é eminentemente político e, portanto, alheio ao controle jurisdicional.<sup>272</sup>

Os atos típicos de chefia de Estado, por sua vez, são aqueles que, em última análise, importam “representação tanto externa quanto interna da unidade do Estado”.<sup>273</sup> São atos não normativos, de orientação política superior do Estado, que decorrem diretamente da Constituição e possuem ampla possibilidade de conformação.<sup>274</sup>

Tal conformação decorre de sua própria previsão constitucional, não raro fundada em conceitos indeterminados de cunho valorativo, ou em concepções de livre escolha

---

<sup>270</sup> Cf. BARILE, Paolo. *Instituzioni di diritto pubblico*. 4. ed. Padova: CEDAM, 1982, p. 243-4.

<sup>271</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...* op. cit., p. 155.

<sup>272</sup> Idem, p. 155.

<sup>273</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional...* op. cit., p. 224.

<sup>274</sup> Cf. SCHÄEFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral*. In Interesse Público, Porto Alegre: Notadez, 35:79-97, jan./fev. 2006, p. 90.

reservadas ao Presidente da República. Na primeira hipótese, podemos identificar as hipóteses de intervenção federal para “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública” (art. 34, III, da CRFB-88), ou a decretação de estado de sítio em situações de “comoção grave de repercussão nacional” (art. 137, I, da CRFB-88). Na segunda hipótese – competências de livre escolha do Presidente –, podemos citar a atribuição de “conferir condecorações e distinções honoríficas” (art. 84, XXI, da CRFB-88).

Quanto aos casos de atos de chefia de Estado, comungamos do entendimento de que sobre eles pode incidir controle jurisdicional, mormente para se evitar o cometimento de arbitrariedades.<sup>275</sup> Assim, em relação aos conceitos vagos, como de “grave comprometimento da ordem pública”, ou “comoção grave de repercussão nacional”, pode o Judiciário declarar inconstitucional a atuação do Chefe de Estado que aja de maneira abusiva ou totalmente dissonante da razoabilidade. Seria o caso de controle em face de casos onde se pudesse verificar grande temeridade na atuação do Presidente da República.

E, em relação às suas competências de livre escolha, tais como as condecorações, ou mesmo as nomeações de Ministros, a ingerência jurisdicional possui menor espectro, mas pode ser verificada quando, por exemplo, em teoria, o ato for manifestamente contrário aos ditames do Estado de Direito, gerando riscos à ordem nacional (ex.: condecoração de nazistas, ou nomeação de Ministro que tenha se comprometido a dar um golpe de Estado).

Em termos de nomeações de ministros, também há a possibilidade de controle sob aspectos formais, relativamente ao atendimento dos requisitos constitucionais para a ocupação do cargo. Nos termos do art. 87 da CRFB-88, “os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte um anos e no exercício dos direitos políticos”. Se o Chefe de Estado nomear estrangeiros, ou pessoas menores de vinte um anos, ou que não estejam no gozo de seus direitos políticos, caberá a declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Poder Judiciário.

Reiterem-se aqui, também, as considerações que foram feitas quando analisamos o a súmula vinculante n. 13 e o nosso entendimento acerca da possibilidade de reconhecimento do nepotismo político. Esse fator, então, também autoriza a análise de atos de nomeação praticados pelos Chefes de Estado.

---

<sup>275</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...* op. cit., p. 162.

Quanto ao exercício de jurisdição pelo Poder Legislativo, mormente nos processos em que se julga o cometimento de crimes de responsabilidade, a teor do *impeachment*, a hipótese é de função atípica do Parlamento. Nesses casos, não pode o Judiciário rever o mérito da decisão tomada, quer em relação à valoração dos fatos, quer quanto à interpretação dada à norma, visto que o julgamento é político.<sup>276</sup> O Presidente do Supremo Tribunal Federal preside o julgamento no Senado, mas se limita a garantir a constitucionalidade e a legalidade formais do procedimento, não adentrando – reitere-se –, no mérito decisório.

Os atos *interna corporis*, por sua vez, que são aqueles afetos à economia interna das Casas Legislativas, não obstante seu caráter político, estão sujeitos ao controle jurisdicional sempre que violarem a Constituição ou ofenderem direitos públicos subjetivos titularizados ou não por membros do Congresso Nacional.<sup>277</sup>

Além disso, concordamos com o entendimento de Elival da Silva Ramos ao defender que mesmo a interpretação das normas dos regimentos internos é passível de controle pelo Poder Judiciário, visto que:

Apenas a juridicização da atividade de interpretação-aplicação dos textos dos regimentos internos das Casas legislativas pode assegurar, adequadamente, o princípio do pluralismo político, impedindo que os partidos majoritários se valham do controle das Mesas e Comissões para cercear o lícito exercício da oposição parlamentar. Além do controle dos procedimentos (administrativos, legislativos ou de controle político) internos ao Parlamento da ótica dos princípios e das regras constitucionais que sobre eles incidem, mostra-se viável um certo controle sobre a própria interpretação-aplicação de normas regimentais, ao menos para afastar exegeses totalmente descabidas desses textos, relevadoras de condutas arbitrárias.<sup>278</sup>

---

<sup>276</sup> Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Impeachment*. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/-i-impeachment--i-.cont>>. Acesso em 14 fev. 2018.

<sup>277</sup> Nesse sentido já decidiu o STF: “COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES ‘INTERNA CORPORIS’ DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS” (STF. MS 24831. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, j. em 22/06/2005, DJ 04/08/2006).

<sup>278</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...* op. cit., p. 161.

Portanto, o Judiciário pode ir além do controle meramente formal dos atos *interna corporis* e adentrar na discussão dos fundamentos jurídicos das decisões de interpretação regimental, nos limites estritamente necessários à correção de abusos e arbitrariedades.

Além das hipóteses ora citadas, podemos volver à análise da constitucionalidade da Lei da Anistia pelo STF, sobre a qual já tecemos comentários na Parte “1” do presente trabalho.

O julgamento da ADPF 153<sup>279</sup> foi emblemático na adoção de postura não ativista pelo STF. Não obstante as considerações críticas que possam ser feitas à anistia aos crimes políticos e conexos praticados durante o período da Ditadura Militar no Brasil, fato é que, como já destacamos ao tratar anteriormente do assunto, a medida se tratou de uma opção política conjunta entre dirigentes do Estado e sociedade civil, que permitiu a pavimentação dos caminhos para a redemocratização.

Ao julgar o caso, o STF consignou que a hipótese não seria de uma lei dotada de generalidade e abstração, mas, sim, de uma lei-medida, que disciplinou interesses específicos e se mostrou imediata e concreta. Por isso, não poderia ser interpretada fora do contexto histórico em que foi editada. Nesse sentido:

(...) No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão *crimes conexos* da Lei b. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, “se procurou” (...) estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada *Lei da Anistia* veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição

---

<sup>279</sup> “LEI N. 6.683/79, A CHAMADA ‘LEI DE ANISTIA’. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E ‘AUTO-ANISTIA’. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE” (STF. ADPF 153. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, j. em 29/04/2010, DJ 05/08/2010).



conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade do momento em que foi conquistada.<sup>280</sup>

Além do reconhecimento do caráter político da lei, ensejador do afastamento da apreciação jurisdicional de mérito, também por outros fatores não se poderia interpretar a Lei da Anistia de forma restritiva, a retirar de sua hipótese de incidência crimes como tortura, homicídio, estupro, dentre outros.

Em verdade, a interpretação original da norma – fruto da decisão política tomada à época de sua edição – foi permitir a anistia ampla e geral, promovendo-se o “perdão” do passado, em prol da pacificação social necessária à redemocratização. Desse modo, eventual interpretação que hoje se fizesse em sentido diverso acarretaria a responsabilização criminal de quem, até então, estava anistiado.

A consequência gera dois problemas básicos: o primeiro é a instabilidade jurídica e o segundo é a promoção de interpretação criminal em desfavor do acusado. Por mais que gere revolta a impunidade dos agentes que cometeram crimes bárbaros nos “porões da Ditadura”, não se pode admitir, sob a égide do Estado de Direito ora vigente, que sejam violados os princípios da segurança jurídica e da vedação à interpretação penal *in malam partem*.

Portanto, agiu bem o STF no julgamento da ADPF em alusão, não ultrapassando os limites constitucionais de sua função.

### **3.3. REAÇÕES AO ATIVISMO JUDICIAL: *BACKLASHES***

O ativismo judicial, conforme já se pôde demonstrar, decorre de uma degeneração do sistema institucional de separação de poderes.

A teoria montesquiana de divisão do poder aliou à identificação de cada função do Estado, além de seu desempenho por um poder específico, a recomendação de que não se conferisse a mais de um poder cada atribuição, e que esses poderes desempenhassem suas próprias competências sem se imiscuírem nas esferas alheias. Porém, o sistema não é capaz

---

<sup>280</sup> STF. ADPF 153... cit., p. 3.

de funcionar de maneira tão rígida, verificando-se que, além da sua atividade preferencial e primeira, cada poder também exerce funções que, em tese, não lhes seriam atinentes, mas o fazem como atribuições necessárias à realização de suas próprias tarefas.<sup>281</sup>

Como exemplo, o Poder Legislativo, que tem a função típica de criar normas jurídicas, pode exercer função atípica jurisdicional quando julga processos de *impeachment*. O Judiciário, por seu turno, pode legislar acerca de sua própria estruturação, a exemplo dos regimentos internos dos Tribunais e dos provimentos das corregedorias de justiça.

No Brasil, a CRFB-88 prevê, em seu art. 2º, que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Note-se que há destaque à independência e à harmonia.

Por independência, entenda-se que: (i) a investidura e a permanência nos órgãos de governo não dependem da confiança ou da vontade dos outros; (ii) os titulares de cada função não precisam consultar os outros, nem dependem de sua autorização, para o exercício de suas atividades; (iii) na organização interna de serviços, cada poder é livre, devendo observar apenas as disposições constitucionais e legais.<sup>282</sup>

A harmonia, por seu turno, pressupõe que haja cortesia e respeito às prerrogativas e faculdades de cada poder, estabelecendo-se interferências apenas para a realização do bem da coletividade e com vistas a evitar o arbítrio, de forma que o poder deve conter o poder, em prol do interesse público.<sup>283</sup>

Trata-se, destarte, de manifestação do sistema de freios e contrapesos. Assim, por exemplo, o Presidente da República (chefe do Executivo) tem poder de veto sobre os projetos de lei do Legislativo;<sup>284</sup> o Presidente da República não interfere na função jurisdicional, mas

---

<sup>281</sup> Cf. BEÇAK, Rubens. *O Tribunal Constitucional e sua intervenção no processo político*. In: Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17, 2008, Salvador. Anais, p. 2762.

<sup>282</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...* op. cit., p. 110.

<sup>283</sup> *Idem*, p. 110.

<sup>284</sup> CRFB-88, “Art. 66. Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, 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 veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. § 5º Se o

nomeia os Ministros dos Tribunais Superiores, sob controle do Senado Federal;<sup>285</sup> os Tribunais não influem no Legislativo, mas podem declarar a inconstitucionalidade das leis, dentre outras hipóteses que traduzem manifestação de *checks and balances*.

Mas nem sempre esse mecanismo opera de maneira sadia. Quando há distorções, manifestam-se ingerências indevidas e abusivas de um poder sobre o outro. Assim, exemplificativamente, no período da Ditadura Militar no Brasil, houve afronta do Poder Executivo sobre a autonomia e a independência do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, inclusive com a cassação de Ministros do STF que proferiram decisões contrárias ao interesse do regime autoritário,<sup>286</sup> o que demonstra que se instalou no país, naquele período, Estado de mera legalidade imposta pelos Atos Institucionais do Executivo, e não um legítimo Estado de Direito. Para retratar como era o sistema autoritário, interessantes são as manifestações de Sobral Pinto em carta enviada ao Presidente da República Ernesto Geisel, em março de 1977, e, posteriormente, em palestra feita no Conselho Federal da OAB, em abril daquele mesmo ano:

Será que Vossa Excelência pensa em elevar à categoria de modelo brasileiro o regime de força que inventou os Atos Institucionais e os Atos Complementares, que implantaram no País a soberania isolada do Poder Executivo, exercido, sucessivamente, desde abril de 1964 até agora, por quatro Generais de Exército, Atos que suspenderam as garantias constitucionais do Legislativo e do Judiciário, e que eram, até outubro de 1969, em número de 17 os Institucionais e em número de 77 os Complementares?

Não é possível, Senhor Presidente, que se pretenda considerar regime adequado a uma Nação civilizada, como o Brasil, aquele que é constituído de Atos que revogam a Constituição, de modo permanente em alguns pontos, e de forma esporádica em outros. Segundo este modelo, se é que ele merece tal nome, sempre que ao Poder Executivo convém modificar leis votadas pelo Congresso Nacional, o Ato nº 5, de 13 de dezembro de 1968, autoriza esse Poder a modificá-las para atender semelhante conveniência. E isto é feito, Excelência, sem que o Judiciário possa valer, com a sua decisão, àquele ou àqueles que foram atingidos em seu direito por Decreto do Poder Executivo, baixado com base no referido Ato nº 5.<sup>287</sup>

Não há, assim, nem houve nunca, de 1964 até agora, revolução nenhuma. O que houve, e tem havido, sem interrupção, neste período de 13 anos, é uma série

---

veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo”.

<sup>285</sup> CRFB-88, “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição”.

<sup>286</sup> Em virtude do AI-5, os Ministros do STF Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, foram cassados por decreto do Presidente Arthur d Costa e Silva, em virtude de suas tendências decisórias independentes e modernas.

<sup>287</sup> Carta enviada ao Presidente da República Ernesto Geisel em 29 de março de 1977. In: PINTO, Sobral. *Lições de liberdade: os direitos do homem no Brasil*. Belo Horizonte: Comunicação, 1977, p. 252.

sucessiva de golpes de Estado, para anular, sempre com êxito, a independência do Legislativo e do Judiciário, postos na dependência permanente do Executivo, único Poder soberano, efetiva e realmente, entre nós. A Emenda Constitucional nº 7 consolidou a destruição, no direito positivo brasileiro, do princípio da separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos.<sup>288</sup>

Pois bem. No caso das distorções institucionais e da quebra da harmonia da separação de poderes, pode haver reações contrárias tanto da sociedade, quanto das demais funções do Estado. A esse fenômeno se atribui o nome de efeito *backlash*.

Sua tendência é mais marcante em sistemas de tradição *common law* (como o anglo-saxão e o estadunidense), tendo relação com o chamado *judicial review* e com o protagonismo judicial que é inerente a esses modelos, dada a construção do Direito pela via da jurisprudência. No Brasil, em que pese não ser esse o sistema adotado – haja vista a tradição pátria de bases romanísticas do *civil law*, com predomínio do Direito legislado –, a postura ativista do Poder Judiciário tem gerado uma aproximação (ainda que não intencional ou programada) entre os dois sistemas, o que repercute na ocorrência de reações ao ativismo semelhantes às que se evidenciam no fenômeno *backlash*.

Mas as reações brasileiras aparentam ir além, englobando não apenas o envolvimento das instituições para dar concretude aos anseios populares contrários à ingerência judicial em questões políticas, mas também situações em que, independente de quaisquer demandas sociais evidentes, os outros poderes têm reagido à exacerbação judicial, no âmbito de suas próprias funções. Exemplos disso são o projeto de lei de abuso de autoridade, que ainda está em trâmite no Poder Legislativo, mas que tem por escopo traçar balizas à atuação jurisdicional, com a imposição de sanções aos magistrados que incorrerem em hipóteses tipificadas como abusivas, além da recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), através da Lei n. 13.655/2018, que incluiu dispositivos que traçam balizas não apenas aos órgãos de controle e administrativos, mas também ao Poder Judiciário.<sup>289</sup>

Não se pode negar, outrossim, que no cenário brasileiro a postura ativista do Judiciário, não raro, é bem recepcionada pela população. Isso decorre da já mencionada

---

<sup>288</sup> Palestra feita no Conselho Federal da OAB, em 19 de abril de 1977. Idem, p. 265.

<sup>289</sup> Cite-se, como exemplo, o art. 20 da LINDB, que foi introduzido pela Lei n. 13.655/2018: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

deficiência dos demais poderes e do fato de que as controvérsias são postas à apreciação jurisdicional pelo próprio povo, quando não encontra guarida no Executivo e no Legislativo. Outras vezes, porém, a depender do conteúdo decisório e do segmento social interessado, as reações são fervorosas contra esse poder.

Exemplos de *backlashes* sociais são as manifestações populares pelo “fechamento do STF”, além da exaltação de determinados juízes ao nível de heróis nacionais, e o rechaço veemente a outros, sempre em razão de suas decisões e tendências doutrinárias, o que coloca em risco a autoridade do Poder Judiciário e a respeitabilidade dos magistrados. Tal fenômeno é extremamente temerário, visto que enfraquece a robustez do Estado de Direito e o desestabiliza (consoante já se expôs no item “1.3.2” e na nota de rodapé n. 87).

Mas é marcante e merece destaque uma específica manifestação reativa do Poder Legislativo ao ativismo judicial. Trata-se do Projeto de Lei n. 4754/2016, em trâmite na Câmara dos Deputados, que visa alterar o art. 39 da Lei n. 1.079/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade dos Ministros do STF, para fins de acrescentar o inciso de n. 6, destinado a criminalizar o ato de “usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”.<sup>290</sup>

Já houve parecer favorável da relatoria da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), fundado, basicamente, no argumento de haveria uma hipertrofia do STF como órgão de controle de constitucionalidade, fazendo-o substituir-se ao Congresso Nacional e alterando o sentido da Constituição. São citados, no parecer, os seguintes exemplos de ativismo: (i) a ADPF 54, que considerou inconstitucional a criminalização da interrupção de gestações de fetos anencéfalos; (ii) da ADI 3510, em sede da qual, nos termos do parecer, o STF “julgou ser constitucional a destruição de embriões humanos vivos para pesquisas com células tronco”; (iii) a ADPF 132, que reconheceu a constitucionalidade da união estável havida entre pessoas do mesmo sexo.<sup>291</sup>

---

<sup>290</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Ficha de tramitação do PL 4754/2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>>. Acesso em 20 jan. 2020.

<sup>291</sup> COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer sobre o PL 4754/2016. Gabinete da Deputada Relatora Chris Tonietto – PSL-RJ. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1769130&filename=Tramitacao-PL+4754/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1769130&filename=Tramitacao-PL+4754/2016)>. Acesso em 20 jan. 2020.

Ainda no mesmo parecer, a relatora afirma que nos dois primeiros casos citados, o STF violou as cláusulas expressas do *caput*, do art. 5º, da CRFB-88, e de seu §2º, que garantem a inviolabilidade do direito à vida, “garantia que deve ser assegurada na sua maior extensão possível, em razão da diretiva hermenêutica insculpida na primeira parte do § 2º do mesmo artigo”, que prevê: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. E acrescenta que deve ser “fulminada de inconstitucionalidade qualquer interpretação restritiva desse direito”.<sup>292</sup>

Quanto ao terceiro caso citado (ADPF 132), afirma a relatora do parecer que o STF decidiu contra a intenção do constituinte, revelada pelos debates havidos na votação do texto constitucional, nos quais as palavras “homem e mulher” teriam sido incluídas no §3º, do art. 226 da CRFB-88, “com o objetivo deliberado de impedir o reconhecimento dos mesmos direitos às uniões homossexuais”.

O parecer ainda cita o recente HC 124.306-RJ, no qual, em sede de controle de constitucionalidade incidental, a Primeira Turma do STF entendeu ser inconstitucional a proibição do aborto no primeiro trimestre da gravidez, por ser contrária aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia da mulher, à integridade física e psíquica da gestante e à igualdade de gênero. Segundo o parecer, tal decisão violaria o direito à vida humana, que é cláusula pétrea por força do art. 60, §4º, IV, da CRFB-88.

Vale destacar os seguintes excertos do parecer:

A doutrina brasileira da separação de poderes seguiu o modelo norte-americano, de checks and balances (freios e contrapesos), pelos quais os poderes controlam-se reciprocamente, a fim de manter o equilíbrio entre si. Ela vê a separação de poderes como um jogo que distribui entre os três poderes funções arranjadas de tal forma que nenhum deles tenha a supremacia sobre os outros, o que equivaleria à ditadura e à usurpação da soberania nacional, cuja titularidade permanece no povo. Para que os três poderes sejam independentes e harmônicos, como reza o art. 2º da Constituição, importa que nenhum deles, em nenhum momento, seja soberano e irresponsável. Ela não poderia ter deixado de lado esta doutrina de Alexander Hamilton, que possui caráter definitivo para ordenamentos jurídicos como o nosso. Apesar disso, nenhum contrapeso ao comportamento dos Ministros da Suprema Corte foi contemplado no ordenamento jurídico brasileiro. O comportamento exemplar dos Ministros da Suprema Corte, durante muitas décadas de nossa história, mascarou esta lacuna gravíssima que pode colocar em xeque todo o sistema democrático. No entanto é exatamente esta a lacuna de que padece a nossa legislação. Ainda que nossos Ministros fossem impecáveis em seus julgamentos, mesmo assim, nosso ordenamento jurídico estaria dotado de perigosíssima falha a exigir a sanção imediata. É assombroso que possa ter-se construído uma democracia onde um juiz possa usurpar o Poder Constituinte e “não tenha que dar satisfação de seus atos a absolutamente mais ninguém”, textuais palavras que

---

<sup>292</sup> Idem, p. 4.

levaram um dos Ministros de nossa Suprema Corte a orgulhar-se em público. Outro de nossos Ministros, também recentemente, afirmou que “o Brasil é um país de constitucionalização abrangente, ou seja, a Constituição Brasileira só não traz a pessoa amada em três dias, mas fora isto, quase tudo é possível obter-se com a boa manipulação da Constituição Brasileira”.<sup>293</sup>

É de se notar que o projeto de lei em apreço é uma demonstração forte de reação ao ativismo. Todavia, trata-se de proposição inconstitucional.

Em verdade, fica explícito no parecer da CCJC que a deputada relatora reanalisou diversas decisões proferidas pelo STF e “julgou-as” inconstitucionais. Ora, ainda que a doutrina e a academia possam realizar estudos teóricos críticos, destinados à reflexão e ao aprimoramento do Direito, não cabe ao Poder Legislativo, tampouco ao Executivo, realizar o controle de constitucionalidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Ao interpretar a Constituição, o STF dá a última palavra. Trata-se da instância própria para esse desiderato. E isso decorre do art. 102 da CRFB-88, que prevê: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

Sob a intenção de preservar a separação de poderes, o projeto de lei em referência a fere de morte, tendo o condão de gerar, se aprovado, profunda instabilidade institucional, visto que abre margem ao autoritarismo dos Poderes Executivo e Legislativo, o que decepa o Estado de Direito.

Se o processo de *impeachment* tramita perante o Senado Federal, a quem compete proferir a decisão de mérito sobre o caso, então o julgamento do pretense crime de “usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo” demandará a reanálise da decisão judicial pelo Legislativo – instância política que sofre influxos da população e do Executivo. Ora, se o Senado fizer essa aferição sobre o conteúdo das decisões do STF, então estaremos diante de evidente afronta à sistemática da CRFB-88, visto que a última palavra sobre o controle de constitucionalidade passará do Judiciário para o Legislativo.

E, sendo certo que as decisões do STF são tomadas ao menos pela maioria dos Ministros, sendo, em muitos casos, unânimes, então a criminalização que se pretende impor tem o condão de gerar o *impeachment* de todos os integrantes dessa Corte, o que demonstra

---

<sup>293</sup> Idem, p. 5-6

um viés extremamente autoritário a ser potencialmente exercido pelos demais Poderes, com a guilhotina completa, ou majoritária, de todo um Tribunal.

Mas, diante da existência de limites constitucionais à função jurisdicional, sobre os quais se discorreu ao longo do presente trabalho, o que se deve fazer para frear o ativismo judicial, ou seja, para evitar a ultrapassagem de tais limites? Parece-nos que a criminalização do exercício da jurisdição e da atividade interpretativa e decisória é flagrantemente inconstitucional, não se podendo jamais admitir que os detentores de poder de outras instituições estatais possam reapreciar o mérito das decisões judiciais e, como consequência, punir juízes. Isso afronta a autonomia e a independência do Poder Judiciário, que são pilares do Estado de Direito, fazendo ressurgir o autoritarismo que imperou em épocas sombrias da história brasileira.

Assim, para responder a questão proposta, não se pode deixar de levar em consideração o que vem se repetindo ao longo do presente estudo: o ativismo judicial não é a causa da instabilidade institucional do país. A origem do problema decorre da ineficiência das instâncias políticas, mormente do Legislativo, que se omite em sua função de regular temas caros à sociedade.

O Judiciário é inerte, ou seja, só age quando é provocado. Não fosse a judicialização abrangente, as Cortes não seriam instadas a decidir sobre tamanha gama de assuntos. E, em especial em sede de controle de constitucionalidade (onde sobressaem os casos de ativismo judicial), só são judicializados os temas que decorrem de má elaboração legislativa, ou de ausência de lei que impossibilite o pleno exercício de direitos.

Por isso, em vez de criminalizar a conduta dos juízes, deveria ocupar-se o Legislativo de cumprir com primazia o seu mister de produção de leis – em especial nos casos em que, há muito, vem se omitindo inconstitucionalmente, convindo, inclusive, que se legisle para promover consequências jurídicas para tamanha inércia.

Eis, portanto, os parâmetros propostos para a melhoria do funcionamento das instituições e para o aprimoramento das atividades que expressam exercício de poder.



## TERCEIRA SÍNTESE CONCLUSIVA

A análise de todo o comportamento judicial aqui delineado, inclusive com relação às limitações impostas pela Constituição à função jurisdicional, pressupõe a existência de um sistema embasado nas premissas do Estado de Direito. Em Estados legalistas, ou seja, de mera legalidade formal, sem conteúdo axiológico justo, há a deterioração do conceito de direitos fundamentais, de modo que a verificação de limites para a contenção do poder muito reduzida, ou totalmente inexistente.

Ou seja, em um Estado que, em suas relações com o povo e para a garantia dos direitos individuais, submete-se a si próprio a um regime de Direito, composto por normas que garantem os cidadãos e prescrevem os meios que o Poder Público deve realizar para a concretização dos fins do governo – valendo a lei, em ambas as hipóteses, como instrumento limitador do arbítrio estatal.

Há, portanto, uma centralidade em torno dos cidadãos.

Eis, então, os elementos caracterizadores do de Estado de Direito: segurança jurídica, separação de poderes, limitação do poder por um sistema de freios e contrapesos, garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana e regime democrático.

A limitação do poder, nesse contexto, é matéria que decorre dos postulados do Estado de Direito.

Não menos importante é a existência de um Poder Judiciário forte, independente e autônomo. Em verdade, a autonomia e a independência dos magistrados garantem aos cidadãos que suas liberdades fundamentais não serão limitadas a não ser nas hipóteses e na forma previstas em lei, sempre mediante justa atuação das autoridades judiciais.

Assim, os limites já expostos, em especial a segurança jurídica, os direitos e garantias fundamentais, a separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos, o regime democrático e a independência do Poder Judiciário, são os nortes de verificação dos parâmetros da atividade jurisdicional.

O trabalho estabelece, então, hipóteses práticas que delineiam os contornos desses limites.

Assim, em caso de omissões normativas inconstitucionais, decorrentes da inatividade do Poder Legislativo, essa inércia em si assume *status* de inconstitucionalidade. Para dar efetividade ao sistema, a CRFB-88 prevê instrumentos para o controle judicial das omissões normativas inconstitucionais, destacando-se: (i) o mandado de injunção, que tutela incidentalmente e *in concreto* os direitos subjetivos violados por ausência de norma regulamentadora que lhes dê eficácia;<sup>294</sup> (ii) a ação de inconstitucionalidade por omissão, para o controle abstrato das omissões normativas inconstitucionais. A atuação jurisdicional, em ambos esses casos, não pode ser criativa no sentido de inovação originária na ordem jurídica, mas deve obedecer às balizas das normas constitucionais e legais postas que regulam esses instrumentos.

No mais, quando o Poder Judiciário intervém ativamente na esfera de competência dos demais poderes, sua atuação acaba por catalisar debates e ações que são próprios do sistema político, potencializando o cenário de deficiências sistêmicas preexistente.

Portanto, em especial relativamente a hipóteses que versam sobre políticas públicas, não pode o Judiciário fazer as vezes das instâncias políticas próprias para formulá-las, sob pena de, a depender da situação, colocar em risco até mesmo sua imparcialidade. Deve agir apenas para fins de controle de legalidade e de constitucionalidade das medidas tomadas pelo Legislativo e pelo Executivo, atuando de maneira positiva nos casos de omissões inconstitucionais, por meio dos já mencionados instrumentos: MI e ADO.

Até porque, com o intuito de intervir em políticas públicas, o Judiciário não raras vezes adentra em searas sobre as quais não possui conhecimento e domínio adequado, visto que não fazem parte de suas atribuições típicas, estabelecendo juízos a partir de premissas erradas, com consequências desastrosas.

Quanto à discricionariedade administrativa, pode o Judiciário controlá-la à luz da teoria do desvio de poder, mas não lhe cabe fazer as vezes do administrador e se imiscuir no campo decisório (de mérito), reanalisando a conveniência e a oportunidade da medida tomada. O controle legítimo é, pois, o de legalidade.

---

<sup>294</sup> CRFB-88, “Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Quanto aos atos eminentemente políticos, ou seja, aqueles restritos à esfera política, não há possibilidade de controle jurisdicional, visto que são afetos a matérias estruturantes do Estado e objeto de eleição pelo próprio constituinte. Tratam-se de reclamos que, a princípio, não podem sequer ser judicializáveis.

No que tange aos atos de chefia de Estado, sobre eles pode haver controle judicial mínimo, em casos de evidentes arbitrariedades. Exemplificativamente, em relação a conceitos vagos, como de “grave comprometimento da ordem pública”, ou “comoção grave de repercussão nacional”, pode o Judiciário declarar inconstitucional a atuação do Chefe de Estado que aja de maneira abusiva ou totalmente dissonante da razoabilidade. Seria o caso de controle em face de casos onde se pudesse verificar grande temeridade na atuação do Presidente da República.

Os atos *interna corporis*, por sua vez, podem ser controlados pelo Poder Judiciário no que tange à legalidade procedimental e, excepcionalmente, quanto ao mérito, para controle de arbitrariedades e teratologia.

Por fim, não se deve esquecer que, quando o Poder Judiciário ultrapassa tais limites, está sujeito a reações sistêmicas ou populares (*backlashes*). Exemplo disso são as manifestações populares pejorativas frente à postura de juízes e Ministros, ou as proposições legislativas que tentam criminalizar a atividade interpretativa realizada pelo Judiciário, sempre que supostamente seja inconstitucional – valoração que, se realizada pelas esferas políticas de governo, por certo pode sofrer os influxos de tendências ideológicas autoritárias.

Mas não se pode esquecer que o ativismo judicial é, por si, uma reação (por vezes necessária) à ineficiência dos demais poderes.

Ademais, o Judiciário, por sua natureza, é inerte, agindo apenas quando provocado.

Não fosse o fenômeno da judicialização crescente, decorrente das necessidades da população que não tem tido seus reclamos atendidos e bem disciplinados nas demais esferas de governo, não haveria qualquer postura ativista na seara judicial.

Assim, os parâmetros de limitação ora verificados devem servir de norte para a atuação do Poder Judiciário, mas só serão plenamente atendidos se partir das outras esferas de poder o comportamento ativo – também limitado constitucionalmente – que lhes é exigido.



## CONCLUSÕES GERAIS

À guisa de encerramento, passemos às conclusões gerais, elaboradas a partir de tudo quanto foi exposto, em especial das conclusões sintéticas desenvolvidas ao caso de cada uma das três partes do trabalho:

1. A lógica da separação de poderes demanda que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário sejam independências e harmônicos entre si, sob pena de, sobressaindo um poder em relação ao outro, imporem-se riscos à manutenção da ordem constitucional.
2. Durante o período da Ditadura Militar pós-1964, o Brasil vivenciou a proeminência do Poder Executivo sobre os demais, com o desequilíbrio crítico da bala institucional do Estado. Ao cabo desse regime, a opção pela anistia política aos crimes cometidos durante aquele governo autoritário acabou por arraigar um sentimento de impunidade no seio social e de descrença nas instituições de poder – apesar de tal opção, à época, ter sido necessária para pavimentar os caminhos da redemocratização.
3. Os períodos que se seguiram, já sob a égide da redemocratização, também foram permeados por instabilidade política, inclusive em decorrência da ascensão de escândalos de corrupção e do *impeachment* de dois Presidentes da República que haviam sido eleitos democraticamente.
4. A CRFB-88, por seu turno, augurou uma ordem pluralista, com a positivação de grande gama de direitos e garantias, seguindo a tendência da constitucionalização abrangente que é comum após períodos totalitários e ditatoriais.
5. A concretude dos preceitos constitucionais, porém, demanda a atuação positiva dos poderes do Estado, mormente as instâncias decisórias políticas por excelência, quais seja, o Executivo e o Legislativo.

6. Os direitos individuais prestacionais assumem status potencial de pretensões jurídicas. Por isso, diante da ineficiência ou na inação dos poderes políticos, podem os cidadãos se socorrer do Poder Judiciário em busca da efetivação de tais direitos.

7. Todavia, fenômenos como a espetacularização de julgamentos envolvendo casos de imenso interesse social, além da própria divulgação das sessões de julgamento em espaço televisivo (a exemplo da TV Justiça, que foi criada para essa finalidade), acabam por destacar não apenas informações técnicas de cunho jurídico, mas também assuntos relacionados à individualidade dos julgadores.

8. Nesse contexto, a ideia de magistrados temidos e de alta respeitabilidade passou a ser substituída por uma proximidade maior entre a população e os juízes. A população em geral passa a conhecer Ministros do STF pelo nome, sabe suas feições físicas, seus gostos pessoais e, não raro, os critica com veemência, inclusive com ataques ofensivos e extremamente pejorativos.

9. Nota-se então, a ingerência de pressões populares e políticas sobre a atividade jurisdicional, desvirtuando-se as regras de conduta que devem pautar a atuação dos magistrados.

10. Assim, o ponto de partida do estudo dos limites da atividade jurisdicional deve ser a concepção de que os magistrados, no exercício da atividade jurisdicional, não são indivíduos, mas representam a personificação do próprio Poder Judiciário, motivo pelo qual possuem autoridade de poder do Estado.

11. Daí porque os limites constitucionais não são meros condicionantes de sua atividade, mas meios imprescindíveis ao bom funcionamento institucional e, como tal, garantidores, da autoridade (e não arbitrariedade) do Poder Judiciário e da respeitabilidade de suas decisões.

12. A atividade jurisdicional por excelência é a interpretação do Direito, para fins de aplicá-lo com força de definitividade. Há, portanto, fixação do sentido das normas, com a determinação de seu conteúdo e alcance.

13. Tal exercício interpretativo não se restringe às hipóteses em que as normas são dúbias ou imprecisas. E verdade, vau além, traduzindo-se em imperativo necessário a todo ato de aplicação da lei, em atividade que não é meramente declaratória, mas constitutiva.

14. O juiz não é um ser alheio à sociedade e ao período histórico em que está inserido. Por isso, deve levar em consideração o Direito enquanto sistema, não agindo como um autômato, mas como um intérprete criativo.

15. Tal criatividade, porém, possui limites, não podendo significar inovação originária na ordem jurídica – papel este atribuído apenas ao legislador.

16. O sistema brasileiro, de tradição romanística (*civil law*), pode sofrer eventuais influxos do *common law*, mas com ele não se confunde. Por isso, princípios como o *stare decisis* não estão adaptados à ordem normativa pátria.

17. É predicado do sistema buscar, tanto quanto possível, a segurança jurídica. Para tanto, regras de sistematização da interpretação acabam por ser incorporadas à atividade jurisdicional, tal como a conveniência de se obedecer a precedentes da jurisprudência e às súmulas. Note-se: é conveniente que isso ocorra, mas não há obrigatoriedade.

18. São obrigatórias, porém, as súmulas vinculantes, mas estas não podem inovar originariamente na ordem jurídica. O que vincula é o norte de interpretação que imprimem aos textos normativos já vigentes.

19. Quando as súmulas vinculantes criam direito que não existia previamente, estabelecendo regras fundadas exclusivamente em princípios abertos, então seu conteúdo é inconstitucional.

20. Outro ponto de destaque da atividade de interpretação constitucional é o fenômeno das mutações constitucionais, que são consentâneas com o método evolutivo de interpretação do Direito, o qual acompanha a alteração dos valores e dos fins que haviam inspirado a elaboração das disposições constitucionais.

21. Tratam-se de alterações não formais da Constituição, porque não previstas nos procedimentos de revisão típicos (como o seriam as emendas constitucionais).

22. As mutações constitucionais alteram o significado, o sentido e o alcance das disposições, ora por via da interpretação judicial, ora pelos costumes ou pela lei, pressupondo a mutabilidade social e a evolução dos valores políticos, econômicos, sociais e morais com o decurso do tempo.

23. Em processos como esse, deve-se atentar para os riscos de interpretações moralistas que acabem por violar o conteúdo da Constituição. Isso ocorre quando o intérprete imprime vetores da Moral comum ou de seus valores pessoais no ato exegético, em especial quando da interpretação dos princípios constitucionais, que possuem conteúdo muitas vezes vago e indeterminado.

24. Se essa atividade se revestir de conteúdo que inove originariamente na ordem jurídica, estaremos diante de assunção de postura ativista pelo Poder Judiciário.

25. Os riscos dessas construções residem na instabilidade jurídica que podem gerar ao sistema. Diferentemente das leis, cuja vinculação antecede o ato social, as decisões judiciais são sempre posteriores à conduta. Por isso, em sede de prescrições jurisdicionais criativas, não há como a sociedade se orientar de acordo com os padrões que serão eleitos como moralmente válidos pelos julgadores, visto que inexistem previsibilidade racional nas hipóteses em que não há disciplina *prévia* sobre o comportamento. Independentemente da eventual modulação de efeitos da decisão, o elemento “surpresa” não se afasta quando uma concepção moralista eleita pelo Judiciário a é imposta aos jurisdicionados.



26. A análise do presente trabalho demanda a concepção da realidade brasileira no contexto posterior à CRFB-88. Portanto, pressupõe a existência de um Estado de Direito, com respeito às suas premissas, valendo a lei e a Constituição como fatores de limitação do arbítrio estatal.

27. Os Estados que exogenamente são vistos como Estados de Direito, diferentemente dos Estados meramente legalistas, assumem como centralidade a figura dos cidadãos.

28. As bases fundantes do Estado de Direito são as premissas da segurança jurídica, da separação de poderes, da limitação do poder por um sistema de freios e contrapesos, da garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana e do regime democrático.

29. A limitação do poder, nesse contexto, é matéria que decorre dos postulados do Estado de Direito.

30. Outro imperativo intransponível ao Estado de Direito é a existência de Poder Judiciário forte, independente e autônomo. Mas, por óbvio, não arbitrário ou despótico.

31. A autonomia e a independência dos magistrados garantem aos cidadãos que suas liberdades fundamentais não serão limitadas a não ser nas hipóteses e na forma previstas em lei, sempre mediante justa atuação das autoridades judiciais.

32. Em relação à verificação prática dos limites constitucionais da função jurisdicional, podem ser identificados os seguintes vetores:

(a) O primeiro é o da utilização dos limites já normatizados acerca das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e dos mandados de injunção, para os casos de controle de constitucionalidade decorrente de omissões normativas inconstitucionais. Em verdade, mesmo nos casos de mandado de injunção, em que o Judiciário pode dar uma solução prática para a efetivação de direitos não concretizados por ausência de norma reguladora, não é possível a criação originária de regras. O que pode ser feito é o uso da função integradora da analogia, utilizando-se situações similares já disciplinadas em lei. Mas tal exercício de

analogia não pode ferir direitos e garantias constitucionais, sob pena de, em prol da efetivação das pretensões de alguns, violarem-se cláusulas pétreas de outros;

(b) Em termos de políticas públicas, não pode o Poder Judiciário intervir na esfera de competência dos demais poderes, sob pena de catalisar debates e ações que são próprios do sistema político, potencializando o cenário de deficiências sistêmicas preexistente. Assim, jamais pode participar da formulação de tais matérias restritas ao cunho decisório político, sob pena de colocar em risco sua imparcialidade. Deve, assim, agir para fins de controle, sempre orientado pelas balizas constitucionais e pelos predicados do Estado de Direito já demonstrados. Até porque, O judiciário, no afã de intervir em políticas públicas, não raro adentra em searas sobre as quais não possui conhecimento e domínio adequado, visto que não fazem parte de suas atribuições típicas, estabelecendo juízos a partir de premissas erradas, com consequências contrárias ao interesse público.

(c) no exame da discricionariedade administrativa, não pode o Judiciário adentrar no mérito do ato, procedendo a avaliação sobre o juízo de conveniência e oportunidade que foi realizado pelo administrador público. Porém, pode e deve analisar os motivos do ato, e reconhecer sua eventual nulidade caso tenha sido praticado com desvio de poder, para atendimento de interesses escusos da autoridade executiva. Também é possível de análise judicial o atendimento das formalidades inerentes à produção do ato. Portanto, o que se efetiva é um controle de legalidade em sentido amplo.

(d) No que tange aos atos eminentemente políticos, não há possibilidade de controle jurisdicional, visto que dizem respeito a matérias estruturantes do próprio Estado, eleitas pelo constituinte e, por sua natureza, não judicializáveis.

(e) Já nos atos de chefia de Estado, pode haver controle judicial excepcional, apenas com vistas a evitar arbitrariedades. É o caso, por exemplo, da análise de conceitos vagos e indeterminados, como “grave comprometimento da ordem pública”, ou “comoção grave de repercussão nacional”. Nessas hipóteses, pode o Judiciário declarar inconstitucional a atuação do Chefe de Estado que aja de maneira abusiva ou totalmente dissonante da

razoabilidade. Seria o caso de controle em face de casos onde se pudesse verificar grande temeridade na atuação do Presidente da República.

(f) Os atos *interna corporis*, por seu turno, são sindicáveis quanto à sua forma, em termos de legalidade procedimental, mas também quanto ao seu conteúdo, em hipóteses excepcionais para se evitar teratologia.

(g) Reitere-se, ademais, que não produção de súmulas vinculantes, não pode o Judiciário inovar originariamente na ordem jurídica, devendo agir nos estritos limites da interpretação. Ou seja, tais súmulas são vetores (obrigatórios) de interpretação.

34. Por fim, não se deve esquecer que, quando o Poder Judiciário ultrapassa tais limites, está sujeito a reações sistêmicas ou populares, traduzidas em efeitos *backlash*, a teor das manifestações populares contrárias a magistrados, ou das proposições legislativas que tentam criminalizar a atividade interpretativa realizada pelo Judiciário, sempre que supostamente seja inconstitucional – valoração que, se realizada pelas esferas políticas de governo, por certo pode sofrer os influxos de tendências ideológicas autoritárias.

35. O Judiciário, por sua natureza, é inerte e só age quando é provocado. Por isso, não fosse a judicialização de inúmeras questões, decorrentes, não raro, da inação ou da ineficiente atuação das demais esferas de poder, como o Legislativo ou o Executivo, não seriam levadas à apreciação judicial questões de tamanho impacto social.

36. Destarte, os parâmetros de limitação aqui dispostos e verificados têm o condão de servir de orientação para a atuação do Poder Judiciário, mas só serão plenamente atendidos se partir das outras esferas de poder o comportamento ativo – também limitado constitucionalmente – que lhes é exigido.

37. Por isso, ao invés de criminalizar a conduta dos juízes, deveria ocupar-se o Legislativo de cumprir com primazia o seu mister de produção de leis – em especial nos casos em que,

há muito, vem se omitindo inconstitucionalmente, convindo, inclusive, que se legisle para promover consequências jurídicas para tamanha inércia.

Eis, portanto, os parâmetros propostos para a melhoria do funcionamento das instituições e para o aprimoramento das atividades que expressam exercício de poder.

## ÍNDICE DAS FONTES

### 1. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Luiz Eduardo de. *Direitos sociais e seus limites – Uma construção a partir das decisões do STF*. Curitiba: Juruá, 2017.

ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia: aparência e realidade*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

ARAÚJO, Bruno. *A Justiça no palco da mídia: a construção discursiva dos juízes do Mensalão em narrativas de Veja e Época*. Animus. In: Revista Interamericana de Comunicação Midiática: 12/27/2018, Vol.17(35).

ARAÚJO, Maria Paula Nascimento. Redemocratização e justiça de transição no Brasil. In: *Studia Historica*. Ediciones Universidad de Salamanca. Historia Contemporánea 33 (2015): 67-85.

ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Cleveland e Nova York: Meridian Books, 1973.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios jurídicos: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Ruy. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. In: *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1997.

BARILE, Paolo. *Instituzioni di diritto pubblico*. 4. ed. Padova: CEDAM, 1982.

BARROS, Sérgio Resende de. Irretroatividade das leis. In: BEÇAK, Rubens (Org.); QUINTILIANO, Leonardo David; NIMER, Beatriz Lameira Carrico (Coord.). *Princípios Constitucionais: Contribuições à luz da obra de Sérgio Resende de Barros*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

\_\_\_\_\_. O Estado de Direito. In: BEÇAK, Rubens (Org.); QUINTILIANO, Leonardo David; NIMER, Beatriz Lameira Carrico (Coord.). *Princípios Constitucionais: Contribuições à luz da obra de Sérgio Resende de Barros*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

\_\_\_\_\_. O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação. In: BEÇAK, Rubens (Org.); QUINTILIANO, Leonardo David; NIMER, Beatriz Lameira Carrico (Coord.). *Princípios Constitucionais: Contribuições à luz da obra de Sérgio Resende de Barros*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, v. 5, n. 8, 2009.

\_\_\_\_\_. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. In: Revista Interdisciplinar de Direito, Faculdade de Valença, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX*. In: Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 4. Edição Comemorativa, 2018.

BEÇAK, Rubens. *O Tribunal Constitucional e sua intervenção no processo político*. In: Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17, 2008, Salvador. Anais, p. 2757-2772.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6. ed. Minnesota: West Publishing Co., 1991.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional – Tomo I*. Coimbra: Almedina, 1995.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*. In: R. For., Rio de Janeiro, 187: 18-22, 1960.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 18 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Trinta anos da Constituição democrática de 1988. In: BEÇAK, Rubens; ALMEIDA PRADO, João Carlos Navarro de (Org.). *Reflexões sobre os*

*30 anos da Constituição de 1988: Mutações e Reformas Constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CHAUÍ, Marilena. *Conformismo e resistência*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do judicial review: O mito de Marbury*. In: RIL, Brasília, a. 53, n. 209, jan./mar. 2016.

DANTAS, Bruno. *Súmula vinculante: O STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45 n. 179, jul./set., 2008.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DIAS, Anielle Laena Azevedo. *O espetáculo midiático do acontecimento jurídico: a cobertura telejornalística sobre a operação Lava Jato*. In: Rizoma, Santa Cruz do Sul, v. 6, n. 2, dezembro, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*. In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte: Fórum, 17:75-96, abr./jun. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. 2. ed. Londres: Duckworth, 1978.



FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Luis Pinto. *Da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 11ª Edição. Paris: Recueil, 1927.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 2000.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. para o espanhol de Fernando de Los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KOOPMANS, Tim. *Legislature and Judiciary: Present Trends*. New perspectives for a common law of Europe/Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe. Florença: Leiden, 1978.

LAZZARINI, Álvaro. *Magistratura: deontologia, função e poderes do juiz*. Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV, v.1, n.4, jul./ago. 2005.

LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do STF*. In: Revista de Direito Administrativo. n. 145. jul./set. 1981.

\_\_\_\_\_. *Problemas de Direito Público*. São Paulo: Forense, 1960.

LESSA, Francesca; OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; PEREIRA, Gabriel; REITER, Andrew G. *Overcoming impunity: pathways to accountability in Latin America*. In: The International Journal of Transitional Justice, v. 8, 75-98, 2014.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *La constitucion interpretada*. Buenos Aires: Depalma, 1960.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*. 1. v. São Paulo: Saraiva, 1974.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del Estado*. Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MASTERMAN, Roger. *The separation of Powers in the contemporary constitution: Judicial competence and independence in the United Kingdom*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. 2. ed. Standford: Standford University Press, 1985.

MEZAROBBA, Glenda. *Between reparations, half truths and impunity: the difficult break with the legacy of the dictatorship in Brazil*. In: *International Journal of Human Rights*, v. 7, n. 13, dec-2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de la Brède e de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. *O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa*. Coimbra: Almedina, 2017.

MORE, Thomas. *Utopia. Livro I*. New Haven & London: Yale University Press, 2014.

MUSSETTI, Rodrigo Andreotti. *O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da administração pública*. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, jan./2014.

NELSON, William E. *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. 2. ed. revista e expandida. Lawrence: University Press of Kansas, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

O'CONNOR, Vivienne. *Common law and civil law traditions*. In: INPROL - International Network to Promote the Rule of Law, mar./2012.

PEREIRA, Anthony. *Political (In)Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*. Pittsburgh, PA: Pittsburgh University Press, 2005.

PINTO, Sobral. *Lições de liberdade: os direitos do homem no Brasil*. Belo Horizonte: Comunicação, 1977.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

POWER, Timothy J. *The Brazilian Military Regime of 1964-1985: Legacies for Contemporary Democracy*. In: *Iberoamericana* 16.62 (2016): 13-26.

QUINTILIANO, Leonardo David. *Direitos sociais e vinculação do legislador: as reformas previdenciárias e seus limites constitucionais no Estado Social e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RADCLIFFE, Cyril John. *Not in feather beds: some collected papers*. Londres: H. Hamilton, 1968.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SANTOS, Fabiano; SZWAKO, José. *Da ruptura à reconstrução democrática no Brasil*. In: *Saúde Debate*: Rio de Janeiro, v. 40, n. especial (dez/2016): 114-121.

SCHÄEFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral*. In: *Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, 35:79-97, jan./fev. 2006.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia e Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade – Ação Civil Pública – Ação Penal Pública*. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORELLY, Marcelo. *Assessing a Late Truth Commission: Challenges and Achievements of the Brazilian National Truth Commission*. In: *International Journal of Transitional Justice*, 2018, 12, 194–215.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

WELTER, Henri. *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*. Paris: Recueil, 1929.

## 2. TESES E DISSERTAÇÕES REFERIDAS

GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*. 2010. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

RAMOS, Luciana de Oliveira. *O Controle de Constitucionalidade por Omissão no Supremo Tribunal Federal: Análise dos Casos de Omissão Legislativa nos Vinte e Um Anos da Constituição*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas*. 2010. 226 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

## 3. REFERÊNCIAS A ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

BARROS, Sérgio Resende de. *Impeachment*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/-i-impeachment--i-.cont>>. Acesso em 14 fev. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Ficha de tramitação do PL 4754/2016*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>>. Acesso em 20 jan. 2020.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Parecer sobre o PL 4754/2016*. Gabinete da Deputada Relatora Chris Tonietto – PSL-RJ. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1769130&filename=Tramitacao-PL+4754/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1769130&filename=Tramitacao-PL+4754/2016)>. Acesso em 20 jan. 2020.

McBRIDE, Alex. *Dred Scott v. Sandford (1857)*. In Supreme Court History – The first hundred years. Landmark cases. Disponível em: <[https://www.thirteen.org/wnet/supremecourt/antebellum/landmark\\_dred.html](https://www.thirteen.org/wnet/supremecourt/antebellum/landmark_dred.html)>. Acesso em 02 out. 2018.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Secretaria de Cidadania. *Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência*. Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencia-lgbtfobicas-no-brasil-dados-da-violencia>>. Acesso em 12 nov. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Operação Lava Jato*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em 08 dez. 2019.

MOVIMENTO BRASIL LIVRE. *Lista completa de objetivos do MBL*. Disponível em: <<http://mbl.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/05/propostas-mbl.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2019.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *Relatório do Projeto de Lei da Anistia*. Senado Federal do Brasil, 15 de agosto de 1979, p. 5-6. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/dl/parecer\\_oab\\_anistia\\_79.pdf](https://www.conjur.com.br/dl/parecer_oab_anistia_79.pdf)>. Acesso em 03 dez. 2019.

SCHIBUOLA, Tatiana. Entrevista: quem é Rosângela Moro? *Revista Cláudia*. São Paulo: 02 mar. 2017. Disponível em: <<https://claudia.abril.com.br/noticias/entrevista-quem-e-rosangela-moro/>>. Acesso em 10 dez. 2019.

TV JUSTIÇA. *STF*. Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/>>. Acesso em 06 dez. 2019.

UNITED NATIONS. *Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice*, março de 2010. Disponível em: <[http://www.unrol.org/files/TJ\\_Guidance\\_Note\\_March\\_2010FINAL.pdf](http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf)>. Acesso em 20 out. 2019.

UOL POLÍTICA. *Grife lança camisa com frase "In Moro we trust" a R\$ 198*. São Paulo, 26 fev. 2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/02/26/grife-lanca-camisa-com-frase-in-moro-we-trust-a-r-198.htm?cmpid=copiaecolahttps://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/02/26/grife-lanca-camisa-com-frase-in-moro-we-trust-a-r-198.htm>>. Acesso em 09 dez. 2019.

UOL POLÍTICA. *Apoio a fechar Congresso e STF avança entre a direita, mostra pesquisa*. São Paulo, 10 jun. 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/06/10/apoio-a-fechar-congresso-e-stf-avanca-entre-a-direita-mostra-pesquisa.htm>>. Acesso em 10 jun. 2019.

#### **4. REFERÊNCIAS A MATÉRIAS JORNALÍSTICAS IMPRESSAS**

GLOBO. Eles merecem ganhar tanto? *Revista Época*. Rio de Janeiro: 27 ago. 2012

FARIA, José Eduardo. Políticos e juízes, entre o destino e a tragédia. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 25 jun. 2018. Espaço Aberto, p. A2.

MARQUES, Hugo; DINIZ, Laura. O menino pobre que mudou o Brasil. *Revista Veja*. São Paulo, 10 out. 2012.