

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

TATYANNE MARIA LINS DE ARAUJO

**O DESCUMPRIMENTO DO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL AO PODER
LEGISLATIVO PARA REGULAMENTAR DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS PARA A DEMOCRACIA**

Maceió

2022

TATYANNE MARIA LINS DE ARAUJO

**O DESCUMPRIMENTO DO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL AO PODER
LEGISLATIVO PARA REGULAMENTAR DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS PARA A DEMOCRACIA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Linha de Pesquisa 1: Direitos humanos fundamentais: análise crítica do(s) constitucionalismo(s), de suas manifestações sociais e de sua interpretação/aplicação na pós-modernidade.

Orientador: Prof. Dr. Andreas J. Krell

Maceió

2022

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

A663d Araujo, Tatyane Maria Lins de.
O descumprimento do mandamento constitucional ao poder legislativo para regulamentar direitos fundamentais e suas consequências para a democracia / Tatyane Maria Lins de Araujo. – 2022.
120 f. : il.

Orientador: Andreas J. Krell.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 110-120.

1. Poder legislativo. 2. Poder judiciário. 3. Democracia - Instituições. 4. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU: 342.7

Qual a sua responsabilidade na
desordem pela qual você se queixa?
Sigmund Freud

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é a representação de um imensurável crescimento profissional e pessoal. Ao me propor a me aprofundar na temática estudada, a intenção era falar não apenas para a academia, mas também, e principalmente, para a sociedade.

O tema democracia ganhou destaque nos últimos tempos, bem como a interação do cidadão com a atuação das instituições democráticas, intensificada com o avanço tecnológico e o uso das redes sociais. Por isso, faz-se imprescindível entender o assunto para que se possa debater e criticar com fundamentos. Que esta pesquisa seja, portanto, mais um estímulo aos debates democráticos e respeitosos entre todos aqueles que fizerem a leitura dela. Do mesmo modo, ambiciono que este estudo possa exercer influência positiva na inter-relação entre os Poderes para uma maior eficiência em suas atuações.

Pessoalmente, observo que pude superar inúmeros desafios nessa trajetória, que me fizeram ser mais forte, resiliente e flexível, ao reforçar a necessidade de conhecer pontos de vista diversos e ângulos diferentes, com tolerância e respeito às divergências. Isso se aplica à pesquisa e à vida.

Agradeço a todos que de alguma forma me acompanharam nesse trajeto da longa caminhada acadêmica que espero trilhar. Destaco meus colegas de turma, que sempre estiveram dispostos a ajudar e com quem pude partilhar conquistas e angústias, mesmo com a convivência presencial limitada pela pandemia. De igual modo, agradeço a todos que fazem parte da Universidade Federal de Alagoas, em especial aos professores do programa que brilhantemente, e mesmo com as adversidades trazidas pela pandemia, conduziram os alunos da melhor maneira, com ricos ensinamentos. Em especial, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Andreas Krell, que, além de ter me proporcionado aprendizados e direcionamentos, acreditou na minha pesquisa.

Agradeço aos meus amigos e familiares pelo suporte, pelos incentivos e pela compreensão durante esse período cercado de desafios, pois foram essenciais para a concretização dessa etapa. Especialmente, agradeço a Deus por ter me guiado em todos os momentos, tanto nas conquistas como nas adversidades enfrentadas.

O sentimento de gratidão por essa conquista reflete, igualmente, a gratidão pelo surgimento do desejo de ir mais longe, de aprofundar ainda mais a temática e de colaborar, por meio do estudo, para a atuação das instituições democráticas e o funcionamento do Estado Democrático de Direito, com consequentes resultados concretos para beneficiar a vida dos cidadãos na materialização de seus direitos.

RESUMO

Ao longo da Constituição Federal de 1988, observa-se um extensivo rol de direitos fundamentais previstos. Em alguns desses direitos, o constituinte optou pelo direcionamento de sua regulamentação de maneira mais adequada ao legislador constituído. Entretanto, nota-se que, mesmo com esse mandamento constitucional expreso, uma série de direitos estão com sua eficácia limitada diante da ausência da devida regulamentação. Com esse cenário de uma inércia legislativa utilizada como uma estratégia política, o Poder Judiciário tem ganhado destaque na busca pela solução dessas questões, justificando-se pela sua função precípua de guardião da Magna Carta. Esse agir proativo judicial levanta questões de como essa atuação pode refletir no princípio da separação dos Poderes e nos preceitos de um Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, um desequilíbrio na atuação dos Poderes coloca em xeque a conjuntura constitucional e democrática em virtude de um descumprimento constitucional por parte do Legislativo, seguido da avocação do Judiciário diante dessa lacuna na regulamentação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Poder Legislativo. Poder Judiciário. Democracia. Instituições. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Throughout the Federal Constitution of 1988, an extensive list of foreseen fundamental rights is observed. Some opted for directing their regularization of those most appropriate to the legislator in a constituted way. However, it should be noted that, even with this commandment, the numbers are limited in their constitutional initiative in the absence of regular justice. With this legislative search scenario, which is not infrequently used as a strategy, the Judiciary has gained prominence in the solution for these issues, justified by its main function of the Magna Carta. This proactive judicial action raises questions about how this action can reflect on the principle of separation of Powers and the precepts of a Democratic State of Law. This gap, this quality, places a virtue in the performance of the constitutional and democratic Powers, followed by the avocation of the front in the review of fundamental rights.

Keywords: Legislative Branch. Judicial Branch. Democracy. Institutions. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: SUA RELAÇÃO COM OS PODERES E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL	11
2.1	CONSTITUIÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL DE UM ESTADO	11
2.2	SEPARAÇÃO DOS PODERES	13
2.3	DIREITO E POLÍTICA: O ELO COM OS PODERES	19
2.4	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E CRFB/88	24
2.5	CONTORNOS DO EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO PELO POVO	28
2.6	PODERES NO DESENHO DEMOCRÁTICO DA VONTADE POPULAR.....	31
3	ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO BRASILEIRO NO DESEMPENHO DO COMPROMISSO CONSTITUCIONAL	33
3.1	PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO E PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS	33
3.2	CAMINHOS DA ELABORAÇÃO NORMATIVA PELO LEGISLATIVO: PROCESSO LEGISLATIVO E ELABORAÇÃO DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO.....	35
3.3	O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL AO LEGISLATIVO PARA REGULAMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	42
3.4	OMISSÃO LEGISLATIVA: QUAIS AS RAZÕES?.....	54
4	ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA	59
4.1	GUARDA DA CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL.....	59
4.2	PERFIL JUDICIAL: ENTRE ATIVISMO, AUTOCONTENÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	66
4.3	ATIVISMO E PROTAGONISMO JUDICIAL: SERIA O INÍCIO DE UMA JURISTOCRACIA?.....	79
4.4	JUDICIÁRIO COMO CONCRETIZADOR DE DIREITOS PENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA.....	84
5	DESEQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A DEMOCRACIA	91
5.1	DEMOCRACIA SOB UM CENÁRIO DE DESEQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES	91
5.2	PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM UMA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA.....	93
5.3	DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO ESTABILIZADOR DA TENSÃO ENTRE OS PODERES E DO EQUILÍBRIO DEMOCRÁTICO	96
	CONCLUSÃO	106
	REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é grande marco democrático da história brasileira, visto que a sua completude e sua característica analítica na previsão de um extensivo rol de direitos fundamentais é resultado de um passado tenebroso em que direitos fundamentais e Poderes tinham sua proteção mitigada.

Além da imensa previsão e instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário destacou-se pelo seu fortalecimento e pelo reconhecimento de sua presença como um dos pilares da democracia. Da mesma maneira, o princípio da separação dos Poderes e a previsão de harmonia entre eles, expressou que, diante desse novo cenário constitucional, não existirá um cenário de um Poder sobre outro, bem como a independência garantida às esferas de Poderes garante que não ocorra situações de ingerência com o sentido de interferir em sua atuação suplantada nos ideais constitucionais.

O princípio da separação dos Poderes tem seu histórico analisado não apenas no contexto brasileiro, mas também desde a formação de suas bases teóricas por seus precursores, bem como é abordado por importantes cartas internacionais de direitos. É possível constatar que, ainda que em democracias com realidades distintas, sua essência prevalece – a limitação do poder com o intuito de se evitar abusos. No cenário pátrio, a presença desse princípio surge, mesmo que timidamente, na Constituição de 1824. Embora tenha passado por períodos pontuais de retrocesso, o resultado que hoje se tem na CF de 1988 é oriundo de uma construção política, jurídica e social.

Naturalmente, com a separação de Poderes, surge o direcionamento de funções a cada Poder. Aplicando-se a clássica teoria tripartite – Executivo, Legislativo e Judiciário –, o constituinte designou as atribuições de cada Poder, os quais possuem funções típicas e atípicas. A designação das atribuições deve ser vislumbrada como deveres a serem cumpridos e não simplesmente como um poder, a exemplo do dever de legislar, conferido ao Poder Legislativo como uma de suas funções precípuas, típicas.

Nessa linha, considerando a Constituição Federal de 1988 de forma analítica, o legislador constituinte optou por deixar espaços de regulamentação ao legislador constituinte ordinário, com a presença de normas de eficácia limitada, em que a sua aplicação é imediata, mas a produção de seus efeitos depende da regulamentação específica a ser elaborada pelo parlamento. Entretanto, mesmo tendo passado mais de três décadas da promulgação da Constituição, uma série de direitos ainda aguardam a lei específica para que possam ser plenamente exercidos.

Na presença desse panorama, essa pesquisa inicia seu estudo sobre a temática em seu primeiro capítulo com uma análise do que se pode compreender por uma Constituição, em que medida sua força norteia uma democracia, assim como em que medida o princípio da separação dos Poderes direciona a atuação de cada Poder que deve ser independente e ao mesmo tempo harmônica. E como as esferas do Direito e da Política caminham nessa inter-relação.

Ainda no primeiro capítulo, aprofundar-se-á o estudo sobre a vigente Constituição de 1988 sob suas previsões na busca por um Estado Democrático de Direito, bem como de que maneira a soberania popular pode ser exercida pelo seu povo, tendo em vista que a participação da sociedade é pilar essencial da vitalidade democrática somada, paralelamente, a sua relação com os Poderes e a sua atuação, já que os membros do Poderes representam a vontade do povo e de maneira conjunta estruturam a democracia.

No capítulo seguinte, o estudo é direcionado ao aprofundamento das questões específicas do Poder Legislativo, esmiuçando o seu posicionamento na Constituição, as suas funções e os seus deveres previstos. De igual maneira, abordam-se as proteções e garantias de sua atuação, bem como os parâmetros e minúcias do processo legislativo e o apuramento das previsões constitucionais mandamentais direcionadas a esse Poder. Seguidamente, estuda-se a ausência da sua atuação e a maneira como uma omissão legislativa pode ser lesiva ao efetivo exercício dos direitos fundamentais. Para tanto, apresentam-se exemplos de direitos ainda sem regulamentação, os quais, em grande parte, já possuem tramitação dentro das casas legislativas, o que desperta ainda mais a atenção para os motivos para que subsistam essas lacunas constitucionais.

Adiante, aprofundam-se as funções do Poder Judiciário e seu perfil atuante na perquirição dos ditames constitucionais. Pode o Judiciário agir com o intuito de sanar uma lacuna deixada por outro Poder (em questão, pelo Legislativo)? É fato de ampla discussão: sendo o Judiciário o guardião da Constituição e ao se deparar com o impedimento do exercício de um direito, esse Poder estaria agindo legitimamente? Nesse atuar, subsiste o respeito à democracia? São questionamentos que serão apresentados ao longo do capítulo, com realce para questões que envolvem os temas essenciais e de amplo debate na doutrina sobre legitimidade democrática, ativismo judicial, judicialização da política e até mesmo sobre a chamada juristocracia. Esses debates envolvem a esfera brasileira e outros contextos jurídicos, e é feita uma análise das similaridades e peculiaridades. Não só isso, de igual modo, abordam-se preceitos da atuação judicial como órgão contramajoritário na defesa dos direitos fundamentais e na proteção de minorias vulneráveis.

O último capítulo associa todas as análises em conjunto na tentativa de compreender como um desequilíbrio no atuar dos Poderes pode afetar o desenho democrático. Faz-se isso aprofundando a visão contemporânea sobre o princípio da separação dos Poderes, sendo adotada uma perspectiva de colaboração em seu atuar, visando a uma melhor eficiência na busca pelos objetivos democráticos, permeados pela concepção de parceria, e eliminando a assimilação da expressão “separação” à disputa ou ao isolamento de Poderes. Além disso, o diálogo institucional é destacado como forte instrumento de entendimento e avanço do constitucionalismo. Em tempos de ascendência da tensão entre os Poderes e instituições, a compreensão torna-se a ponte de ouro no trilhar democrático.

Portanto, por meio deste estudo, utilizando-se de fatores históricos, da doutrina nacional e internacional (a partir de uma revisão bibliográfica), do direito comparado e da interdisciplinaridade para uma pesquisa abrangente e integrativa, assim como da coleta de dados, a presente dissertação posiciona de maneira central os desdobramentos para a democracia diante do específico quadro de omissão legislativa sobre mandamentos constitucionais.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: SUA RELAÇÃO COM OS PODERES E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

Compreender e conhecer os caminhos que o Direito Constitucional trilhou na sedimentação da sua relevância, bem como dos princípios e direitos fundamentais, faz-se essencial na compreensão da inter-relação com os Poderes e na construção de um Estado Democrático de Direito. A concepção atribuída à democracia brasileira atualmente é o resultado de uma jornada de âmbito internacional e nacional, sendo, portanto, imprescindível o aprofundamento dessas raízes e de seus desenvolvimentos para uma adequada absorção do tema tratado nesta pesquisa.

2.1 CONSTITUIÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL DE UM ESTADO

O reconhecimento que se dá na atualidade às constituições fora conquistado ao longo dos anos, por meio de um processo lento, de uma construção em todo o mundo. Nesse trilhar de evolução do reconhecimento de uma lei maior e que serve de base para um ordenamento, pode-se dizer que os romanos e gregos foram os precursores, com a criação de leis cercadas de acontecimentos históricos na construção desse caminho do Direito Constitucional¹.

Passando-se para o período batizado de constitucionalismo moderno, pode-se dividir a compreensão pelo que se passou na Europa e nos Estados Unidos. A começar pelo continente europeu, é imprescindível citar a Carta Magna, de 1215, do rei João Sem Terra, que, nesse trilhar, foi instrumento de “fortalecimento do poder político dos barões”² e um degrau que se avançou no constitucionalismo britânico e europeu. Outro documento de destaque foi a *Petition of Rights* (Petição de Direitos), no ano de 1628, por meio da qual o Parlamento, insatisfeito com a monarquia, vislumbrou limitar o poder do rei.³ Na mesma toada, no ano de 1689, surgiu o documento *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), que também tem ênfase na ampliação da atuação do Parlamento.⁴

¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 35.

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 49.

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 49.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 38.

Seguidamente, a temática da separação dos Poderes foi evidenciada com a obra de Montesquieu intitulada *O Espírito das Leis*, em 1748 e, posteriormente, com a Revolução Francesa, em 1789. Predominava a ideia de não concentração do poder, com a transferência de parte do poder monarca para o Parlamento. Com isso, mesmo com a compreensão da teoria da Separação dos Poderes, ficou estabelecido que o Legislativo poderia ser considerado um poder superior, justificado pela soberania popular que ele representava. Nessa ocasião, houve uma confusão nos conceitos, “[o] princípio da soberania da nação acaba por se confundir com o princípio da soberania do Parlamento”.⁵ Ademais, mesmo com a divisão, houve um período em que o Judiciário se via subordinado ao Legislativo.

Com base na mesma justificativa citada, foi criado na França o instituto chamado de *référé législatif*, no ano de 1791, o qual estabelecia que, quando não houvesse uma interpretação clara de uma lei e ela fosse colocada em dúvida por três vezes em um tribunal, esta deveria ser remetida de volta ao Legislativo para que ele proferisse o verdadeiro significado da norma, com base na ideia de vontade do povo. Dessa forma, a vontade do Parlamento era vista como indubitável vontade do povo, sem margem para questionamentos.

Esse cenário limitado começou a mudar no final do século XIX, momento em que se percebeu a necessidade de uma proteção de direitos mais robusta, não apenas baseada na ideia de Separação dos Poderes com enfoque na superioridade do Parlamento – evidenciado ainda mais em momento posterior pelo fim da Segunda Guerra Mundial e o vasto desrespeito a direitos humanos. A partir daí, a Constituição passou a ser o centro dos direitos humanos e fundamentais, e a ideia de soberania do Parlamento foi dissociada, sendo concentrada ao poder constituinte originário, estabelecendo-se, dessa forma, limites ao Poder Legislativo e fortalecendo a seara Constitucional⁶.

Já no cenário norte-americano, como destaque, pode-se citar a conhecida Declaração da Virgínia, de 1776, que consagrou os direitos humanos, com foco no direito do povo se manifestar acerca de um governo. Outro documento importante é a Convenção da Filadélfia, de 1787, considerada como a primeira Constituição dos EUA. Um pouco diferente do cenário europeu, o Direito Constitucional norte-americano já tinha lugar de destaque desde o século XIX, com uma Constituição fortalecida, reconhecida como norma suprema e assegurada pelo controle jurisdicional de constitucionalidade. Entretanto, nesse percurso existiram alguns

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 45.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 46 – 47.

embates envolvendo a questão da separação dos Poderes, como o caso *Marbury versus Madison*, em que envolveu diretamente questões políticas e constitucionais, colocando em xeque a competência de atuação da corte jurisdicional.

Dessa maneira, é possível perceber que, nesse desenvolvimento constitucional, o ponto da Separação dos Poderes é um dos mais discutidos. A concentração de poder nas mãos de apenas uma pessoa é reconhecida como um mal desde quando nem se imaginava uma Constituição como uma norma fundamental de Estado. É relevante, portanto, a compreensão desse progresso constitucional e, mais ainda, da teoria da Separação dos Poderes, que é um dos pilares fundamentais de uma Carta Magna e que será detalhada adiante.

2.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Princípio basilar e um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, o princípio da Separação dos Poderes é previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de forma expressa como cláusula pétrea em seu artigo 60, § 4º, III. Assim como no artigo 2º da Carta Magna é possível observar expressamente a separação dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como em muitos outros artigos no decorrer da Constituição que abordam e detalham a relação entre esses Poderes.

Mas, antes de adentrar no texto constitucional vigente, é importante reforçar o histórico desse princípio tão relevante e que já foi mencionado brevemente nesse estudo. A ideia de separação dos Poderes tem sua origem teórica com Aristóteles, em sua obra “A Política”, ainda que de maneira tímida. Posteriormente, Locke também aborda a divisão dos Poderes, na intenção de retirar das mãos do rei essa concentração. Locke reconhecia como poder autônomo apenas o Legislativo, Executivo e o que denominou de Federativo, considerando ainda o Legislativo como um “poder supremo entre os demais poderes”⁷. E mais, o Judiciário não seria um poder autônomo, cabendo ao Executivo aplicar a lei.

Após esse início de teoria com Aristóteles e Locke, com uma abordagem mais ampla, Montesquieu, em seu livro “Do Espírito das Leis”, publicado em 1748, firmou a teoria da separação dos Poderes e por isso seu nome tem maior destaque no tema, firmando a ideia de que limitar a concentração de poder a fim de se evitar abusos e concedendo maior destaque à atuação do Judiciário. Como adverte Bonavides⁸,

⁷ALBUQUERQUE, Armando. A teoria lockeana da separação dos poderes. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>. Acesso em: 30 de outubro de 2021. p. 7.

⁸BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 569.

[a] concentração seria, sem dúvida, lesiva ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado. Titular exclusivo dos poderes da soberania na esfera formal da legitimidade, é tão somente a Nação politicamente organizada, sob a égide de um Estado de Direito.

Além disso, é possível extrair da teoria da separação dos Poderes, consolidada por Montesquieu, a concepção do que se chama de *checks and balances* ou sistema de freios e contrapesos, no qual os poderes possuem autonomia e ao mesmo tempo exercem entre si um tipo de controle. Esse controle possui uma margem que limita sua atuação, a fim de impedir ingerências e ao mesmo tempo se torna necessário para que também não exista abuso de poder, até porque não existe uma espécie de hierarquia entre os Poderes. Existe a distribuição de funções. Pensando na atualidade, existem circunstâncias em que a palavra final será do STF, órgão máximo do Judiciário. Mas também há situações em que a palavra final será do Presidente da República, o qual exerce o cargo máximo do Executivo Federal. Da mesma maneira, acontece no Legislativo. Isso se dá pela própria organização e distribuição de funções feita pela Constituição.

Manter a ordem democrática é como se fosse uma espécie de malabarismo constante. Ao mesmo tempo em que os Poderes são independentes, devem ser harmônicos e, seguindo os ditames constitucionais, manter o equilíbrio entre si. Para essa situação também cita-se a expressão de Avritzer⁹ quando denomina de “pêndulo democrático” todo esse arranjo institucional da atuação dos Poderes.

Outro ponto de destaque do princípio é sua presença na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 16, o qual prevê “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”¹⁰, destacando de forma objetiva a necessidade da separação dos poderes para a vitalidade constitucional. Outros instrumentos constitucionais na ordem internacional também reafirmaram sua essencialidade.

No cenário brasileiro, não apenas na CF de 1988 vislumbra-se a presença do princípio tratado, mas desde a Constituição de 1824 já se previa a divisão de Poderes, num cenário não tão avançado constitucionalmente, mas, mesmo assim, a separação dos Poderes já era destaque. Como ressalta Bonavides¹¹, a única Carta que não previu o princípio estudado foi a de 1937, a

⁹AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia. São Paulo: Todavia, 2019.

¹⁰Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 567.

qual não pode ser considerada propriamente uma Constituição, por ser oriunda de um ato de força e sem caráter democrático. Até mesmo a Constituição de 1967, plasmada na ditadura, reconheceu a separação dos Poderes.

A essência da separação dos Poderes permanece a mesma, que é impedir a concentração deles. Nas palavras de Barroso¹² “as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto”. Ou seja, nenhum Poder é absoluto, ainda que seja independente. Cada Poder tem suas competências estabelecidas, para que assim atuem com independência e da melhor forma. Nesse sentido, “a separação de poderes é uma concepção consuetudinária do próprio fenômeno do constitucionalismo. Por conseguinte, sua perspectiva é sempre a limitação do poder”.¹³

A ausência de divisão clara no exercício de cada Poder seria capaz de anular materialmente o sentido da separação deles. Não só isso, essa atuação independente deve ao mesmo tempo ser harmônica, o que significa que, deve existir um senso de cooperação entre os Poderes na busca pelo bem social. Os Poderes têm independência no sentido de que se evitem ingerências de um sobre o outro, com conseqüente abuso de poder, mas a harmonia realça a ideia de trabalho por um ideal comum.

Para José Afonso da Silva¹⁴ existe um conceito contemporâneo menos rígido de separação dos Poderes, sendo preferível batizar de “colaboração de poderes”, tirando aquela ideia de distanciamento na atuação desses e implementando uma ideia de atuação conjunta na busca pelos ideais constitucionais. No mesmo sentido, Barcellos¹⁵ explica que a separação dos Poderes como cláusula pétrea deve ser compreendida em seu núcleo, ou seja, traz a ideia de não concentração de poder, devendo as funções legislativas, executivas e jurisdicionais serem distribuídas em órgãos distintos, mas não impõe isso como algo estanque no arranjo de distribuição. Dessa forma, considera-se plenamente possível que haja uma flexibilidade na divisão de tarefas para uma melhor adequação alinhada à evolução dos direitos fundamentais.

Dentro da separação dos Poderes existe a divisão de funções, que é direcionada a cada um deles. Resumidamente, José Afonso da Silva¹⁶ descreve que a função legislativa cumpre o

¹²BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 181.

¹³ABBOUD, Georges. Direito Constitucional pós-moderno. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 103.

¹⁴SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. -39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 111.

¹⁵BARCELLOS, Ana Paula. Curso de direito constitucional. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 404.

¹⁶SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. -39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 110.

papel de edição das regras formuladoras da ordem jurídica. Sobre a função executiva, esta tem a atribuição de resolver problemas concretos de acordo com a legislação, de maneira impessoal. Por fim, a função jurisdicional tem o compromisso de aplicar o direito aos casos concretos na solução de litígios. Entretanto, não se resume a apenas isso. Na verdade, todos os Poderes acabam por exercer um pouco de todas as funções. A divisão citada retrata o que se denomina de funções típicas, porém observa-se que os Poderes também atuam no exercício de funções atípicas, as quais seriam precipuamente de outros Poderes.

Ao Legislativo, que é representado pelo Congresso Nacional, o qual é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, cabe, tipicamente, a função de legislar e fiscalizar. A função legislativa, esmiuçada no corpo constitucional, cumpre a elaboração de normas que regem o ordenamento jurídico e a sociedade. Da mesma forma, a função fiscalizatória é incumbida ao Legislativo pela CRFB/88, justificada pela própria natureza dos membros do Legislativo, que, eleitos pelo povo, são, portanto, seus representantes. Já no exercício de atividades atípicas, tem-se como exemplo a função de julgar o Presidente da República em casos de crime de responsabilidade.

O Poder Executivo tem como a figura maior, no âmbito federal nacional, o Presidente da República, conforme artigo 76, CF/88¹⁷, o qual exerce o papel de chefe de governo e de estado, cumulativamente. Cabendo-lhe também, ocasionalmente, o exercício de funções atípicas, como a função de legislar, editando medidas provisórias que possuem força de lei.

Por fim, o Poder Judiciário, que tem como competência a guarda da Constituição, como preceitua o artigo 102 do texto Magno, atua na aplicação do Direito às lides que lhes são postas, solucionando conflitos decorrentes da vida em sociedade e exercerá essa função conforme estrutura a própria Constituição. Assim como os outros Poderes, exercerá funções consideradas atípicas, como a edição de atos normativos internos. Vale mencionar também o papel que ele desempenha no preenchimento de lacunas deixadas pelo legislador, interpretando o ordenamento jurídico, o que tem sido cada vez mais frequente.

Além disso, esse fortalecimento da teoria especialmente na Carta Magna vigente também pode ser identificado pela série de proteções concedidas aos Poderes e seus membros, com a finalidade de garantir o livre exercício de suas funções.

No Legislativo, observa-se a previsão de prerrogativas para seus membros, como na imunidade parlamentar, que se divide em imunidade material e formal. A imunidade material,

¹⁷BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

descrita no artigo 53, da CF¹⁸, prevê a inviolabilidade dos parlamentares “civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”, mas é preciso compreender além do texto, pois a referida proteção não alcança situações que não possuem ligação com o exercício do cargo, já que a proteção só tem sua razão de existir em virtude do exercício do cargo e não pertence à pessoa que o ocupa para fazer uso de maneira pessoal. Há, ainda, a discussão na jurisprudência sobre se essa imunidade acompanharia o parlamentar em todo lugar. Sobre isso, em 2004, no Inquérito 1958¹⁹, o STF entendeu que a análise da ligação com o cargo só deveria ser analisada se o parlamentar estivesse fora do Congresso e, se o fato ocorresse dentro do Congresso, não haveria o que analisar, sendo garantida a imunidade material em face de ofensas proferidas dentro da instituição congressual.

No referido julgamento, o relator Ministro Carlos Britto disse que

[p]ara os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo de ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos e desempenho dessa prerrogativa.

Entretanto, em mais recente julgamento, o STJ e o STF passaram a entender de maneira diversa. No caso do, à época, Deputado Federal Jair Bolsonaro, em que ele proferiu ofensas, no Plenário, à dignidade da também Deputada Federal Maria do Rosário, afirmando que não a estupraria ‘porque ela é muito ruim, porque ela é muito feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria. Eu não sou estuprador, mas, se fosse, não iria estuprar, porque não merece’²⁰, ficou sedimentado em ambas as Cortes que a imunidade deve estar vinculada ao exercício do cargo e não pode ser usada como uma prerrogativa pessoal. É possível identificar nesse exemplo que, mesmo a CF prevendo essa garantia expressamente, foi necessária a intervenção de outro Poder para que outros direitos fundamentais fossem protegidos, ou seja, situação clara de aplicação do sistema de freios e contrapesos. Além disso, essa intervenção judicial determinou os limites da imunidade parlamentar, que não é ilimitada.

No que tange à imunidade formal dos parlamentares, nas palavras de Gilmar Mendes²¹, essas “garantem ao parlamentar não ser preso ou não permanecer preso, bem como a

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁹ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80671>

²⁰ https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-08-15_18-37_Jair-Bolsonaro-tera-de-indenizar-deputada-Maria-do-Rosario-por-danos-morais.aspx.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 15. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1040.

possibilidade de sustar o processo penal em curso contra ele”. Sobre o tema, muitos são os desdobramentos, mas não serão detalhados neste estudo por não ser o foco principal.

Quanto ao representante do Poder Executivo federal, podem-se mencionar as peculiaridades em seu julgamento. Em se tratando de crimes de responsabilidade, o julgamento será feito pelo Congresso Nacional. Já sobre os crimes comuns, o órgão competente para julgar é o STF, porém a Constituição determina em seu artigo 84, § 4^o²² que, na vigência do mandato, o Presidente da República não poderá ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício das suas funções, atribuindo, portanto, um trâmite particularizado àquele que exerce o cargo de Presidente, com o sentido de preservação da continuidade do exercício dessa função fundamental.

Para o Poder Judiciário e seus membros, a Carta Magna²³ de 1988 prevê garantias e autonomia ao poder como nenhuma outra Constituição havia assegurado, sendo de fundamental importância para colocar em pé de igualdade o Judiciário com os outros Poderes. A começar pela disposição do artigo 95, com as garantias funcionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, além disso, as suas autonomias financeira e administrativa estão previstas no artigo 99 da CF. Tudo isso endossa a independência de atuação do Poder Jurídico, no qual prevalece a lei, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que tem seus membros eleitos pelo voto popular.

Vale ressaltar que, além das garantias, os membros de todos os Poderes também possuem deveres inerentes às suas funções, podendo haver responsabilização pelo descumprimento dos mandamentos constitucionais. Nenhum Poder está acima do outro. A sociedade não está imune a eventuais vícios que possam ocorrer no exercício da função de cada Poder, mas se esses ocorrerem, devem ser corrigidos.

Percebe-se, assim, a relevância e a complexidade do princípio da separação dos Poderes, o qual faz ligação com todo o ordenamento jurídico brasileiro, assim como é princípio basilar na ordem internacional. Não há como se pensar um Estado Democrático de Direito sem a separação dos Poderes, a qual é pilar da democracia.

Dessa maneira, a importância desse princípio deve ser lembrada constantemente, devido à sua essência em limitar o poder ser a mesma desde a sua concepção até a atualidade, e sempre será. Não há como desvirtuar esse ideal democrático, porque é assim que se busca alcançar a democracia.

²²BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

²³BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

2.3 DIREITO E POLÍTICA: O ELO COM OS PODERES

Direito e política possuem conceitos distintos, mas deve-se reconhecer que o elo que esses dois conceitos possuem com os Poderes é forte. Essa ligação entre Direito e política, segundo Neves²⁴, tem como base a própria Constituição, a qual é compreendida como um “mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito”.

Não se pode dizer simplesmente que o direito recai para o Judiciário e a política para o Executivo e Legislativo. É fato que existe a preponderância de cada um, porém a política sempre estará presente no Judiciário, assim como o direito no Legislativo e no Executivo. A relação entre o Direito e a política não pode ser considerada como algo isolado, estanque. Embora sejam pilares distintos, atuam juntos na sustentação do Estado Democrático.

Dessa forma, observa-se desde já que, embora estejam posicionados de maneira individual, cada qual com seu significado próprio, estão, ao mesmo tempo, interrelacionando-se constantemente, com o dever de observância dos limites de cada esfera, sob o risco de inviabilização do próprio sistema democrático.²⁵

O STF, mais alta corte do Judiciário brasileiro, tem um claro exemplo disso na formação de seus integrantes, os quais, além de cumprirem os requisitos constitucionais, sendo um deles o notável saber jurídico, conforme o caput artigo 101 da CF/88, são escolhidos por meio da participação dos Poderes Executivo e Judiciário. No mesmo artigo, em seu parágrafo único, vislumbra-se a presença do espectro político na escolha de um novo integrante, quando a CF determina que “[o]s Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. Nota-se então que para o Direito, o saber jurídico é um dos requisitos, mas há margem para uma escolha política dentre os profissionais que possuem os requisitos formais determinados constitucionalmente. E essa escolha será fundamental na formação do Tribunal e, consequentemente, do entendimento e interpretação das normas constitucionais.

O perfil dos Ministros a serem escolhidos provavelmente segue o perfil daqueles que estavam à frente politicamente dos outros Poderes. Sem dúvidas, a Constituição é o parâmetro

²⁴NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. – 3ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 97.

²⁵ABREU, Pedro Manoel. A politização do Judiciário e a juridicização do político na sociedade contemporânea: o significado da interpretação e o papel dos juízes na criação do Direito, em tempos de democracia deliberativa. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/9416>. Acesso em: 26 de ago. de 2022. p. 180.

a ser seguido, porém a sua interpretação pode pender para um lado ou para o outro, uma vez que a política é presente, ainda que intrinsecamente, nas decisões judiciais.

Além disso, o contexto na escolha de um Ministro do Supremo envolve outros fatores da política. Para Ribeiro e Arguelhes²⁶, no Brasil, a escolha feita pelo Presidente não reflete apenas os seus próprios ideais políticos, mas é influenciada, da mesma maneira, pelas preferências dos partidos que formam sua base no Senado. De igual modo, os autores entendem que a escolha presidencial leva em consideração a visão da sociedade, de modo que o presidente pode querer, através de sua indicação, agradar seu eleitorado, sendo esse fim político denominado como “sinalização”, e, nas palavras dos autores, acontece quando “o presidente usa a oportunidade de nomeação para expressar seu comprometimento com um conjunto de valores, causas sociais ou ideais de relevância simbólica para a sociedade”.

Em um cenário de protagonismo judicial, esses pequenos detalhes fazem uma grande diferença. A Constituição Federal é a bússola para todos os Poderes e o principal propósito do Supremo, o responsável por guardá-la e interpretá-la. Mas o que dizer quando o Tribunal mudou de opinião em casos emblemáticos, envolvendo direitos e alterando seu entendimento? A Constituição nunca deixou de ser perquirida, porém uma mínima alteração de compreensão, ainda que de um único integrante da Corte, ou a substituição de um Ministro por outro com uma perspectiva diversa pode alterar o entendimento da instituição como um todo e afetar toda a sociedade.

Barroso²⁷ afirma que “[a] atuação de juízes e tribunais é preservada do contágio político por meio da independência do Judiciário em relação aos demais Poderes e por sua vinculação ao direito, que constitui um mundo autônomo, tanto do ponto de vista normativo quanto doutrinário”. Ao mesmo tempo em que afirma isso, compreende que essa questão tem sido alvo de algumas objeções em face da nova postura assumida pelo Judiciário quando diz que “decisões judiciais são influenciadas por fatores múltiplos. Tribunais não são guardiães de um direito que não sofre o influxo da realidade, das maiorias políticas e dos múltiplos atores de uma sociedade plural”.

Porém, discorda-se nesse estudo de que o Judiciário esteja isolado da política, em outras palavras, a instituição que representa em seu mais alto grau a aplicação do direito, proveniente

²⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e suas finalidades políticas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 255, 2010, p. 115-143.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 29 dez. 2021. p. 3 - 32.

da sua função constitucional de julgar, não está em uma posição totalmente autônoma da política. Possui autonomia na ideia de que nenhum Poder prevalece sobre o outro e por isso não pode sofrer ingerências em sua atuação. Além disso, a vontade da maioria não é sinônimo de democracia. Os direitos fundamentais dos mais vulneráveis devem ser protegidos de eventuais maiorias totalitárias. Compreende-se ainda que esses direitos devem ser preservados de forma que nem mesmo uma nova Constituição pode eliminá-los.

Um caso que ainda aguarda desdobramentos é o da prisão em segunda instância. Anos atrás o STF entendia ser possível a prisão em segunda instância, mas, atualmente, essa interpretação não procede, tal como ficou definido na votação acirrada – de seis votos contra cinco – no julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, que analisavam a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal em 2019. Ou seja, um único Ministro ou Ministra poderia alterar todo o cenário, como ocorreu. Todos os argumentos a favor ou contra a prisão eram de relevância, o direito sempre esteve presente, a busca pelos ideais constitucionais também. Toda a justificativa dos votos foi com base na Constituição, mas pequenos fatores, ainda que implicitamente, podem determinar a opção escolhida, como a própria política e o clamor social.

Com a decisão da proibição da prisão em segunda instância, todos aqueles que foram presos nesses parâmetros, garantiram a sua liberdade até que uma decisão transitada em julgado possa alterar o cenário. Um caso específico ganhou, então, destaque: o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que encontrava-se preso por uma condenação em segunda instância foi liberto após essa mudança. Mais uma vez a política e o direito se encontraram e os efeitos da decisão jurídica proporcionaram consequências significativas na política.

O tema sobre a possibilidade de prisão em segunda instância já está presente no Congresso Nacional, o qual pode ser legislado corroborando o entendimento do STF ou não. O Poder Legislativo, seguindo as balizas constitucionais, pode derrubar o entendimento judicial que prevalece até o momento. Entretanto, o projeto de Emenda à Constituição 199/19, de proposta do deputado Fábio Trad, tem encontrado algumas barreiras políticas no debate do tema²⁸. As controvérsias são naturais diante de um tema que divide opiniões em todos os Poderes, porém existe, por diversos motivos, a ausência de debate da questão, deixando a cargo do Judiciário a última palavra sobre o tema.

Conforme já citado, a CF determina que a nomeação dos Ministros do STF seja feita pelo Presidente da República e munido desse dever e direito, o atual Presidente Jair Bolsonaro

²⁸<https://www.camara.leg.br/noticias/703149-proposta-que-permite-prisao-apos-segunda-instancia-enfrenta-resistencia/>

teve, até o momento, a oportunidade de nomear dois Ministros à Corte, os quais foram sabatinados e aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal. E, na análise do elo entre o direito e a política, é possível mencionar que além dos requisitos formais, em sua visão particular de política, o Presidente manifestou publicamente o perfil que gostaria que os seus nomeados tivessem quando disse que entre suas duas escolhas, as quais surgiriam durante seu mandato, um dos ministros seria “terrivelmente evangélico”²⁹. Percebe-se, portanto, que o chefe do executivo não se importou em manifestar seu critério subjetivo de escolha, mesmo diante de um estado laico.

Ou seja, é levantada a hipótese de que a religião e os pensamentos subjetivos estariam entre os critérios de escolha do Presidente Jair Bolsonaro, a fim de levantar essas mesmas questões no julgamento de decisões no Supremo, numa tentativa de moldá-las aos seus entendimentos políticos e religiosos. Feita a escolha, o Ministro atuará na Corte por prazo indefinido, tendo como limite máximo a aposentadoria compulsória, que é quando o Ministro chega aos setenta e cinco anos de idade. Sendo assim, a escolha de cada Ministro ou Ministra produz efeitos por longos períodos e o viés político que possa ser empregado nessa escolha também.

Para Barroso, “[n]a política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão.”³⁰. Além disso, a própria dinâmica constitucional caminha para esse encontro no sentido de que, se o Judiciário é o guardião da Constituição e que a mesma Carta traz previsões de ordem política, bem como acerca da constitucionalidade das leis elaboradas pelos poderes Legislativo e, eventualmente, Executivo, é natural que demandas que envolvam política e Direito recaiam para a Corte Constitucional pátria e nem por isso haverá uma afronta ao princípio da separação dos Poderes.

Em contrapartida, na visão de Hirschl³¹, seria algo mais complexo e que ratifica essa indissociabilidade entre Direito e política, quando afirma em sua obra que

[o] poder do judiciário não cai do céu; é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização de direitos e o fortalecimento da revisão judicial resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas, porém crescentemente ameaçadas, que procuram insular suas preferências políticas contra as mudanças de

²⁹<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-evangelico-para-o-stf.ghtml>

³⁰BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 439.

³¹HIRSCHL, Ran. *As origens e consequências do novo constitucionalismo*; Tradução Amauri Feres Saad – 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020. p. 104.

humores da política democrática, fazendo-o em associação com elites econômicas judiciais que possuem interesses compatíveis. As mudanças que emergem refletem uma combinação de preferências políticas e interesses profissionais destes grupos.

Na mesma linha, a política tem o Direito em sua essência, pois foi através dessa construção de fortalecimento da esfera judicial que se reconheceu a sua vitalidade para o equilíbrio do universo político. Da mesma maneira, se volta ao intuito da separação dos Poderes, que é a não concentração de poder a fim de se evitar abusos. Nesse sentido, como dispõe Costa³², “[o] STF tem a função de guardar a Constituição, mas isso não quer dizer que ele tenha completa liberdade para atribuir sentidos ao texto constitucional.”. Isso significa que nem sempre a interpretação do STF sob justificativa de ser o guardião da constituição será suficiente, pois existem espaços reservados à atuação política.

Sendo assim, há espaços da política os quais o Direito não poderá substituir, assim como existem espaços do Direito que a política não irá ser suficiente e, no meio deles, existe um ponto de encontro em que haverá uma inevitável simbiose dos dois universos. Fundamental, portanto, é o entendimento de Krell³³, quando leciona que é uma consequência natural para o Judiciário lidar com a política, tendo em vista que, a própria supremacia da Constituição proporciona esse cenário e que direitos fundamentais podem estar intrinsecamente envolvidos em questões que seriam primordialmente políticas. O que ressalta a simbiose entre as duas esferas.

Dessa forma, diante de uma democracia plasmada na Constituição, que é política e de direitos, as duas esferas, ainda que distintas, possuem pontos de encontros procedentes da conjuntura democrática.

³²COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre direito e política. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2448/pdf>. Acesso em: 29 de dezembro de 2021. p. 28.

³³KRELL, Andreas. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos: o exercício da cidadania *jurídica* como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Org: Enoque Feitosa [et al]. Volume 2. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. Pág. 136-13

2.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E CRFB/88

Compreender os parâmetros do Estado Democrático de Direito pátrio se faz essencial na relação de atuação entre os Poderes e na busca pela democracia, delimitados na vigente Carta Constitucional de 1988.

A história do constitucionalismo brasileiro passou por algumas Constituições e encontra-se em constante processo de desenvolvimento. Não necessariamente a mudança de Magna Carta significa um processo evolutivo, mas atualmente entende-se que se está diante da mais avançada delas. Embora não seja perfeita, a postura e a interpretação que os Poderes adotam em sua aplicação é determinante no cumprimento dos preceitos constitucionais e na efetivação de direitos fundamentais.

Oito Constituições, é o número de Cartas que o Brasil já teve, a partir da Independência, incluindo a atual. Em resumo, as mudanças de Constituições marcaram progressos e regressos, provocando um sentimento de insegurança social, consequência da instabilidade política. Nesse percurso, a Constituição de 1988 representa a materialização de uma conquista marcada pelo esforço de várias gerações de brasileiros contra atitudes autoritárias e de exclusão social.³⁴

Sarmiento³⁵ ressalta que, antes da Constituição de 1988, a lei tinha muito mais valor no ambiente jurídico e, curiosamente, espécies normativas como decretos e portarias eram mais valoradas do que a própria lei. Além disso, o Judiciário atuava de forma limitada e sem espaço para questões que envolvessem política. O autor explana que

[a]s constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.

Precedida por um período autoritarismo, a CRFB/88 apresentou mudanças desde a sua elaboração. A forte participação popular através de audiências públicas já demonstrava o perfil democrático dessa nova Constituição. Embora existam críticos sobre essa participação popular, que acreditam que houve muito mais uma participação de grupos elitizados com interesses particulares, o fato é que se deve reconhecer que houve espaço para aqueles que defendiam

³⁴BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 374.

³⁵SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 5.

questões de minorias, como matérias atinentes a questões ambientais, indígenas, sobre trabalhadores rurais e outros temas de grupos minoritários, os quais não tiveram esse espaço, com essa dimensão, em nenhuma outra Carta e, sem dúvidas, foram determinantes na defesa desses direitos até a atualidade.³⁶

Em seu primeiro artigo, vislumbra-se de maneira expressa a vontade do legislador em evidenciar que a Constituição de 1988 rege um Estado Democrático de Direito, o que une dois conceitos pertinentes. Sobre um Estado de Direito, entende-se que prevalece o direito na atuação estatal, com uma ideia de um comportamento regido pela imparcialidade e excluindo-se arbitrariedades. Ainda, analisando-se isoladamente o “Direito”, este engloba não apenas e puramente leis e sim um conjunto de valores constitucionais concretos. Na mesma medida, quanto ao termo “Democrático”, corrobora esse ideal do Estado de Direito, porém, ainda que pareça uma expressão pleonástica, tem a intenção de reafirmar, de maneira indubitável, que não há espaço para regimes autoritários ou ditatoriais, sendo a democracia o cerne de todo o ordenamento jurídico, político e social.³⁷

Na visão de Barcellos³⁸, o termo “Estado de Direito” pretende expressar três finalidades centrais. A primeira é a de que as normas jurídicas precisam ter clareza para que as pessoas as conheçam e as sigam. A segunda finalidade é a medida da igualdade, ou seja, as normas são aplicadas e devem ser seguidas por todos, sem seletividade ou privilégios. Por fim, a última ideia é a de que as normas precisam ter estruturas capazes de garantir a sua aplicação, visto que não podem se limitar à formalidade, devendo prever direitos e, igualmente, garantias para a materialização deles.

Sendo assim, o termo democracia compõe-se pela percepção de um Estado que adquire e exerce seu poder de forma legítima, ainda que não tenha explicitamente todos os direitos escritos. Isso seria, de certa forma, impossível, tendo em vista o acelerado desenvolvimento social, que faz nascer e ampliar a visão do que seria um direito fundamental. O mais importante para se caracterizar um Estado Democrático é ter, numa visão formal, um alicerce base de princípios e regras como sustentáculo desse ideal e, numa visão material, direitos fundamentais que assegurem a participação igualitária do cidadão na administração do Estado. Portanto, as duas faces são necessárias e se complementam.³⁹

³⁶SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 78.

³⁷SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 86 – 87.

³⁸BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 131.

³⁹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 270.

Nesse sentido, é relevante a percepção de José Afonso da Silva, quando diz que “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.”⁴⁰.

Mas o que se entende por povo? Esse questionamento é feito por Müller⁴¹, que o traz já no título de uma de suas obras. Toda a construção histórica do que se pode conceituar como povo torna possível entendê-lo como um conceito plurívoco, composto do equilíbrio entre maiorias e minorias, dos limites da soberania popular, da democracia e da representatividade, bem como o povo pode ser compreendido como destinatário de direitos e como provedor de direitos, nesse caso em uma visão de povo ativo. Dessa forma, a democracia é composta do povo, que é formulador e detentor de direitos fundamentais. Mais que um direito à participação democrática, tal participação é um dever.

Para José Afonso da Silva⁴², o povo não pode ser definido como o “corpo eleitoral”, e sim uma composição muito mais abrangente e complexa que envolve os trabalhadores de fato, excluindo-se os detentores de poder. Como esse ideal não existe, o autor entende que o conceito genuíno de democracia ainda não fora alcançado. No mesmo sentido, Canotilho⁴³ ressalta a importância do tratamento igualitário que deve existir entre os cidadãos que compõe o conceito de povo para que a opinião de cada indivíduo exerça a mesma força na tomada de decisões estatais. O que quer dizer que, o povo deve ser “formado por cidadãos iguais, livres e autônomos e não por um povo distribuído, agrupado e hierarquizado em termos estamentais, corporativos ou orgânicos”.

Ademais, Sarlet⁴⁴ entende que o que se busca na democracia é uma “construção de consensos”. Ou seja, diante da pluralidade da sociedade, e considerando esse aspecto ainda mais evidenciado no Brasil pela dimensão continental que possui, não há como existir uma unanimidade sobre assuntos da coletividade, e, quanto mais controverso for o tema, mais vias podem surgir e o importante é que exista esse consenso adequado. Portanto, as diferenças acerca de um tema são também necessárias e inerentes a uma democracia. A preponderância de um único pensamento desencadearia uma indesejável estagnação do avanço social.

⁴⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. -39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 128.

⁴¹MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

⁴²SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39 ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 138.

⁴³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 20 reimp. p. 293.

⁴⁴SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 273 – 274.

Um critério adotado em algumas situações é o da maioria, mas este deve ser ponderado, principalmente em situações de vulnerabilidade de direitos fundamentais de minorias. A democracia não pode ser considerada apenas como a vontade da maioria, pois o fato eremítico de uma maioria ter êxito em um pleito eleitoral não sustenta uma democracia. Para Kelsen⁴⁵, a questão da maioria não deve ser exclusivamente interpretada como uma garantia de igualdade, o que determinaria um “caráter puramente mecânico”, além de legitimar maiorias que fizessem o uso da força para impor suas concepções.

Nesse sentido, maiorias que adotam essa postura absoluta, agiriam como autocratas com uma aparência formal de democracia. Os direitos fundamentais das minorias não podem ser devorados pelas vontades de uma maioria. Abboud⁴⁶ fundamenta isso com uma explicação descomplicada: “a maioria degenera”. Se faz imprescindível que um núcleo duro de direitos fundamentais seja rigorosamente respeitado, independentemente de maiorias e daqueles que ocupem o poder. Se for diverso disso, o sentido de democracia será modulado para o conceito de uma autocracia fundada na concordância de um grupo momentaneamente majoritário.

Ainda, a democracia deve ser reconhecida por um perfil contemporâneo, como aponta Kerche⁴⁷:

A democracia não é somente o sistema em que as decisões são tomadas, direta ou indiretamente, pela maioria dos cidadãos. Nas sociedades contemporâneas, a democracia também é o sistema em que certos direitos precisam ser assegurados para indivíduos e minorias, mesmo em frente ao desejo das maiorias conjunturais.

Da mesma maneira que uma democracia não se resume à expressão da maioria, o papel do cidadão não se restringe ao exercício de seus direitos políticos. Nesse viés, a Constituição determina que o Estado Democrático de Direito será consumado, entre tantos preceitos, através da participação popular, conforme o art. 1º, parágrafo único⁴⁸, em que prevê a soberania popular e, de igual modo, a denominação como “República”, palavra de origem do latim, tem como significado epistemológico a representação de coisa do povo.

Portanto, a participação do povo é condição indispensável para que se reconheça a democracia, a qual pode e deve ser exercida de diversas maneiras na concretização de um

⁴⁵KELSEN, Hans. *A democracia*. 3 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 31.

⁴⁶ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1403.

⁴⁷KERCHE, Fábio. *Independência, Poder Judiciário e Ministério Público*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/kSYHDwYPgDZPZ7S7TZbRwfy/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 26 de ago. de 2022. p. 568.

⁴⁸“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

sistema representativo, plasmado na soberania popular, como almeja a Carta, reafirmando suas intenções de fortalecimento das instituições democráticas com a participação dos cidadãos.

2.5 CONTORNOS DO EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO PELO POVO

Pode-se basear o conceito essencial de democracia em dois princípios. O primeiro é o da soberania popular, o qual indica que o povo é a fonte do poder, e o segundo é o da participação do povo no poder, seja ela direta ou indireta, para que, diante dessa participação, haja a concretização real da vontade popular. Inserido no princípio da participação, deriva também o princípio da representação, o qual representa a participação indireta.⁴⁹

Em tempos em que o termo democracia se encontra em evidência, existe uma associação do seu conceito com a ideia de expressão e soberania da vontade do povo através do voto. E, sim, o voto é uma das formas de manifestação da democracia, mas não se limita a ela. O ato democrático de votar representa uma das faces do que se entende por democracia e, nesse quesito, refere-se à democracia representativa, fundada na democracia indireta, a qual deve caminhar lado a lado com a democracia participativa, está assentada na democracia direta. Sendo assim, exige-se a atuação do cidadão diretamente no desempenho do Estado para que a soberania popular seja exercida de maneira integral em seu trajeto em busca da democracia. Corroborando esse pensamento, Sarlet⁵⁰ leciona que

[a] soberania popular deve ser compreendida então nessa dupla perspectiva, significando, em síntese, que tanto a titularidade quanto o exercício do poder estatal, incluindo a assunção de tarefas e fins pelo Estado e a realização das tarefas estatais, podem sempre ser reconduzidas concretamente ao povo, no sentido de uma legitimação democrática efetiva.

Na democracia representativa, a escolha de representantes políticos através do voto é seu objeto central e de maior destaque na sociedade. A CF/88 dispõe, ao longo de seu texto, aspectos atinentes a essa espécie de participação popular, como no artigo 14 e no evidenciado art. 60, § 4º, que destaca as cláusulas pétreas, estabelecendo que o voto é “direto, secreto, universal e periódico”, robustecendo sua relevância e o protegendo a escolha do cidadão e o Estado Democrático. Ao estabelecer que ele é direto, busca-se impedir que a intenção do eleitor seja desvirtuada por uma ingerência política. Pelo mesmo motivo, o sigilo se faz essencial na

⁴⁹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 133.

⁵⁰SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 272.

proteção por uma livre escolha sem temor. Por fim, a universalidade representa o valor de igualdade dado a todos e a periodicidade garante a alternância de poder.

Nessa forma de manifestação, a democracia é exercida por representantes do povo, democraticamente eleitos, tendo em vista a inviabilidade da participação de todos os cidadãos em todas as tomadas de decisões estatais. Sendo assim, a representação do povo pelos atores políticos é como a Constituição estabelece uma das faces da soberania popular⁵¹. Nas palavras de Silva, a democracia representativa “pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos, etc.”⁵².

Corroborando esse entendimento, entende-se que o povo é quem tem legitimidade para conceder autorização a instituições do Estado com a finalidade de agir, de forma autônoma, em seu nome na concretização da soberania popular e dos ideais democráticos.⁵³

Nessa toada, deve-se mencionar também o direito a ser votado. Imerso no conjunto de direitos políticos, assim como o direito de votar, o direito a se candidatar para os cargos eletivos é essencial à democracia, por proporcionar o direito de participação de homens e mulheres de todas as esferas sociais, desde que os requisitos constitucionais sejam cumpridos. Isso é essencial à garantia das diversidades. É preciso que os cargos eletivos sejam compostos de cidadãos de diversos segmentos, classes sociais, profissionais, para que o objetivo da real representatividade seja efetivado.

Até a atualidade, percebe-se que, mesmo com a Constituição prevendo normas com o intuito de garantir a igualdade no direito de ser votado, alguns grupos prevalecem sobre outros, a exemplo do ainda reduzido número de mulheres eleitas. Ainda, em seu art. 14, §3º, a Carta constitucional dispõe sobre condições gerais de elegibilidade para diversos cargos, mas também há o dever de observância a outros critérios específicos disciplinados constitucionalmente, como em situações que configurem inelegibilidade e regramentos sobre partidos políticos que devem ser cumpridos.

Entretanto, democracia não se restringe apenas ao exercício de direitos políticos. Para que de fato uma democracia exista, a atuação popular deve ser contínua, o que Medauar⁵⁴ entende por “democracia operacional”, ou seja, a democracia deve ser exercida em sua

⁵¹SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 87.

⁵²SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 139.

⁵³CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed., 20 reimp. p. 293.

⁵⁴MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22.

plenitude, que é a junção da democracia representativa, aliada à democracia participativa. Alinhado a esse pensamento, Canotilho⁵⁵ ressalta que é na democracia participativa que o cidadão tem a oportunidade de aprender de forma direta o que é a democracia quando participa de processos que envolvem decisão, ao se deparar com divergência de opiniões e ter que se manifestar criticamente sobre elas.

A democracia participativa corresponde à expressão da vontade popular de maneira direta e, por vezes, semidireta, o que se deve compreender não somente a vontade do cidadão individual, mas também a vontade “coletiva organizada”⁵⁶. A CF/88 dispõe expressamente em seu artigo 14, I, II e III, um rol exemplificativo desse tipo de manifestação democrática quando traz o plebiscito, referendo e a iniciativa popular como instrumentos de participação direta do povo.

O plebiscito e o referendo são instrumentos que possuem similaridades, tendo em vista que a finalidade de ambos é realizar uma consulta com o povo sobre assuntos de interesse coletivo e relevante. O órgão responsável pela designação de suas implementações é, nos dois casos, via de regra, o Congresso Nacional, exceto em duas situações: quando se trata de alteração de território de Estados e Municípios e quando diz respeito à forma e o sistema de governo.

A distinção entre os dois instrumentos citados se perfaz quanto ao momento em que ocorre a consulta. O referendo configura uma consulta pública que visa confirmar algo que já foi estabelecido, ou seja, num momento posterior a uma decisão estatal e que aguarda a confirmação dos cidadãos para então ser reconhecido. No plebiscito, entretanto, há uma consulta prévia, isto é, quando ainda não há um posicionamento estatal sobre a matéria em debate, o Estado consulta o povo para definir se há relevância em levar a questão às casas legislativas.⁵⁷

Quanto à iniciativa popular, prevista no artigo 14, III e estruturada no artigo 61, § 2, determinam-se os parâmetros para que o povo possa apresentar diretamente projetos de lei ao Poder Legislativo. Há, portanto, uma atuação destacada do povo na função de legislar que não é exercida apenas na forma representativa, caracterizando uma situação de democracia semidireta, tendo em vista que, mesmo com a apresentação direta, ainda haverá a deliberação pelos representantes legislativos.

⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed., 20 reimp. p. 288.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39 ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 143.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 823 – 824.

Além desses, há um extenso rol de participação popular que demonstra a essencialidade do exercício democrático para além do voto. O caminho que se percorre em busca da democracia demanda cidadãos ativos e engajados democraticamente, pois seus próprios interesses são o foco dessa participação. A própria forma como uma sociedade se organiza é o espelho de um Estado Democrático. Nesse sentido, como bem exprime Bobbio⁵⁸

[u]ma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou até mesmo determinada por aquilo que acontece na sociedade civil.

Outrossim, na participação da sociedade, é indispensável que o Estado cumpra o seu dever de publicidade e transparência, o qual é garantia básica no desempenho do controle da ação estatal feita pelo cidadão. Dessa maneira, o próprio poder público deve criar mecanismos para a materialização desse controle. Nesse sentido, Barcellos⁵⁹ ressalta que “[o] povo é o verdadeiro titular do poder soberano nos termos expressos do art. 14 da Constituição, de modo que quem exerce parcela desse poder por delegação deve prestar contas de sua atividade”.

Isso significa que, quando a sociedade está democraticamente organizada, a seara política estará igualmente estruturada, tendo em vista que a política é o reflexo do arranjo social. Dessa maneira, o princípio da soberania popular deve ser vislumbrado em sua plenitude na direção de um Estado Democrático. Além da separação dos Poderes ser o norte das instituições que representam o povo, é preciso ressaltar que o detentor do poder é o povo, o qual precisa enxergá-lo não apenas como um poder no sentido de seu exercício ser facultativo, e sim como um dever.

2.6 PODERES NO DESENHO DEMOCRÁTICO DA VONTADE POPULAR

Ao alinhar o entendimento acerca dos princípios da separação dos Poderes e da soberania popular com a compreensão do exercício da vontade do povo, ressalta-se ainda mais a responsabilidade de cada Poder no desempenho de suas funções para equilibrar o funcionamento democrático.

⁵⁸BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade. *Fragments de um dicionário político*. 23 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 203 - 204.

⁵⁹BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 249.

Vislumbra-se que os Poderes que têm em sua composição atores políticos possuem uma expressão da vontade popular mais acentuada. O Executivo e o Legislativo são compostos por membros eleitos democraticamente para que exerçam a democracia em nome do povo, ou seja, na modalidade representativa.

Diferentemente, o Judiciário, em sua forma de composição, é formado por outras vias e critérios ligados à tecnicidade, e essa característica não o torna menos democrático ou representativo que os outros Poderes. O povo escolheu a Carta de 1988 como sua Constituição, e ela mesma organiza esse Poder dessa maneira. Portanto, aos membros do Judiciário, não cabem eleições como forma de ingresso.

Independente de qual Poder se faça referência, é indubitável a questão de que todos são regidos pela Constituição Federal, a qual determina diretrizes para cada Poder, como um dever a ser cumprido e não como uma sugestão. Fundamenta-se esse dever de observância à Constituição ao se constatar que a sua criação é uma forma de expressão da própria soberania popular, que é a fonte produtora do poder constituinte. Dessa maneira, mantém-se a soberania popular e a constitucional, sendo esta última fruto da primeira, concedida à Assembleia Nacional Constituinte de 1987.⁶⁰

Portanto, respeitar o que prevê a Constituição é de igual modo respeitar a vontade popular, visto que, por meio da soberania popular, o povo escolheu ser regido por uma Carta maior, elaborada por seus representantes.

Ademais, a ideia de democracia é vista atualmente de uma maneira mais evoluída, indo além da ideia de maioria, de modo a adicionar a essa característica essencial os limites constitucionais, que existem, inclusive, para manter viva a democracia.⁶¹

Assim, diante da conjuntura constitucional vigente, os Poderes refletem direta e indiretamente a vontade popular, com a imposição de direitos a serem defendidos e garantidos, bem como de deveres a serem cumpridos pelos Poderes e pelos cidadãos no exercício democrático.

⁶⁰ COSTA, Alexandre Araújo. *O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada*. Disponível em: https://www.academia.edu/4848587/O_PODER_CONSTITUINTE_E_O_PARADOXO_DA_SOBERANIA_LIMITADA *Revista Teoria and Sociedade* 19 1. Acesso em 18 de abr. de 2022. p. 202.

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

3 ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO BRASILEIRO NO DESEMPENHO DO COMPROMISSO CONSTITUCIONAL

3.1 PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO E PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

Observa-se que a disposição dos órgãos legislativos brasileiros teve seu início já no período colonial, com a existência de colegiados locais nas províncias. Na perspectiva nacional, o Poder Legislativo consolidou-se com a eleição para a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil em 1823, que fora, entretanto, dissolvida por D. Pedro I com a promulgação da Constituição de 1824.⁶²

O Poder Legislativo federal brasileiro tem como uma de suas principais características ser bicameral, ou seja, ele é formado por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, que juntas formam o Congresso Nacional.

Desde a primeira Constituição Brasileira, que data de 1824, o bicameralismo é um aspecto presente no cenário brasileiro, com exceção do período de vigência da Constituição de 1934 e 1937, quando o unicameralismo foi imposto.⁶³ No período em que aplicou-se o formato unicameral, o Legislativo se caracterizava por uma atuação autoritária: mandatos e direitos políticos eram cassados, assim como houve momentos em que o Congresso Nacional fora fechado por ordem do general-presidente, o qual apropriou-se da função de legislar. Houve um enfraquecimento desse Poder e uma concentração de poderes no Executivo. Essa conjuntura mudou com a aprovação da Constituição de 1988, que redemocratizou o sistema e estabeleceu diretrizes para uma atuação dos poderes de forma harmônica e um equilíbrio democrático.⁶⁴

O significado do bicameralismo, de origem inglesa, traz a relevante concepção de representação do povo e dos Estados no âmbito legislativo federal, o que procede de maneira diversa nos âmbitos municipal e estadual, os quais, por sua vez, têm um Legislativo representado por apenas uma única Casa, possuindo, portanto, um sistema unicameral.⁶⁵

⁶²BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 407.

⁶³SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 513.

⁶⁴BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 400 – 401.

⁶⁵ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2007/04/13/veja-como-funciona-o-bicameralismo>

No contexto pátrio, não há superioridade de uma Casa sobre a outra formalmente. Apesar disso, percebe-se que, sobre a iniciativa das leis, a Constituição concede preferência à Câmara dos Deputados⁶⁶.

Nesse contexto de duas Casas, a Câmara dos Deputados, que tem como integrantes os Deputados Federais, representa o povo. É possível observar, dessa forma, que a ideia de democracia representativa pode ser vislumbrada de maneira mais próxima. Por esse motivo também, a definição do número de representantes por cada Estado e Distrito Federal é feita de maneira proporcional à população. De outro lado, o Senado Federal é a casa de representação dos estados federados e do Distrito Federal. Dessa forma, a composição de seus membros é feita de maneira igualitária, independentemente do tamanho da população residente em cada estado.

José Afonso da Silva⁶⁷ detalha de maneira acurada as atribuições do Congresso Nacional, que não se limitam à feitura de leis. O autor classifica tais atribuições em cinco grupos: a primeira atribuição é a função de legislar, a qual é feita nos ditames constitucionais, através de um processo legislativo a ser seguido; o segundo tipo são “atribuições meramente deliberativas”, referentes ao exercício de atos concretos no âmbito legislativo interno; o terceiro grupo envolve a função fiscalizatória e de controle, como quando o Legislativo atua em comissões parlamentares de inquérito ou na fiscalização de atos do Poder Executivo; sobre o quarto tipo de atribuição do Congresso Nacional, Silva ressalta a atribuição de julgamento de crimes de responsabilidade; por fim, há as “atribuições constituintes”, referentes à atuação na elaboração de emendas à Constituição.

Salienta-se que a função de elaboração de emendas à Constituição poderia ser vista como inerente da função de legislar propriamente dita, mesmo assim, José Afonso Silva opta por mencioná-la em um grupo próprio. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva⁶⁸ reforça que as emendas constitucionais não se encaixam no processo legislativo ordinário, pelo motivo de não envolverem a participação de outros Poderes em sua feitura, como ocorre no com as leis ordinárias com processo legislativo ordinário, o que explica a peculiaridade dessa atribuição própria do Congresso Nacional, que não deixa de

⁶⁶BULOS, Uadi Lamêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de junho de 2021. p. 1108.

⁶⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 525.

⁶⁸SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 431.

caracterizar a sua função legislativa, mas que deve ser destacada pelo diferencial que carrega.

Além da Constituição elencar as atribuições do Congresso Nacional, ela prevê atribuições privativas de cada uma das casas, o que não é apenas uma simples divisão de tarefas. José Afonso da Silva⁶⁹ ressalta que, ao invés de denominá-las como privativas, o melhor seria enxergá-las como exclusivas, tendo em vista que são atribuições que não comportam delegação. É possível observar um maior número de atribuições ao Senado, mesmo que esse seja formado por menos membros e atribuições de maior peso também. Na Constituição Federal, o art. 51 elenca em cinco incisos as funções privativas da Câmara dos Deputados e o art. 52 elenca em 15 incisos as atribuições conferidas ao Senado Federal.

Diante desse panorama, percebe-se que a atividade legislativa vai além da elementar função de elaborar leis. A Constituição de 1988 fortaleceu o Poder Legislativo e lhe conferiu mais atribuições, as quais são igualmente essenciais para o Estado Democrático de Direito e devem ser exercidas por meio de instituições independentes. Entretanto, tendo em vista a delimitação temática desta pesquisa, a respeito da atuação legislativa na regulamentação de direitos fundamentais, torna-se imprescindível o aprofundamento na função de elaboração normativa, o que direciona o estudo a essa função específica, englobando a análise das peculiaridades da atuação legislativa nesse sentido.

3.2 CAMINHOS DA ELABORAÇÃO NORMATIVA PELO LEGISLATIVO: PROCESSO LEGISLATIVO E ELABORAÇÃO DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

Considerando-se a função de elaboração normativa inerente ao Poder Legislativo, será apresentado um panorama do trajeto de um projeto de lei ordinária e de emenda constitucional, desde sua proposição até a sua incorporação à Constituição, isto é, até que seja reconhecida a inserção normativa de um projeto de lei, que passará a vigorar no ordenamento jurídico, respeitando-se a validade, vigência e eficácia da norma.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 525.

O processo legislativo ordinário “tem início quando alguém ou algum ente toma a iniciativa de apresentar uma proposta de criação de um novo direito”⁷⁰. A esse conceito é válido incorporar a regulamentação de um direito: quando alguém ou algum ente propõe regulamentar um direito também ocorre o processo legislativo. Nas palavras de Barcellos⁷¹, o processo legislativo “corresponde ao conjunto de etapas e fases ordenadas que conduz à elaboração das espécies legislativas”, de modo que a Constituição impõe regras basilares a esse processo e o descumprimento delas acarreta uma inconstitucionalidade do tipo formal.

A primeira etapa do processo legislativo é a iniciativa, que, via de regra, tem início na Câmara dos Deputados, salvo se o projeto é de iniciativa oriunda do Senado. Classifica-se como iniciativa comum os casos em que não há restrição estabelecida pela Constituição, sendo possível que qualquer um dos legitimados no art. 61⁷² da CF sejam aptos à proposição. Sendo assim, na iniciativa comum o projeto de lei pode ser desde a iniciativa de um Deputado Federal à iniciativa popular. De forma diferente ocorre em situações em que o próprio constituinte determina que a iniciativa seja de alguma autoridade ou órgão, a esses casos denomina-se iniciativa reservada. Um exemplo de iniciativa reservada, também chamada de iniciativa privativa, é a atribuição conferida ao Judiciário de poder decidir sobre projetos que envolvam questões diretas à organização judiciária, como a criação de novas varas judiciais, prevista no art. 96, I, d.⁷³

Após a iniciativa, a próxima fase é a da discussão do projeto, que acontecerá nas Casas Legislativas por meio de comissões ou plenários. As comissões são formadas por um número reduzido de parlamentares, os quais farão uma análise do projeto, observando-se o tema tratado, a relevância da questão, a sua viabilidade, e até mesmo a existência de alguma lei no mesmo sentido. É relevante mencionar que é no momento de análise que se exerce uma das formas do controle de constitucionalidade do tipo político e preventivo, isto é, antes que aquele texto se torne lei, o Legislativo, por meio de suas comissões, com destaque para as Comissões de Constituição e Justiça, exercerá o controle

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1012.

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 445.

⁷² Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1015.

de constitucionalidade para que se evite vícios de inconstitucionalidade na norma que ingressará no ordenamento jurídico.

Ao fazer a análise, a comissão emitirá um parecer sobre a aprovação do projeto, que pode precisar ou não de alterações, ou sobre sua rejeição⁷⁴. Entretanto, a realidade é que um grande número de projetos em tramitação sequer passa para essa fase e o andamento do processo legislativo pode ser estagnado por motivos que não estão tão nítidos.

No caso de aprovação, a etapa seguinte é a de votação, ocasião em que pode haver o estabelecimento de um quórum especial, exigido para a aprovação. Após a votação em plenário e a aprovação do projeto, esse segue para sanção ou veto do Presidente da República. Se o Presidente concordar com a integralidade do projeto de lei, irá sancioná-lo e ele se tornará lei, sendo publicado no Diário Oficial da União. Mas há a possibilidade de veto e, nesse momento, o Presidente também exerce o controle de constitucionalidade político, pois seu veto pode ter essa justificativa. O veto pode ser integral ou parcial. No veto integral, toda a integralidade do texto é vetada, enquanto no veto parcial apenas algumas partes são vetadas pelo Presidente, de modo que essas partes retornam para a análise do Legislativo, e o que não foi vetado é sancionado. Sobre os vetos, eles são analisados pelo Congresso Nacional, que pode mantê-los, deixando a lei como está, ou derrubá-los, situação na qual os trechos que foram vetados são integrados à lei.⁷⁵ Após essas fases, a última é a promulgação e a publicação da nova lei, cenário em que se ratifica a existência da lei e determina a sua aplicação, na mesma medida em que a sociedade toma conhecimento do novo ato normativo e em que se determina quando a lei passará a vigorar.⁷⁶

Percebe-se que o processo legislativo brasileiro conta com participação relevante do Poder Executivo. Dessa maneira, a atividade legislativa na produção normativa não pode ser considerada isolada e absolutamente autônoma. A figura do Presidente da República é determinante na conjuntura legislativa e traça a relação do sistema presidencialista adotado, fator crucial, o qual Abranches⁷⁷ denomina “presidencialismo de coalizão”, isto é, o contexto de relação entre Legislativo e Executivo na busca de

⁷⁴ <https://www12.senado.leg.br/jovensenador/home/paginas/como-sao-feitas-as-leis> Acesso em: 28 fev. 2021.

⁷⁵ <https://www.camara.leg.br/entenda-o-processo-legislativo/> Acesso em: 28 fev. 2021

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1019.

⁷⁷ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 14.

consensos pelo desenvolvimento da governabilidade, no qual o Presidente “precisa ter flexibilidade e habilidade para negociar com o Congresso, encontrar o ponto de entendimento comum em cada matéria. Coisa de político. É o que requer a coalizão”.

Ressalta-se o entendimento de Barcellos⁷⁸, que compreende haver o direito à justificativa no processo legislativo constitucional, bem como o direito dos cidadãos e o dever dos legisladores de um devido procedimento na elaboração normativa. Embora nas previsões constitucionais acerca do processo legislativo não se preveja de forma expressa o dever de uma justificativa ser apresentada, esse dever existe em função da interpretação das normas bases sobre o processo legislativo, ou seja, “o devido procedimento na elaboração normativa encontra fundamento nos princípios que estruturam a atuação estatal como um todo já discutidos e é coerente com as previsões constitucionais específicas que cuidam do processo legislativo”. Sendo assim, o direito e dever a um devido procedimento no papel legislativo de elaborar normas deriva dos princípios gerais e do próprio sistema constitucional que regula essa atividade.

No que tange as emendas constitucionais, o seu processo é diferente em diversos aspectos do processo legislativo ordinário, justificado pela natureza inerente de supremacia da Constituição e do conjunto normativo condutor de todas as outras normas. A possibilidade de se alterar a Carta Magna é oriunda da própria mutabilidade social e, por isso, mudanças se fazem necessárias nesse processo de evolução social. Nesse sentido, torna-se relevante o que ensina Bonavides:⁷⁹

[a] imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por arbítrio das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.

Denomina-se “poder constituinte derivado” esse poder de emendar a Constituição, o qual é estabelecido pelo próprio poder constituinte originário como uma técnica constitucional. Além das consideráveis razões já citadas, José Afonso da Silva⁸⁰

⁷⁸BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 115 – 122.

⁷⁹BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 200.

⁸⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 66.

compreende que ficaria inviável ter de convocar o constituinte originário para fazer as alterações todas as vezes que fossem necessárias.

A CF/88 detalha, em seu art. 60, as diretrizes para que seja possível uma emenda à Constituição. O primeiro ponto de abordagem se refere aos atores, em que o constituinte determina um rol mais restrito, limitando a propostas oriundas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República ou ainda a possibilidade de Assembleias Legislativas, nos parâmetros constitucionais⁸¹.

No caso das Assembleias, diante da grande mobilização política que essa hipótese demanda para reunir o requisito da manifestação de mais da metade, observando-se que cada uma delas deve ter a maioria relativa de seus membros, nenhuma proposta até então fora apresentada, desde 1988, o que faz com que, até o presente momento, as propostas de emenda à Constituição tenham sido apresentadas apenas pelo Legislativo federal ou pelo Presidente da República.⁸² Observa-se que a possibilidade de participação popular, que é prevista para leis ordinárias, não existe aqui: os cidadãos não têm legitimidade para propor uma emenda à Constituição.

Outro aspecto previsto é quanto a limitação de matéria a ser reformada. Via de regra, toda a Constituição pode ser objeto de emenda, com a ressalva de matérias englobadas nos limites, sejam eles expressos ou tácitos. No que tange aos limites expressos, esses estão previstos no §4º do art. 60⁸³; de outro lado, os limites implícitos, não menos importantes, são decorrentes da natureza da própria democracia e o desrespeito a esses limites iria de encontro ao ideal de Estado Democrático de Direito, como o princípio da soberania nacional, que, mesmo não sendo escrito, faz parte do núcleo rígido protegido pela impossibilidade de reforma no sentido de sofrer uma supressão ou diminuição de sua amplitude.⁸⁴

⁸¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

⁸² SILVA, Vírgilio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. – 1. ed., 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 546.

⁸³ § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 213.

Quanto ao rito de deliberação e votação, no mesmo art. 60, a CF estabelece em seu §2º, que a proposta de emenda constitucional será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, necessariamente em dois turnos e será considerada aprovada quando atingir o número mínimo de três quintos dos votos dos membros de ambas Casas. No parágrafo seguinte, é definido que a promulgação das emendas será feita pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Portanto, observa-se mais um ponto de diferença com as leis ordinárias, que é a ausência da atuação presidencial através da sanção ou veto, ou seja, o Presidente da República tem espaço de atuação apenas quanto à iniciativa e só.

Diante desse quadro, reconhece-se uma expressiva soberania legislativa do parlamento sobre o texto constitucional, já que, mesmo que a emenda seja de iniciativa do Presidente, o Legislativo é quem decidirá se a acolhe ou não, rechaçando ainda mais a ligação com a teoria do presidencialismo de coalizão, por demonstrar a necessidade de existir uma boa relação entre os Poderes Executivo e Legislativo para o exercício do presidencialismo.

Ademais, embora a análise do Poder Executivo não seja o escopo desse estudo, é considerável mencionar que se trata de um Poder com participação influente no processo legislativo em sentido amplo, bem como na regulamentação de direitos fundamentais. Sendo assim, a ausência de entendimento nessa esfera política coloca em cena a participação judicial, que tem seu papel ampliado para intermediar esse tipo de conflito e exercer o controle de constitucionalidade⁸⁵, o que pode ter como consequência uma interferência judicial em questões puramente políticas.

Adverte-se que a atuação na mudança constitucional através do poder constituinte derivado não se confunde com a possível alteração obtida através de uma mutação constitucional. A primeira constitui uma via formal e a segunda uma via informal de modificação. Na mutação constitucional, o que se encontra é uma alteração por meio de um mecanismo interpretativo, o qual modifica o sentido da norma constitucional sem necessidade de mudança do texto, sendo justificado pela necessidade de adaptação de conceitos em face de uma nova realidade, desde que observados os critérios democráticos e condizer com a demanda social exigida⁸⁶.

⁸⁵ ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 365.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 138 - 141.

Dessa maneira, a mutação constitucional relembra a necessidade do dinamismo constitucional. Embora pareça contraditório, a Constituição deve ser marcada pela característica de ser estática, para que transmita a segurança jurídica necessária por meio da estabilidade, porém ao mesmo tempo deve ser dinâmica, para que viabilize a possibilidade de adaptação às evoluções sociais.⁸⁷ Em outras palavras, “[a]s normas constitucionais aspiram permanência, mas não imutabilidade”⁸⁸.

Ainda sobre a complexidade desse instrumento, deve-se observar que a mudança do sentido conferido a um texto constitucional por meio de uma nova interpretação não pode ser feita com parâmetros rasos. Para Barroso⁸⁹, a alteração do sentido constitucional de uma norma deve ser guiada por dois limites:

a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso retirar do estado de latência o poder constituinte originário.

Mais um detalhe significativo é que não apenas o Judiciário é competente no exercício desse mecanismo, embora seja algo comumente visto, tendo em vista que ao STF cabe a guarda da Constituição. Existe a possibilidade de a mutação constitucional ocorrer pela via legislativa “quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional”⁹⁰. Sendo assim, o Legislativo também exerce o papel de intérprete da Constituição. Porém, deve-se observar que esse novo sentido estará sujeito à apreciação judicial, por meio do controle de constitucionalidade, como é previsto.

Em vista disso, Vieira⁹¹ entende que, embora a Constituição brasileira disponha de maneira detalhada suas normas, muitas delas são incompletas, o que requer uma

⁸⁷BULOS, Uadi Lamêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de junho de 2021. p. 35.

⁸⁸CYRINO, André; NUNES, Daniel Capecchi. *A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação*. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*; Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 175 – 198, out./dez. 2017. p. 182.

⁸⁹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 142- 143.

⁹⁰BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 147.

⁹¹VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 158 – 159.

atuação acentuada do legislador “para mediar a tensão entre princípios e complementar a vontade constitucional”.

Ademais, sobre o processo legislativo, é imperioso mencionar que ele pode ser objeto de controle judicial. Para que um projeto de lei ou de emenda à Constituição sofra o controle judicial por estar violando a Constituição, necessariamente um parlamentar deve buscar o Judiciário. Sendo assim, parlamentares são os únicos legitimados ativos reconhecidamente aptos a ingressar judicialmente enquanto ainda se está no trâmite de processo legislativo.⁹²

Entretanto, quando se trata de normas de regimento interno das Casas Legislativas, o STF, no MS 26.062 – AgR/DF, não cabe ao Judiciário dispor sobre atos de caráter *interna corporis*. Isso, para Barcellos⁹³, é uma questão que deve ser revista, considerando-se que questões, ainda que de regimento interno, podem refletir sobre direitos fundamentais e sobre o sistema democrático.

3.3 O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL AO LEGISLATIVO PARA REGULAMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No estudo sobre as normas constitucionais e a atuação do legislador, imperioso é abordar a questão da eficácia das normas constitucionais. Sobre a temática, pode-se mencionar o estudo de José Afonso da Silva que se destacou inicialmente no debate com sua teoria de uma classificação tríplice sobre as normas constitucionais.

José Afonso da Silva⁹⁴ ressalta que todas as normas são dotadas de eficácia e produzem seus efeitos jurídicos, o que ocorre é que “a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”. Dessa forma, para o autor, as normas constitucionais podem ser classificadas em três grupos: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

⁹² BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 457.

⁹³ BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 458.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 81 – 82.

Entretanto, nos atuais estudos sobre o assunto, a referida classificação é vista como uma importante referência inicial para uma nova compreensão que vigora no presente momento. Como aponta Virgílio Afonso da Silva⁹⁵, a eficácia de uma norma constitucional, mais do que uma classificação, estaria ligada à sua “aptidão para produzir efeitos”. Nessa ideia, observa-se de um lado o que se chama de eficácia jurídica, que refere-se à “aptidão para regular por completo as situações que um dispositivo constitucional ou legal pretende regular, ou seja, a aptidão para criar direitos, impor deveres, estabelecer permissões, definir competências entre outras”. Do outro lado, existiria uma eficácia social, que está ligada à própria realidade, ou seja, à efetividade da norma na vida em sociedade.

A existência dessas duas esferas pode ser independente, o que quer dizer que uma norma pode ter sua plena eficácia jurídica e não conseguir atingir a eficácia social, de modo a não produzir reais efeitos. Além disso, deve-se compreender que não basta a simples previsão constitucional sobre um direito. É imprescindível que um contexto complexo seja levado em consideração para a efetividade de uma norma ou direito, tendo em vista que, para que haja efetividade, é necessário que o Estado participe ativamente para proporcionar condições na concretização desses direitos, o que inclui a participação em conjunto de instituições especializadas como o Ministério Público e o Poder Judiciário, entre outras. Outrossim, nesse contexto também é preciso incluir particularidades culturais, econômicas, regionais, institucionais etc.⁹⁶

No mesmo sentido, Bercovici⁹⁷ entende que a eficácia das normas constitucionais tem a sua face jurídica e a sua face social. Sendo assim, uma norma programática pode atingir a sua eficácia jurídica, que é a qualidade de poder produzir efeitos jurídicos. Quanto a esse aspecto, não há dúvidas da sua existência. Porém, quanto à eficácia social, essa pode não ser alcançada nas normas programáticas caso o objetivo da norma jurídica eficaz não seja atingido.

Sobre a eficácia das normas programáticas, Bonavides⁹⁸ salienta que não há que se ter dúvidas quanto à eficácia vinculante, justificada pela própria razão de estarem

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 61.

⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 61 – 64.

⁹⁷ BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/474/r142-06.PDF?sequence=4>. Acesso em: 3 de março de 2022. p. 39.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 241 – 242.

presentes no texto constitucional e a natureza cogente das normas constitucionais, ou seja, se não fosse para ter a força normativa constitucional, não estariam presentes. Da mesma maneira, o autor pondera que a presença desse tipo normativo realça ainda mais a dualidade do conceito estruturador de uma Constituição, que é construído pela união dos seus conceitos jurídico e político. Nesse sentido, Konrad Hesse⁹⁹ sustenta que “[a] Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social”.

E quando o legislador não produz a regulamentação necessária e exigida constitucionalmente acerca de uma norma constitucional para a produção de sua eficácia social, como exercer o direito previsto na Constituição?

É uma realidade que parece estar longe de ser resolvida. Há um levantamento quanto ao número de dispositivos sujeitos a regulamentação no site da Câmara dos Deputados¹⁰⁰, o qual é atualizado semanalmente¹⁰¹, que informa que o número total de dispositivos desse tipo na Constituição é de 425, sendo que 270 já foram regulamentados e 155 ainda não estão regulamentados. Desses que ainda não têm regulamentação, 91 já tem proposição apresentada e os outros 64 dispositivos ainda não tem sequer uma proposição.

Desses que já foram regulamentados, pode-se citar alguns exemplos, como o direito constitucional relativo à propriedade industrial disposto no art. 5º, XXIX¹⁰², o qual prevê o direito dos autores de inventos industriais, ao mesmo tempo em que determina que a lei irá assegurar esses direitos, ou seja, é necessário que a lei ordinária detalhe o exercício desse direito e a lei 9.279 de 1996 o fez, regulando essas questões. Outro exemplo é o art. 5º, XXXII, em que o constituinte disse que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e, para tanto, a lei nº 8.078, de 1990, mais conhecida como o código de defesa do consumidor, foi criada para atender essa demanda constitucional de dispor sobre a proteção do consumidor.

⁹⁹HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991. p. 24.

¹⁰⁰<https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraTram.htm>. Acesso em: 2 de março de 2022.

¹⁰¹Informação obtida através do canal de ouvidoria disponível no site da Câmara dos Deputados em 21 de fev. de 2022.

¹⁰²Art. 5º, XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Outro caso, sendo esse de regulação mais recente, e um tanto curioso, é o do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, cuja sua lei regulamentadora somente fora promulgada em 2016, a lei nº 13.300. Coincidentemente, o instrumento do mandado de injunção tem como função atuar como um remédio constitucional em situações que a ausência de uma norma regulamentadora impede o exercício de direitos e liberdades previstos constitucionalmente. Portanto, como dispõe Gilmar Mendes¹⁰³, “[c]uida-se de instrumento do processo constitucional voltado para a defesa de direitos subjetivos em face de omissão do legislador ou de outro órgão incumbido de poder regulatório”. Isso quer dizer que o remédio constitucional adequado para a busca de um direito que ainda não fora regulamentado também não tinha, até o ano de 2016, uma lei que regulamentasse o seu uso, mesmo sendo disposto na Carta Magna desde 1988, foram necessários 28 anos para que a normatização adequada fosse criada.

Mesmo assim, a prática do mandado de injunção não fora impedida em face da ausência de lei, tendo em vista que a interpretação dessa questão, à época em que ainda não existia lei, era a de que, para que esse dispositivo fosse aplicado, não se considerava indispensável a feitura da lei regulamentadora em razão de o próprio texto constitucional já fornecer os elementos suficientes para uma aplicação imediata, justificando-se conjuntamente pelo que define o §1º do próprio art. 5º¹⁰⁴, onde se afirma que a aplicação de direitos e garantias fundamentais seja imediata.¹⁰⁵

Contudo, a feitura dessa lei do MI certamente fora impulsionada pela atuação do Judiciário, tendo em vista que inicialmente o STF limitava-se a apenas dar ciência ao legislador de sua mora. Todavia, diante do MI 943, a corte sinalizou por uma postura concretista na efetivação do direito relativo ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. A Corte entendeu ser adequado adiar o julgamento. Nesse lapso temporal, agilmente, o Legislativo regulamentou a matéria antes do referido julgamento com a lei 12.506/2011, solucionando a questão específica do aviso prévio.¹⁰⁶

Nesse caminho de evolução legislativa, posteriormente, surge a já mencionada lei 13.300/2016, tratando de maneira detalhada sobre o mandado de injunção. Observa-se

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 478.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 456.

¹⁰⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Lei do Mandado de Injunção fortalece controle de omissões inconstitucionais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/observatorio-constitucional-lei-mandado-injuncao-fortalece-controle-omissoes>. Acesso em: 9 jul. 2022.

que o que já vinha sendo conduzido pelo STF fora referendado pelo legislador, o qual também esclareceu alguns pontos controversos, a exemplo da hipótese de omissão parcial, em que ficou claro o cabimento de MI nesses casos com a expressa previsão legal.

Dessa maneira, a omissão legislativa sobre o mandado de injunção não se refere mais a um exemplo de norma com ausência de regulamentação e de mora legislativa, embora tenha sido assim por muitos anos. Além disso, nota-se que a atuação do Judiciário, na busca por suprir essa omissão, fora de imensa relevância na regulação das questões que demandavam a ação, tendo em vista que o Legislativo tinha a ciência, durante todo esse tempo, da ausência normativa e optou por não legislar. Ademais, em outro ponto de vista, percebe-se que, com a atuação legislativa na mesma linha do Judiciário, a ideia de colaboração entre os Poderes é evidenciada. Sem dúvidas, o Legislativo não está vinculado ao que o Judiciário decidir, mas tal conjuntura pode ser vislumbrada como um exemplo de diálogo institucional na procura pelos fins constitucionais.

Abordando os dispositivos que ainda não foram regulamentados, mas que já contam com proposição, muitos são os exemplos a serem citados pois, como bem já foi dito, há 91 dispositivos com proposição. Neste trabalho, serão mencionados apenas alguns, tendo em vista que o foco é analisar os efeitos que a ausência desses dispositivos pode causar para a democracia.

O primeiro exemplo que se põe aqui é sobre a questão da dupla vacância do cargo do Executivo federal, disposta no art. 81, §1º, da CF: quando houver a vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, haverá novas eleições. Em se tratando de vacância nos dois últimos anos, “a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei”. Ocorre que, até o momento, a lei não existe, embora já exista projeto de lei em tramitação no Senado Federal.

O projeto de lei (PLS 725/2015), de autoria do então senador Ronaldo Caiado (DEM-GO) está em tramitação em sua casa legislativa e visa regular o referido dispositivo constitucional.¹⁰⁷ A própria Constituição já dispõe de algumas regras para que se proceda a eleição no caso especificado, como ao determinar que a eleição será indireta, ou seja, será feita pelo Congresso Nacional. Da mesma maneira determina o prazo, que será de 30 dias após a última vaga; os eleitos deverão completar o período de seus antecessores,

¹⁰⁷<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/10/projeto-regulamenta-eleicao-indireta-na-vacancia-da-presidencia-da-republica> Acesso em: 6 mar. 2022.

como determina o §2º do art. 81, CF¹⁰⁸. Porém, a própria CF expressa que a eleição será feita “na forma da lei”, o que quer dizer que as minúcias dessa conjuntura devem ser reguladas pelo legislador ordinário, que até o momento não o fez.

O Brasil, em sua história, já passou por dois casos de *impeachment* sob vigência da Constituição de 1988, o que poderia ser um fator potencial de necessidade de eleições indiretas. Porém, em ambos os casos, tanto o do ex-presidente Fernando Collor, em 1992, quanto o da ex-presidente Dilma Rousseff, em 2016, seus respectivos vices assumiram a função presidencial. No caso mais recente, o do *impeachment* de Dilma Rousseff, seu vice, Michel Temer, também teve protocolado em seu desfavor pedido de *impeachment*, o qual fora votado na Câmara dos Deputados e rejeitado por 251 votos contra 233 a favor do seu afastamento.¹⁰⁹ Nesse sentido, o Brasil estaria diante de um caso de dupla vacância caso o vice-presidente, no caso, Michel Temer, também fosse afastado logo após o impedimento da ex-presidente Dilma Rousseff.

O senador Ronaldo Caiado apresentou seu projeto em meio a esse cenário de crise do Poder Executivo, que já se evidenciava em 2015 e justificou sua proposição com base nesse fato. Em um trecho de sua justificação, Caiado¹¹⁰ afirma que

[o] referido dispositivo ainda se encontra carente de regulamentação. Em tempos nos quais a legitimidade do mandato da Chefe do Poder Executivo se esvai, quando a instauração de um processo de *impeachment* se avizinha e quando a própria higidez do último pleito é discutida no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, torna-se imperiosa a colmatação dessa lacuna no ordenamento jurídico, mediante a edição de lei que regule o processo de eleição do Presidente da República pelo Congresso Nacional.

Em seu projeto, vislumbra-se a disposição sobre quem está habilitado a votar, as hipóteses com tempo de duração de fala das chapas, a ordem de oradores, que deveria ser estabelecida mediante sorteio, bem como um detalhe ainda mais relevante: o caráter secreto do escrutínio.¹¹¹ Embora o quesito de votação secreta tenha levantado dúvidas sobre a sua constitucionalidade, o relator, senador Antônio Anastasia (PSDB-MG), ponderou que é justificável, levando-se em consideração que os parlamentares estariam

¹⁰⁹ <https://g1.globo.com/politica/noticia/segunda-denuncia-contratemer.ghtml> Acesso em: 6 mar. 2022.

¹¹⁰ <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4502512&ts=1630444537990&disposition=inline> Acesso em: 6 mar. 2022

¹¹¹ <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4502512&ts=1630444537990&disposition=inline> Acesso em: 6 mar. 2022.

exercendo seu direito de votar com o sigilo que é atribuído constitucionalmente ao voto. Sendo assim, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou o projeto¹¹².

Desde então, entretanto, o projeto não teve avanços. A sua última movimentação deu-se em 14 de junho de 2018, em que se observa o projeto como pronto para ser deliberado em plenário, conforme demonstra o site oficial do Senado Federal.¹¹³

Dessa forma, mesmo depois de anos de trabalhos legislativos na abordagem do projeto citado, há um estancamento obscuro sobre seu andamento e a ordem constitucional de regular a questão está sendo descumprida. E mais, mesmo não havendo impedimento para que os estados-membros e Distrito Federal regulem esse ponto em sua esfera, pois o art. 81 não é de reprodução obrigatória, eles poderiam dispor de maneira diversa com base na autonomia que lhes é conferida. Mesmo assim, é comum que os estados e o DF reproduzam o texto constitucional e, caso o projeto de lei entre em vigor, seu texto poderia ser adotado por eles, regulando de maneira mais facilitada essa situação, de modo a evitar questionamentos e até o acionamento judicial para dirimir dúvidas que podem envolver questões jurídicas e políticas.

O STF esclareceu na ADI nº 1057, de 2021, que a regulamentação da dupla vacância no âmbito estadual é possível, sendo opcional a reprodução do texto da Constituição Federal, mas ressaltou o detalhe da votação secreta, afirmando que voto secreto é direcionado aos cidadãos como uma forma de proteção a possíveis ingerências que possam sofrer; quanto às votações nos órgãos legislativos, essas devem seguir o princípio da publicidade, como regra, por ser um instrumento de controle social.¹¹⁴

¹¹² <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2018/05/regra-de-eleicao-indireta-na-vacancia-da-presidencia-da-republica-pode-ir-a-camara> Acesso em: 6 mar. 2022.

¹¹³ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123965> Acesso em: 6 mar. 2022.

¹¹⁴ EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei do Estado da Bahia que regula processo de eleição indireta para os cargos de governador e vice-governador. Dupla Vacância. Opção estadual pela reprodução do modelo federal previsto no art. 81, § 1º, da CF/88. Autonomia do estado-membro para definir legislativamente o modelo e o procedimento da eleição indireta. Ação julgada improcedente. 1. A regra insculpida no art. 81, § 1º, da Constituição Federal não é de observância obrigatória pelos entes periféricos na parte em que define o modelo e o procedimento da eleição indireta. Há certa liberdade de conformação de que gozam os entes federados periféricos, na forma do art. 25 da parte permanente da Constituição Federal e do art. 11 do ADCT. No caso, optou o Estado da Bahia por implantar, no art. 102, § 2º, de sua Constituição, modelo equivalente ao paradigma federal. 2. O ente federado, dentro de sua autonomia e respeitadas as balizas constitucionais, definiu, de forma legítima, a ocorrência de eleição indireta por intermédio da Assembleia Legislativa. Pela peculiaridade da situação de dupla vacância e diante da omissão constitucional específica, facultou-se aos estados-membros, ao Distrito Federal e aos municípios a definição legislativa do processo de escolha, prerrogativa que não se confunde com a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, estampada no art. 22, I, da Constituição Federal. Precedentes. 3. A cláusula do voto secreto tem a finalidade de garantir ao cidadão eleitor o livre direito de escolha de seus representantes políticos, protegido dos influxos de origem econômica e social. Tal cláusula constitui o patamar mínimo, inafastável, erigido pelo poder constituinte

Sobre a atuação de âmbito estadual, observa-se que pode ser considerada um fator colaborativo à União. É comum que a centralidade das questões constitucionais fique hierarquizada entre União e estados com base no princípio da simetria nos pontos de reprodução obrigatória, bem como quando não há essa obrigatoriedade de reprodução. Todavia, por que não os estados serem colaboradores por meio de um diálogo entre entes federados? No caso mencionado sobre a dupla vacância, ainda não há norma de âmbito federal, mas já existem normas de âmbito estadual que podem ser utilizadas como exemplo e norteadoras na resolução da referida lacuna legislativa.

Uma maior participação legislativa dos estados juntamente com a União potencializaria a solução de lacunas inconstitucionais com resultados práticos para a sociedade. Portanto, isso ressalta a necessidade de dar espaço de destaque à autonomia dos estados e de valorizar a sua participação na construção do constitucionalismo pátrio.¹¹⁵

Por fim, caso o PLS nº 725/2015 seja aprovado com o conteúdo original, ele poderá ser objeto do controle de constitucionalidade judicial pela previsão do voto secreto. Como ainda se encontra em andamento e, caso caminhe, irá passar pela segunda Casa, que é a Câmara dos Deputados, a qual pode exercer o controle de constitucionalidade legislativo. De toda forma, o fato é que ainda há uma lacuna legislativa sobre esse ponto da Constituição Federal.

Outra hipótese de lacuna legislativa com proposição reside no art. 7º, XXVII, da CF, o qual versa sobre a proteção do trabalhador em face da automação, com o mandamento de produção legal para tanto. O PL nº 1091/2019, que está em tramitação na Câmara dos Deputados, de autoria do deputado Wolney Queiroz (PDT-PE), busca regulamentar essa questão.

originário a regra pétrea, ao qual se acrescem outras garantias que previnem a turbacão da livre manifestacão de vontade do eleitor. 4. A presunçã de garantia se inverte no caso de votacões promovidas no âmbito dos órgãos legislativos, já que o dever de transparência se sobrepõe à tentativa de sigilosidade do ato deliberativo, de viés excepcional. A publicidade é a regra, sendo colocada como direito e ferramenta de controle social do Poder Público. 5. As condições de elegibilidade e inelegibilidade previstas no art. 14 da Constituição Federal são de observância cogente, a fim de se resguardar a lisura do procedimento de escolha, evitando-se o ingresso de candidatos, à socapa, nos cargos eletivos, sem observância das condições de exercício do jus honorum, em nítida fraude ao sistema de proteção fixado na Lei Fundamental. 6. Ação julgada improcedente.

(STF - ADI: 1057 BA 0000810-96.1994.1.00.0000, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 17/08/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicaçã: 28/10/2021).

¹¹⁵OLIVEIRA, Helder; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Princípio da simetria e processo legislativo estadual: em busca da autonomia perdida*. Disponível em: <https://revista.anpal.org.br/wp-content/uploads/2020/11/REVISTA-ANPAL-PRINCIPIO-DA-SIMETRIA-E-O-PROCESSO-LEGISLATIVO-ESTADUAL-em-busca-da-autonomia-perdida.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2022. p. 11 – 34.

Em tempos de acelerado avanço tecnológico, a feitura de tal norma é de suma relevância. Ela tem a intenção de viabilizar tanto as necessidades do empregado como as do empregador, uma vez que “é possível o desenvolvimento econômico, com adoção de novas tecnologias, sem que haja a desvalorização do trabalho ou o aumento das taxas de desocupação”¹¹⁶.

É necessário que a temática seja tratada com equilíbrio, levando-se em consideração que os avanços tecnológicos são favoráveis ao crescimento econômico do país, tornando-o mais produtivo, bem como competitivo no cenário econômico nacional e internacional. De outro lado, o empregado deve ter a devida atenção nas áreas de saúde, econômica etc. No projeto, não apenas a questão de desemprego e desigualdade social é levantada, mas, de mesmo modo, os riscos de acidente de trabalho e doenças que podem decorrer do uso de novas tecnologias são abordados.¹¹⁷

Sobre esse tema, Piovesan e Garcia¹¹⁸ relatam um dos problemas para a não efetivação desse direito fundamental social: a falta de regulamentação por parte do legislador. Os autores ainda salientam que esse deveria ter um maior comprometimento em sua função.

O projeto foi apresentado em 25 de fevereiro de 2019 e designado à apreciação das Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), local em que se encontra até o momento atual, tendo em vista que a última movimentação registrada sobre a tramitação no site da Casa¹¹⁹ é datada em 11 de outubro de 2021.

Mas essa proposição citada não é a única. Desde a promulgação da CF, algumas proposições surgiram com a iniciativa de parlamentares de diversos estados e partidos, bem como de categorias profissionais. Isso enriquece o debate legislativo, tendo em vista que esses profissionais podem contribuir com o processo legislativo graças a suas experiências profissionais e suas específicas demandas que surgem no cotidiano do exercício profissional, reforçando, portanto, a importância de fomento da democracia participativa.¹²⁰

¹¹⁶<https://www.camara.leg.br/noticias/556468-projeto-regulamenta-protecao-do-trabalho-afetado-pela-automacao/> Acesso em: 6 mar. 2022.

¹¹⁷https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1714381&filename=PL+1091/2019 Acesso em: 6 mar. 2022.

¹¹⁸ PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹¹⁹ <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2192959> Acesso em: 6 mar. 2022.

¹²⁰ CEZAR, Frederico Gonçalves. *Valores constitucionais de proteção do trabalhador em face da automação: Análise Tópica dos Argumentos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 – 1988*.

Outro exemplo a ser mencionado, e um tanto conhecido pela ampla abordagem na mídia, é o art. 153, VII, da CF, o qual determina que uma lei complementar irá instituir os impostos sobre grandes fortunas. Há projetos de lei sobre a temática em tramitação tanto no Senado, como na Câmara dos Deputados.

No Senado, destaca-se o Projeto de Lei Complementa nº 315, de 2015, de autoria do senador Paulo Paim (PT/RS), cuja data de sua última atualização é 8 de setembro de 2015¹²¹, embora outros projetos com a mesma abordagem também tenham sido propostos nessa Casa, de igual forma, sem avanços consideráveis. Enquanto isso, na Câmara, destaca-se o pioneiro PLP nº 277/2008¹²², de autoria da deputada Luciana Genro (PSOL-RS), o qual já tem uma longa trajetória de tramitação e uma longa lista de apensados, e, vale salientar, que grande parte desses apensados surgiu nos últimos tempos motivados pela pandemia.

Totaliza um número de 33 projetos que já foram apresentados na duas Casas¹²³ e, mesmo assim, parece que o tema ainda sofre resistências para ser votado. O dispositivo constitucional segue invisível aos olhos do legislador, assim como o que dispõe muitos outros artigos que já possuem proposições apresentadas.

Quanto aos dispositivos sem regulamentação, e que sequer possuem proposições apresentadas, conforme disposto no site da Câmara dos Deputados, menciona-se o art. 163 da CF, que dispõe sobre operações de câmbio, entre outras coisas.

Resta a inquietação sobre quais motivos justificariam a inexistência dessas leis que a própria Constituição exige que sejam feitas. Em questionamento enviado, em 25 de fevereiro de 2022, à ouvidoria do Senado sobre quais os critérios adotados para que um projeto discutido e aprovado numa comissão seja levado a votação, se haveria algum critério cronológico ou pela relevância da matéria, a resposta recebida foi de que se trata de uma questão política. Nas palavras da instituição: “uma matéria deixa de ser apreciada, geralmente, por questões políticas. Os presidentes dos colegiados da Casa são os responsáveis por pautar as matérias, ocorrendo muitas vezes esse ato após acordo com as lideranças partidárias”.¹²⁴

Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/35368/1/2019_FredericoGoncalvesCezar.pdf. Acesso em: 15 ago. 2022.

¹²¹ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/121420> Acesso em: 6 mar. 2022

¹²² <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/388149> Acesso em: 6 mar. 2022

¹²³ <https://www.cnnbrasil.com.br/business/imposto-sobre-grandes-fortunas-ja-tem-37-projetos-parados-no-congresso/> Acesso em: 6 mar. 2022

¹²⁴ Ouvidoria do Senado Federal. Mensagem nº 20000547522.

O mesmo questionamento fora enviado à ouvidoria da Câmara dos Deputados e a resposta recebida fora similar. Nas palavras da instituição:

[a] inclusão de proposições na pauta de votação do Plenário ou das Comissões é atribuição do Presidente da Câmara ou do Presidente da Comissão, respectivamente. Em relação ao Plenário, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) ainda prevê que o Presidente organize a agenda de votações após ouvir o Colégio de Líderes. A organização da pauta deve seguir, tanto para o Plenário quanto para as Comissões, o disposto no Título V, Capítulo IX do RICD.

Sendo assim, o que se demonstra é que é destinada uma ampla discricionariedade àquele que ocupa o cargo de Presidente da Câmara, sendo mais um fator determinante sobre a produção de leis regulamentadoras.

Essa característica da discricionariedade da instituição legislativa também é identificada no cenário norte-americano, com destaque para a Câmara dos Representantes, cujo presidente, em comparação ao Senado, dispõe de poderes mais ampliados. Na Câmara americana, as atribuições de seu presidente são definidas por regras da própria instituição e de costumes, considerando que a Constituição dos Estados Unidos não adentra esse assunto.

Contudo, nota-se que no legislativo americano há uma sistemática organizacional sobre as propostas legislativas, pois existem calendários legislativos que são entregues a cada parlamentar, contendo um informe diário sobre a sessão da Casa. Existem quatro calendários regulares: *Union Calendar*, *House Calendar*, *Private Calendar* e *Corrections Calendar*. Nesses calendários, constam as propostas enviadas pelas comissões em ordem cronológica. Outro ponto de destaque que parece dar mais eficiência ao processo legislativo é que, via de regra, os projetos de lei são direcionados simultaneamente em ambas as Casas com o intuito de dar mais celeridade ao trâmite.¹²⁵

Em uma compreensão mais ampla da atuação legislativa brasileira, deve-se considerar que algumas normas, ao longo do tempo, requerem a feitura de uma nova lei, ou uma adaptação da lei já existente. Mesmo não estando escrito expressamente o mandamento de se fazer a norma regulamentadora, como no caso das normas de eficácia limitada, o Legislativo deve considerar o seu dever de fazer ou adaptar a norma à evolução da sociedade, às novas compreensões de direitos fundamentais, o que se justifica pela

¹²⁵ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Parlamentos Comparados: Visão Contemporânea Estados Unidos da América, Espanha, França e Brasil*. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/6084>. Acesso em: 15 ago. de 2022. p. 115 – 116.

interpretação que se faz dos princípios constitucionais basilares, como a dignidade da pessoa humana.

A ausência de uma proatividade legislativa na adaptação desses direitos fundamentais tem como consequência a busca pelo Judiciário na solução de conflitos e garantias desses direitos. Entretanto, o próprio Legislativo poderia se pronunciar e definir essas questões, tendo em vista que da mesma forma já existem proposições apresentadas nas Casas.

Um evidente exemplo de caso que clama há tempos pela atenção legislativa é o da criminalização da homofobia. Recentemente, o que prevalece é a postura do STF em face da ausência de norma criminalizadora, e, essa atuação, levanta inúmeros debates sobre a postura adotada pelo tribunal, que será analisada mais à frente. O fato é que o julgamento da questão sobre a homofobia ocorreu em 2019, mas desde 2001 esse tema é tratado no Poder Legislativo. A iniciativa do PL nº 5003/2001 é da deputada federal Iara Bernardi (PT/SP) e o projeto versa sobre a determinação de sanções a serem aplicadas às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual¹²⁶.

O projeto conhecido como o “PL da Homofobia” passou anos Câmara e Senado, tendo transitado por comissões, até que, em 2019, seu arquivamento fora determinado em face de cumprimento do Regimento Interno do Senado. A motivação para o arquivamento se deu em função da regra que estipula que propostas que estejam tramitando há mais de duas legislaturas devam ser arquivadas. Mas, por que o projeto não foi votado em tempo hábil? Percebe-se que houve uma falta de entendimento entre os senadores, travando o andamento do projeto para a votação. Conforme o próprio site do Senado, havia uma resistência de grupos parlamentares, principalmente de lideranças religiosas, que alegavam que a matéria violava o direito à liberdade de expressão. O projeto “estacionou” na Comissão de Direitos Humanos, onde opositores à matéria atuaram estrategicamente para incorporá-la à discussão sobre o Código Penal e, assim, a temática se esvaiu.¹²⁷

Portanto, observa-se um exemplo em que, mesmo com a existência de um projeto de lei, o Legislativo não conseguiu cumprir sua função, observando-se que, na ocasião, questões políticas prevaleceram diante da necessidade de regulamentação e garantia de

¹²⁶ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842> Acesso em: 7 mar. 2022

¹²⁷ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/07/projeto-que-criminaliza-homofobia-sera-arquivado> Acesso em: 7 mar. 2022.

um direito constitucional, sendo preciso que a Corte constitucional proferisse decisão para garantir esse direito.

3.4 OMISSÃO LEGISLATIVA: QUAIS AS RAZÕES?

A omissão legislativa é configurada quando o Poder Legislativo não cumpre o seu dever de efetivar imposições constitucionais e pode ocorrer de maneira total ou parcial. E o que justificaria a inércia legislativa sobre temas tão importantes à sociedade e exigidos pelo constituinte originário? Alguns aspectos podem ser apontados. A própria conjuntura política que envolve o procedimento de produção legislativa pode ser considerada com um fator demarcador ao andamento das atividades legislativas. O elevado número de parlamentares nas Casas colabora para uma dificuldade de consensos. Embora as diferenças sejam uma característica própria da política e, sendo o Brasil um país continental, marcado pela diversidade cultural, econômica e social, é natural que diferenças existam e isso se faz inclusive necessário na defesa dos direitos de minorias. Porém, as diferenças não deveriam constituir justificativa para cumprir o mandamento constitucional ou ir de encontro a direitos fundamentais.

Regulamentar direitos é um dever de todos aqueles que ocupam um cargo no Legislativo, dado que são regidos pela Constituição e fazem parte de um regime democrático. Independentemente da visão política que cada parlamentar adote, a defesa e cumprimento da Carta Constitucional é uma primazia a ser seguida, e, nesse ponto, deve existir indubitável consenso.

Entretanto, algumas questões a mais podem ser sopesadas ao optar por uma postura inerte. Para Conrado Mendes¹²⁸

[n]enhuma condenação moral recai sobre eles porque, afinal, não tem a responsabilidade de promover os valores constitucionais, mas apenas de tomar decisões políticas ordinárias. Deferem, comodamente, o escrutínio constitucional ao tribunal e abdicam da tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero.

¹²⁸MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Políticas). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 1 out. 2021. p. 5.

Esse pensamento deve ser ponderado: os valores constitucionais são um dever de todos os Poderes. Então, o Legislativo, ao atuar, tem dever moral e legal de promover os valores constitucionais em sua atuação. Não se trata de uma tarefa direcionada apenas ao Judiciário. A função dos atores políticos não deve se resumir às decisões políticas ordinárias sem a base nos valores constitucionais. Esses devem ser o ponto de partida na tomada de decisões políticas.

Todavia, há consenso de que a atitude de transferir responsabilidades aos tribunais pode ser cômoda, uma espécie de zona de conforto legislativa: optar por não se posicionar sobre assuntos que dividem a opinião pública e transferir a matéria para decisão do Judiciário pode ser mais confortável, uma vez que não se coloca em risco o comprometimento do eleitorado que elege o parlamentar e que pode não ficar satisfeito com o possível posicionamento proclamado.

Nesse sentido, Ran Hirschl¹²⁹ ressalta que a transferência de responsabilidades é entendida como uma estratégia política cujo objetivo é o de diminuir riscos eleitorais aos próprios parlamentares, os quais optam por transferir as “batatas quentes” às cortes. O autor compreende que, para os atores políticos, delegar a autoridade sobre a formulação de políticas às Cortes configura um meio eficaz de transferência de responsabilidades com o intuito de reduzir seus próprios riscos no exercício de suas atividades. Haveria, portanto, um benefício político por trás dessa delegação de função estratégica, de modo que, ao transferir para os tribunais essas “batatas quentes”, estabelece-se um refúgio conveniente aos políticos que não querem ou não são capazes de resolver suas questões políticas na própria esfera política.

Em outra obra, Hirschl¹³⁰ reforça que, quando essas questões políticas controversas são levadas aos tribunais e tratadas como se jurídicas fossem, os atores jurídicos necessariamente precisam tomar decisões e resolver, proporcionando um “refúgio conveniente para os políticos que procuram evitar tomar decisões morais e políticas difíceis, com relação às quais não há vencedor”¹³¹.

Outro ponto é que, comumente, a oposição busca o Judiciário para reclamar questões políticas e não necessariamente questões que envolvam a constitucionalidade da

¹²⁹ HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>. Acesso em: 26 jan. 2022. p. 106.

¹³⁰ HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia - As origens e consequências do novo constitucionalismo*; Tradução Amauri Feres Saad, Londrina, PR. Editora E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura, 2020. p. 354.

¹³¹ Tradução nossa.

matéria. Para Alec Stone Sweet¹³², isso seria uma estratégia benéfica a essas oposições, por não ter custos e porque a oposição sempre perde. Dessa forma, o autor critica essa postura de parlamentares por entender que esse não é o papel de um tribunal, e transferir essas questões políticas para o judiciário implica em uma redução de poder do parlamento e do governo. Conforme dispõe Sweet, “a corte não é uma câmara parlamentar, mas um juiz pode em sua atuação na fase de revisão constitucional reformular o ambiente estratégico em que os legisladores se encontram”¹³³.

Sobre a inércia conveniente, deve-se notar que essa se refere a uma estratégia, uma possibilidade a ser adota e não um padrão comportamental. Isto significa que, quando há interesse legislativo, a transferência ao judiciário é tolerada, visto que há situações em que o judiciário atua e o legislativo, ao não concordar, pode utilizar de mecanismos para derrubar a decisão. Assim sendo, quando a atuação judicial é favorável aos interesses políticos, há tolerância e incentivo por parte do legislador para que a corte atue de maneira politicamente vantajosa; quando essa atuação é contrária aos interesses políticos, a última palavra pode não ser a judicial.¹³⁴

O fenômeno de reação contrária a uma decisão judicial é conhecido como *backlash*, com origem no direito americano, consistindo no efeito de contra-atacar decisões judiciais, o que pode ser uma iniciativa do Executivo ou do Legislativo. Nesse sentido, Marmelstein¹³⁵ conceitua *backlash* como uma “reação adversa não desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial”.

O efeito *backlash* pode ser visto por um viés positivo ou negativo. Considera-se positivo ao entender que ele pode ser um instrumento democrático de mobilização social ao discordar de uma decisão judicial. Analisando-se o viés negativo, observa-se que esse instrumento, quando empregado desacertadamente, pode ser usado como estratégia política, e pode levar a um conseqüente retrocesso de direitos, o que possivelmente o torna inconstitucional.

¹³² SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, 2000. p. 2574.

¹³³ Tradução nossa.

¹³⁴ LUNARDI, Fabricio Castagna. *O STF na política e a política no STF*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.37.

¹³⁵ MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. 2016. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 18 dez. 2021. p. 3.

Neste estudo, ater-se-á à análise do *backlash* legislativo no cenário brasileiro, o qual ganha notoriedade em face do crescente protagonismo judicial. Na percepção de como se desenvolve esse efeito, menciona-se o julgamento da ADI nº 4650, em 2015, na qual o STF decidiu pela proibição de doações de pessoas jurídicas a candidatos, afetando, portanto, a capitalização de campanhas eleitorais através das empresas privadas, com base nos expressivos casos de corrupção que envolviam esse tipo de doação. Como contra-ataque a essa decisão, indesejada pela classe política, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.487/2017, que estipulou o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Desse modo, na ocasião, a reação política conseguiu encontrar uma segunda via para desviar-se dos efeitos da decisão do STF e mais, essa alternativa sobrecarregou ainda mais os cofres públicos, o que demonstra um descumprimento, ainda que indireto, da decisão¹³⁶.

Mais um exemplo desse efeito é o caso da vaquejada, julgado pelo STF em 2016, por meio da ADI nº 4983. A Corte entendeu a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que estabelecia a prática da vaquejada como um esporte e, da mesma maneira, uma manifestação cultural. O STF considerou a lei inconstitucional pelos argumentos de que o exercício da atividade desrespeitava o art. 225, VII da CF¹³⁷, o qual determina a proteção da fauna e da flora, sendo vedadas práticas que fossem de encontro a essa proteção, sobretudo a submissão de animais a crueldade, inserindo a vaquejada dentro do rol de práticas cruéis contra os animais.

Diante da decisão da proibição da prática da vaquejada, o Congresso Nacional, em contrapartida, pressionado pela reivindicação de grupos apoiadores da atividade, optou por reverter a interpretação judicial com a aprovação da Emenda Constitucional nº 96, que incluiu o §7º ao art. 225, de modo a permitir práticas desportivas com o uso de animais, desde que sejam enquadradas como manifestações culturais. É, até o momento, o entendimento que impera, com a prevalência do posicionamento legislativo.

Em meio a esse embate teórico sobre a ideia de qual entendimento deve prevalecer, Conrado Mendes¹³⁸ trabalha a temática em um de seus estudos, questionando de quem seria a última palavra e expõe argumentos, em igual medida, na defesa tanto dos

¹³⁶ LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na política e a política no STF*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 62 – 63.

¹³⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹³⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Is all about the last word? Deliberative separation of Powers 1*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911822. Acesso em: 8 mar. 2022.

parlamentos como das cortes, demonstrando os diversos pontos de vista. Todavia, conclui que a titularidade dessa última palavra não deve ser atribuída a um Poder; em um ambiente democrático, isso não pode ser previamente definido. A definição do que prevalecerá depende da apreciação de cada contexto, à guisa do equilíbrio democrático e da separação dos Poderes.

Sendo assim, Conrado Mendes¹³⁹ reforça que

[o] conceito de democracia constitucional, por si só, não oferece uma solução para a ansiedade de escolher entre parlamentos e tribunais. Atrevo-me a dizer que esta é uma armadilha binária distrativa. O desafio da teoria constitucional é manter as vantagens comparativas de ambas as instituições, ao mesmo tempo em que tenta minimizar suas deficiências inerentes.¹⁴⁰

Percebe-se, portanto, que, para entender posicionamentos de omissão por parte do Poder Legislativo, algumas razões podem ser levantadas. Optar por uma postura, ainda que pontualmente, omissa incide em consequências, tendo em vista que a lacuna precisa ser suprida, ou seja, o direito fundamental não pode ficar sem a legislação adequada para a sua efetividade. Esse direito, garantido constitucionalmente, deve ser concretizado. Dessa forma, é comum que cresça a busca por soluções através da atuação judicial. Destarte, escolher ser omissa de maneira politicamente conveniente desequilibra o desenho democrático e coopera para uma ascensão judicial.

¹³⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Is all about the last word?* Deliberative separation of Powers 1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911822. Acesso em: 8 mar. 2022. p. 42.

¹⁴⁰ Tradução nossa.

4 ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA

4.1 GUARDA DA CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL

A Constituição de 1988 surge num contexto histórico em que se buscava uma maior segurança jurídica em face da instabilidade dos governos dos anos anteriores e de suas cartas constitucionais. Sendo assim, menciona-se a sua classificação em analítica, o que quer dizer que traz em seu corpo um amplo volume de previsões e minúcias, essas que poderiam ser inclusive previstas em legislação ordinária, mas por opção do legislador constituinte estão na Constituição.

Para Bonavides¹⁴¹, existem alguns motivos para que sejam produzidos textos mais detalhistas em âmbito constitucional. O autor menciona que as normas previstas na Constituição são dotadas de maior rigidez e segurança, proporcionando aos cidadãos a sensação de que, quanto mais direitos estão previstos nela, maior seria sua efetividade. Isso atribuiria ao Estado uma responsabilidade social abrangente com a força constitucional.

Conforme aponta Vieira¹⁴², constituições ambiciosas na previsão de direitos demonstram a falta de confiança no legislador ordinário, deixando espaço para que Legislativo e Executivo apenas cumpram o que já está determinado constitucionalmente e atribuindo ao Judiciário a função de guarda da Constituição. Para o autor, esse ambiente de “hiper-constitucionalização da vida contemporânea” é resultado de uma falta de crença na democracia, além de constituir uma escolha. O constituinte optou por assim prever e, como consequência, impulsiona a um enfraquecimento do sistema representativo.

Com a inércia legislativa, no que tange à regulamentação de direitos fundamentais já previstos constitucionalmente, bem como quanto à evolução de direitos e da sociedade, o Poder Judiciário tem assumido o papel protagonista no preenchimento dessas lacunas. Sendo assim, ao passo que uma atuação judicial sobre temas que deveriam ser discutidos e resolvidos na arena política pode causar um desequilíbrio democrático, o Judiciário é o

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 93.

¹⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022. p. 443.

“guardião” dos ideais democráticos, e direitos estão sendo impedidos de serem exercidos em face da retração legislativa, o que condiciona a um posicionamento judicial mais arrojado. Para Vieira¹⁴³, isso configura uma “situação paradoxal”.

Nesse sentido, Krell¹⁴⁴ ressalta que as omissões legislativas quanto ao exercício de direitos fundamentais é uma “inconstitucionalidade permanente”, causando impactos no equilíbrio político. Ao mesmo tempo, destaca a importância de decisões judiciais que expõem a letargia estatal com seus deveres constitucionais, sendo, portanto, essas, instrumentos transmissores das demandas sociais.

A ideia de guarda da Constituição é temática diretamente ligada ao controle de constitucionalidade, tendo em vista que esse se mostra necessário para a efetiva preservação dos preceitos constitucionais democráticos. De suma importância para o direito constitucional, o controle de constitucionalidade é essencial para a durabilidade das Cartas Magnas, considerando-se a sua potencial capacidade de manter a higidez democrática, e, de mesma maneira, é um instrumento adaptável a diversos sistemas políticos.¹⁴⁵ O tema é de conteúdo vasto e este trabalho limitar-se-á à explanação dos pilares da temática na compreensão do objeto desse estudo.

Como já mencionado, o Legislativo pode exercer o controle de constitucionalidade durante o processo legislativo, assim como o Executivo na fase de veto ou sanção de um projeto de lei, sendo, portanto, hipóteses de controle de constitucionalidade do tipo político. Nesse momento do estudo, aprofundar-se-á com mais afinco o controle de constitucionalidade judicial.

O controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário teve seu marco inicial em 1890, a partir da criação do Supremo Tribunal Federal, com inspiração no direito americano na Corte americana, por ser essa a responsável pela interpretação da Constituição. Ao longo da história, nas Constituições brasileiras, o controle de constitucionalidade judicial passou por diferentes previsões, até ser sedimentado e

¹⁴³VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYZQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

¹⁴⁴KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Brasília a 36*, n. 144 out./dez. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em: 30 de mar. 2022. p. 252.

¹⁴⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1249.

ampliado na Constituição vigente, com ênfase para a criação de novas importantes ações e ampliação de legitimados para ajuizá-las¹⁴⁶.

Algumas classificações sobre o exercício do controle de constitucionalidade podem ser feitas. Ele pode ser: judicial ou não judicial; preventivo ou repressivo; concreto ou abstrato; incidental ou principal; difuso ou concentrado. O controle da constitucionalidade pode ter como objeto uma ação ou uma omissão.

O controle de constitucionalidade judicial em face de uma omissão é o que se dará ênfase nesse estudo. Quando há a ausência de uma lei imprescindível para a feitura de uma norma constitucional ou para satisfazer um direito, há uma inconstitucionalidade por omissão.¹⁴⁷

Na ADI nº 1.458, o STF, através do Ministro Celso de Mello¹⁴⁸, se pronunciou sobre as diferenças entre uma inconstitucionalidade por ação e uma inconstitucionalidade por omissão, de modo a explicar que essa última é identificada quando

[...] o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adota, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A Constituição Federal prevê instrumentos processuais para situações de omissão inconstitucional, são eles: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Além desses dois principais, também deve-se incluir a arguição de descumprimento de preceito fundamental ou simplesmente ADPF.

Em seu art. 5º, LXXI, a Constituição institui o mandado de injunção, determinando ser cabível “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”. Representa um instrumento processual a ser aplicado em controle de constitucionalidade difuso, sendo legitimado a propor, conforme

¹⁴⁶SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 573.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 984.

¹⁴⁸ STF, ADIn 1458, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 20.09.1996. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 985.

a Lei n 13.300,¹⁴⁹ de 2016, qualquer pessoa natural ou jurídica que tenha o exercício de seu direito violado em virtude de ausência de norma regulamentadora.

Primordialmente, no mandado de injunção (MI), o que se busca é viabilizar o exercício do direito do seu autor ou autores, ou seja, Barcellos¹⁵⁰ entende que “o mandado de injunção deve produzir como resultado uma solução que garanta concretamente a fruição dos direitos constitucionais sem prejuízo da competência do legislador de disciplinar a matéria como lhe parecer por bem”.

O mandado de injunção representa a concepção de que a atuação estatal não deve ser apenas negativa, mas sim estar aliada a um posicionamento positivo no agir pela concretização dos direitos fundamentais e, dessa forma, é instrumento que busca essa efetividade. Ou seja, o MI reflete a própria imagem do Estado Democrático de Direito por retratar a proteção jurídica garantida constitucionalmente que, diante de omissões legislativas, clama pela concretização de direitos.¹⁵¹

Ao lado desse instrumento, com a mesma finalidade, está a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ser aplicada em âmbito de controle concentrado, prevista no art. 103, da CF, o qual elenca um rol restrito de legitimados para propor uma ADI ou ADC e, especialmente no §2º, trata da ADI por omissão ao ressaltar que “[d]eclarada 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”.

A ADI por omissão, também chamada de ADO, tem como escopo a situação de ausência de medida que efetive a norma constitucional. Na compreensão de Vírgilio Afonso da Silva¹⁵², essa medida pode constituir uma lei ou até mesmo uma política pública, tendo em vista que, para que o direito previsto seja exercido, o Estado precisa se fazer presente de maneira mais acentuada, ainda que não tenha uma menção expressa para a feitura de uma lei regulamentadora.

Embora a ADI por omissão e o MI tenham genericamente o mesmo alvo como problema, que é a omissão legislativa, existem algumas diferenças. O MI tem um escopo mais restrito, pois trata de omissões que inviabilizem o exercício de direitos, enquanto a

¹⁴⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm

¹⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 718.

¹⁵¹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1001.

¹⁵² SILVA, Vírgilio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 584.

ADO é mais ampla abarcando extensamente omissões inconstitucionais. Além disso, a distinção se demonstra quanto aos legitimados, como já fora exposto. Da mesma maneira, a diferença reside sobre quem irá julgar cada ação. No MI é apto para julgar qualquer tribunal ou juízo, da esfera estadual ou federal e na ADI por omissão a competência é de exclusividade do STF.

Outra relevante distinção é sobre o tipo de decisão que será proferida. Enquanto no MI a decisão judicial configura um direito, na ADO a decisão tem caráter meramente declaratório, ou seja, o Supremo tem apenas o poder de reconhecer a inconstitucionalidade da omissão e essa decisão não obriga o Legislativo a legislar, pois não possui caráter cogente, funcionando apenas como um instrumento de “denúncia do descumprimento da Constituição”¹⁵³.

Nesse sentido, Streck¹⁵⁴ reflete sobre a eficácia concreta dessa ação, ao apontar que um volumoso número de dispositivos constitucionais ainda está sendo descumprido de maneira omissa pelo poder público e essas ações poderiam impulsionar o debate com o fim de concretizar o preceito constitucional, embora na realidade fática não seja o que ocorra. Essa situação que merece ser revertida, levando-se em consideração que o combate às omissões inconstitucionais está intrínseco à visão do avanço do constitucionalismo, em que o Estado Democrático de Direito tem natureza intervencionista. Dessa forma, “[a] inconstitucionalidade por omissão visa proteger a força normativa da Constituição, estabelecendo barreiras contra um não atuar que, sendo produto de uma decisão política, tem consequências jurídicas (a inconstitucionalidade)”.

Sobre a eficácia das ações, José Afonso da Silva¹⁵⁵, na mesma linha, ressalta que, embora a existência desse instrumento seja um grande avanço ao constitucionalismo, ainda se demonstra insuficiente na concretização do seu objetivo, justificando-se pelo princípio da discricionariedade do legislador, o qual embasa a impossibilidade de o Judiciário obrigar o Legislativo a legislar, limitando-se a decisão judicial a apenas dar ciência.

Todavia, Barcellos¹⁵⁶ pondera sobre a existência de uma transmutação nesse cenário de eficácia da ADO. O STF, além de fazer a comunicação ao Poder Legislativo

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 515.

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 519 -520.

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 50 – 51.

¹⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 716 – 715.

sobre a constatação de uma omissão inconstitucional, tem atuado para tentar sanar essa lacuna legislativa e concretizar o direito em questão. A autora cita o emblemático caso da ADO 26, julgada em 2019, que tratou da inércia legislativa referente ao art. 5º XLI e XLII¹⁵⁷ com aplicação referente à proteção de âmbito criminal às pessoas de grupo LGTB. Na ocasião, o STF constatou que havia omissão inconstitucional, fazendo a comunicação da mora legislativa ao Congresso Nacional, mas não se limitou a isso. A Corte estrategicamente utilizou-se da técnica de analogia para dar interpretação conforme à Constituição e incluir como racismo as práticas de homofobia e transfobia, de modo que a prática desses crimes fosse punida como se fosse um crime de racismo, até que o Legislativo exerça o seu papel de regular a questão, o que até o momento ainda não aconteceu.

Com a análise desse caso, percebe-se que já não há mais uma postura limitada à comunicação. O STF, ao perceber que a mera informação ao órgão competente de uma reconhecida omissão inconstitucional não possui resultados práticos, que é a efetivação de direitos fundamentais, tem buscado soluções. Essa atuação tem gerado controvérsias, uma vez que a Corte atuou no sentido de legislar, sobretudo em matéria penal, o que eleva a complexidade da tomada da decisão. Ao mesmo tempo, direitos fundamentais, como o próprio direito à vida, estavam sendo violados por uma opção legislativa em não regulamentar a tão necessária situação, ocasionando uma tensão entre os Poderes.

A necessidade desse posicionamento judicial mais arrojado se evidencia de maneira peculiar no Brasil, diante do hábito do Poder Legislativo em não considerar a decisão judicial. Tendo em vista que, em outros países, em que há esse instrumento com o mesmo caráter apenas informativo, os desdobramentos políticos são diversos e raramente é algo a ser ignorado. Na esfera brasileira, normalmente, o que se observa é o desatendimento do conteúdo de uma ADO, simplesmente com base na ausência de obrigatoriedade da decisão judicial.¹⁵⁸

Por último, resta a análise da aplicabilidade da ADPF nos casos de omissão legislativa. Essa ação, que faz parte do controle de constitucionalidade, em muito se assemelha à ADI, porém com suas singularidades. Uma das dificuldades em diferenciar a escolha entre ajuizar uma ADI ou uma ADPF configura-se com o conceito amplo do

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 713.

objeto desta última. Conforme o art. 1º da lei 9.882/1999, o objeto da ADPF é “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, e a dificuldade permeia-se pela definição do que seria “preceito fundamental”, já que nem a legislação específica nem a CF definem seu conceito. De igual maneira, o STF ainda não delimitou com clareza o seu significado.¹⁵⁹

De toda forma, como ensina Virgílio Afonso da Silva¹⁶⁰, definir qual ação será ajuizada vai além do conceito material e acaba sendo determinada por questões formais, tendo em conta que, por vezes, a única ação possível seja a ADPF. As duas hipóteses mais comuns de aplicabilidade dessa ação são nas situações em que se aborda o controle de constitucionalidade de lei municipal ou de lei promulgada antes de 5 de outubro de 1988. Uma terceira possibilidade de ajuizamento configura-se na intenção de se obter uma interpretação do STF sobre dispositivos constitucionais, ainda que não haja ofensa sobre lei ou ato normativo.

Nesse sentido, ressalta-se como um dos objetos da ADPF a omissão legislativa, levando-se em consideração que a omissão configura-se tanto pela ausência normativa quanto pela existência de uma norma incompleta, caracterizando uma situação de inconstitucionalidade diante da incompletude. Logo, quando o art. 10 da lei 9.882/99 prevê que cabe ao STF determinar as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental prejudicado, abre espaço para uma nova perspectiva interpretativa que abrange a situação de omissão legislativa como um dos objetos da ADPF, evidenciando-a como mais um instrumento legal à disposição da sociedade.¹⁶¹

Portanto, sobre o controle de constitucionalidade, percebe-se que na mesma medida em que um ato pode ser eivado de inconstitucionalidade, a falta do ato, ou seja, uma postura omissa também carrega o mesmo peso por não cumprir o mandamento constitucional. Para Gilmar Mendes¹⁶², a importância do controle das omissões vai além da efetividade de direitos individuais e transcende o próprio sentido da Constituição, havendo, assim, uma violação a preceitos basilares como cidadania e dignidade da pessoa humana, por conseguinte, contraria a força constitucional.

¹⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 587.

¹⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 587.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1468.

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1277.

Todavia, embora se tenha avançado na temática, ainda prevalece um sentimento de insegurança sobre como solucionar efetivamente os casos de omissão, dado que ainda não existem respostas satisfatórias e é possível que essas respostas não sejam encontradas em pouco tempo devido à complexidade da questão. Não é uma questão limitada à existência de instrumentos adequados; vai além, para uma cultura jurídico-política que se enraíza no plano pátrio.

Sobre a força constitucional, essa deve prevalecer sobre todo o texto, não pode ser considerada em recortes, de modo que não se pode justificar a omissão pelo argumento de que determinado dispositivo constitucional representa apenas uma “carta política ou protocolo de interesses”. A força normativa é una e direcionada a todos os Poderes.¹⁶³

Nesse sentido, diante das omissões legislativas e necessidade de exercício de direitos constitucionais, o Judiciário se torna o centro da discussão, através do controle judicial e das ações constitucionais específicas para esses casos de omissões, o que emerge para a discussão de temas como judicialização da política e ativismo judicial, analisados em seguida.

4.2 PERFIL JUDICIAL: ENTRE ATIVISMO, AUTOCONTENÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Com a acentuação do controle judicial das leis diante da CF, observa-se que a Corte pode adotar um posicionamento ativista ou de autocontenção na mesma medida; o fenômeno da judicialização da política se demonstra evidente nesse cenário.

O perfil decisório dos tribunais é traçado pelos reflexos do desenvolver da atividade judicial, com a ascensão do Poder Judiciário a uma atuação protagonista sobre questões como política, políticas públicas e temas de alta complexidade social.

Em primeiro lugar, o que seria o ativismo judicial? Aragão¹⁶⁴ explica, em sua tese, que muitas vertentes conceituam esse termo, mas expressa que “o ativismo judicial pressupõe a ampliação da ingerência do Judiciário nos outros Poderes, a fim de que aquele intensifique os valores e os objetivos constitucionais”.

¹⁶³ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1001.

¹⁶⁴ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da política no Brasil: Influência sobre atos Internos do Congresso Nacional* 2021. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6012/1/Joao%20Carlos%20Medeiros%20de%20Aragao.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022. p. 50.

Quanto à origem do ativismo judicial, é relevante compreender que, antes de manifestar-se no cenário brasileiro, seu nascedouro é o direito americano. Campos¹⁶⁵ aborda a evolução do tema ativismo judicial e cita o historiador americano Arthur Schlesinger Jr como a primeira doutrina a abordar a temática. Na visão de Schlesinger¹⁶⁶, o ativismo seria uma atuação judicial ativa na busca pela viabilização de direitos, principalmente das minorias, ainda que, para tanto, fosse necessário substituir a vontade do legislador para que esses direitos fossem efetivados.

No direito americano, o que marca o auge do ativismo judicial é o famoso caso *Marbury v. Madison*, com a atuação significativa do juiz John Marshall, em que a Corte pôde confirmar seu poder de julgar a inconstitucionalidade de normas ao afastar a aplicabilidade de leis federais que infringiam o texto constitucional, concretizando, assim, uma das faces do ativismo judicial.¹⁶⁷

Esse fenômeno também é vislumbrado em outros Estados ao redor do mundo, como na Alemanha e na Itália, onde destacou-se em decorrência da bagagem histórica totalitária de restrição de direitos desses países e da interpretação da constituição, por parte das Cortes, controlando a constitucionalidade das leis, a fim de garantir o exercício de direitos fundamentais.¹⁶⁸ Nesses dois países, constatou-se que a ingerência de um poder político ilimitado poderia causar desastres humanos, como verificou-se com o nazismo na Alemanha. Esse fator foi o principal indutor da criação de constituições ou do fortalecimento das constituições já existentes no quesito de proteção de direitos em face, inclusive, do próprio legislador.¹⁶⁹

Além disso, observa-se que o ativismo se manifestou em Estados com realidades similares ao Brasil, como no caso de países da América Latina, a exemplo da Colômbia e Costa Rica, os quais, assim como o Brasil, encontravam-se em fase de fortalecimento e estabilidade democrática diante de um novo ambiente político e, de mesmo modo, o Judiciário teve, e ainda tem, relevante papel na preservação dos direitos constitucionais,

¹⁶⁵CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 43 – 44.

¹⁶⁶SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947. Fortune v. 35 (1), 1947, p. 73 – 77*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 43 – 44.

¹⁶⁷CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 50 – 51.

¹⁶⁸CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 100 – 135.

¹⁶⁹SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 2.

sedimentando-se como um poder elementar na concretização de direitos fundamentais básicos.¹⁷⁰

No que se refere a uma questão, pode-se comparar a realidade brasileira à dos países europeus: a existência de cartas constitucionais extensas, o que difere da realidade americana, cuja Constituição se limita a um conteúdo restrito à organização do Estado e alguns direitos. Essa característica é também um aspecto diferenciador do desenvolver do ativismo judicial em cada conjuntura.

Essa característica do Brasil ter uma constituição analítica, com elevado número de direitos constitucionalizados e fortalecimento do Judiciário, remete à teoria do neoconstitucionalismo, o qual é fator indutor a decisões judiciais de perfil ativista.

Para Sarmiento¹⁷¹, com a visão neoconstitucionalista, a teoria da separação dos Poderes dispensa limites muito rígidos ao Judiciário e concede lugar a uma maior defesa dos valores dispostos na Constituição, favorecendo o ativismo judicial, por exemplo. Nas palavras do autor:

No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitima amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência.

Na doutrina, o ativismo judicial pode ser visto como algo positivo e decorrente do novo constitucionalismo, entretanto, há quem o vislumbre como um aspecto negativo e perigoso ao Estado Democrático. Há, ainda, os defensores de um ativismo temperado. E muitos são os argumentos sobre todas essas compreensões de ativismo.

O ministro do STF, Luís Roberto Barroso,¹⁷² vislumbra o ativismo judicial como um fenômeno positivo à democracia, se utilizado na dose correta. Para o autor, entende-se que o ativismo é um agir proativo do juiz ao interpretar o texto constitucional ampliando o seu conteúdo em favor dos direitos constitucionais e que ocorre, geralmente,

¹⁷⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 100 – 135.

¹⁷¹ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 4.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

em situações de omissão legislativa. Dessa maneira, o magistrado, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, atua de maneira mais intensa para alcançar a decisão que melhor beneficie o exercício dos direitos fundamentais preenchendo a lacuna da ausência legislativa e podendo, por vezes, proferir entendimento inovador na ordem jurídica; mesmo que exceda sua atuação, esse excesso poderia ser justificado pela premissa de defesa de um direito e, por isso, não representaria uma atuação ofensiva aos ideais democráticos.

Mesmo considerando que uma atuação ativista deve ser considerada benéfica ao Estado Democrático de Direito, Barroso¹⁷³ pondera que é necessário ter cautela e estabelecer regras ao “jogo democrático”. Entretanto, parece que a clareza dessas regras não é de fácil percepção, mesmo na atual conjuntura. Dessa forma, quais os limites da atuação judicial e quem define quais regras são essas? O próprio Judiciário? O autor afirma expressamente, mas com tom cauteloso, que a última palavra em relação à interpretação das normas constitucionais deve ser do Judiciário. Em suas palavras:

[n]ote-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legitima a arrogância judicial.

Em outro extremo, Streck¹⁷⁴ estabelece que o ativismo judicial se refere a “uma atuação judicial que extrapola os limites jurídicos (Constituição, Princípios Jurídicos, Leis, Jurisprudência etc) e/ou invade a competência dos demais Poderes”. Mais ainda, uma decisão de perfil ativista seria a expressão de perspectivas pessoais dos juízes e, por entender que esse seja o significado de ativismo judicial, o autor afirma firmemente que, na sua concepção, toda decisão ativista é ruim.

Na mesma linha, Abboud¹⁷⁵ ressalta que, primeiramente, o ativismo não deve ser confundido com as próprias funções judiciais determinadas pela Constituição, que são

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 out. 2021. p. 17.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada*. Acesso em: 29 de mar. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/ENTRE%20O%20ATIVISMO%20E%20A%20JUDICIALIZAÇÃO%20POLÍTICA%20-%20STRECK.pdf>.

¹⁷⁵ ABOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 153 – 154.

legítimas. Sendo assim, quando o Judiciário atua, por exemplo, no controle de atos do Legislativo, por se caracterizarem como contrários à Constituição, ou como órgão contramajoritário na proteção de direitos fundamentais de minorias, o faz legitimamente e isso não é ativismo.

Para o autor, o ativismo pode ser conceituado como uma atuação judicial desapegada das normas, ou seja, da Constituição e das leis, fazendo imperar a visão subjetiva do magistrado, entendendo que “toda decisão ativista é ilegal e inconstitucional”¹⁷⁶. Dessa maneira, o ativismo judicial representaria uma interpretação judicial ilimitada, baseada não no direito e sim em convicções ideológicas alheias e, por essa razão, o autor afirma que não se pode classificar ativismo em bom ou ruim, pois a compreensão do que é ser bom ou ruim pode ter como base interesses morais e políticos, desvirtuando a essência do direito. Por conseguinte, entende que o direito democraticamente produzido deve ser respeitado “para evitar a degeneração do direito e da própria democracia. Ativismo é uma forma de degeneração da independência dos juízes, exercida mediante uma interpretação sem limites”.¹⁷⁷

Na esfera do direito comparado, Waldron¹⁷⁸ tem severas críticas ao ativismo judicial e concentra seu posicionamento na supremacia do parlamento, isto é, um Judiciário que atue nas demandas políticas não deveria ser aceito. Para o doutrinador, a última palavra deve ser daqueles que detém a representatividade do povo, ou seja, os parlamentares. Todavia, o autor ressalta que, para que assim aconteça, o parlamento deve ter um perfil comprometido com o respeito aos direitos das minorias. Trazendo essa perspectiva para o contexto brasileiro, a realidade experienciada por Waldron na Nova Zelândia é muito diversa e não pode ser utilizada como referencial na mesma proporção.

Em tom mais moderado, Sarmiento¹⁷⁹ reconhece a importância da atuação judicial mais arrojada, a qual considera legitimada pela própria Constituição de 1988 e acentuada pela crise de representatividade enfrentada pelo Poder Legislativo. Assim sendo, essa atuação arrojada é justificável para a proteção da democracia, das minorias e dos direitos

¹⁷⁶ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1520.

¹⁷⁷ ABOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 159.

¹⁷⁸ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-158.

¹⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 19.

fundamentais. Entretanto, isso não deve acontecer de forma ilimitada, há espaços em que o Judiciário não deve intervir, tendo em vista que o Estado pode dispor de outros órgãos com maior conhecimento acerca de determinadas temáticas. O Judiciário concentra seu foco no Direito.

De igual maneira, com posicionamento equilibrado, o doutrinador americano Robert Dahl,¹⁸⁰ entende que a Suprema Corte seria uma liderança política na interpretação da Constituição, porém sua atuação se torna mais eficiente quando ele se restringe a firmar balizas nas políticas públicas a serem exercidas pelos agentes políticos propriamente ditos. Mesmo tratando-se da realidade americana, compreende-se que em essência o autor reconhece o relevante papel de uma Corte na defesa dos direitos, desde que existam limites para essa atuação.

O uso do direito comparado é agregador na pesquisa sobre a temática, mesmo que o Brasil tenha uma realidade diversa de outros Estados, é notável que o Judiciário, adequadamente fortalecido, é vital a uma democracia, qualquer que seja a sua carga histórica. Ainda, na compreensão da realidade pátria, para além do direito comparado e diante de um sistema de *civil law*, Conrado Mendes¹⁸¹ indaga, na conclusão de sua tese, se seria legítima a atuação de juízes, sem responsabilidade política, que agem sobre questões do Legislativo e Executivo em nome da Constituição, considerando que julgamentos estão suscetíveis à influência moral e ao desacordo.

Cita-se como exemplo o controvertido caso em que o STF, em 2006, decidiu, em unanimidade, por derrubar a chamada cláusula de barreira. Em breve resumo, a cláusula de barreira foi criada pela lei nº 9.096/95, para estabelecer percentuais mínimos de representatividade dos partidos políticos para que fossem regulados seus direitos nas casas legislativas, bem como tempo de televisão para propaganda partidária etc. Entretanto, o STF entendeu ser inconstitucional, à época, o que despertou uma série de críticas. O próprio ministro Gilmar Mendes declarou, em 2017, que reconhece que a intervenção do Judiciário nessa questão se deu de maneira equivocada, qualificando a intervenção como “indevida”¹⁸². No mesmo sentido, Alexandre de Moraes, quando ainda

¹⁸⁰ DAHL, Robert A. *Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como entidade formuladora de políticas nacionais*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>. Acesso em 10 jan. 2022.

¹⁸¹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Políticas). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

¹⁸² <https://www.camara.leg.br/noticias/509833-gilmar-mendes-diz-que-stf-errou-em-decisao-sobre-clausula-de-barreira/>

não era ministro, mas apenas indicado ao cargo no Supremo, expressou no Senado Federal que, em sua percepção, o STF não deveria ter interferido nessa questão de cunho eleitoral, de modo que o tribunal atuou e substituiu a vontade do legislador, o que também considerou ser um equívoco.¹⁸³

Outro caso de julgamento em que se identifica o ativismo judicial ocorreu em 2007, sobre a fidelidade partidária. A matéria foi levada ao STF, que decidiu sobre a temática, incorrendo na criação de uma hipótese de perda de mandato através de sua interpretação no julgamento. Por sua compreensão de que o tribunal estaria a legislar, tornou-se alvo de críticas.

O tema ativismo judicial inflamou ainda mais diante do julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, pelo STF em 2019, que tratou da criminalização da homofobia. Como já mencionado neste estudo, muitos anos antes dessa temática chegar ao Judiciário, ela já era discutida em âmbito legislativo, mas sem avanços. Diante da inércia legislativa, a qual ainda prevalece, o STF fora provocado pelo Partido Popular Socialista (PPS) a decidir sobre a controvertida questão. Aqui, não se considera a matéria como controvertida, pois não resta dúvidas de que atos homofóbicos ferem ostensivamente direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida. Mas, em que medida poderia o Supremo atuar na resolução dessa questão?

O desfecho da decisão tendeu pela equiparação da prática de homofobia ao crime de racismo, conclusão que se deu através de uma interpretação conforme à Constituição. Ao mesmo tempo, restou declarada na decisão a mora legislativa, o que, em um olhar geral, parece ser discutível, tendo em vista que ficou compreendido que práticas homofóbicas estão inclusas no conceito de racismo. Como o crime de racismo já é regulamentado, em tese, não haveria de se declarar a mora legislativa. Percebe-se, em vista disso, que essa decisão é um claro exemplo de ativismo judicial, de modo que, para os que consentem com o ativismo, o STF estaria apenas cumprindo o seu papel na garantia dos direitos fundamentais; para os que enxergam o ativismo como algo ruim, formalmente, a decisão seria inconstitucional, não pelo seu conteúdo, mas pela formalidade de não ser o Judiciário competente para inovar na seara criminal.

Com a análise dos argumentos expostos sobre os posicionamentos quanto ao ativismo judicial, concorda-se, neste trabalho, com o posicionamento de ordem moderada

¹⁸³ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/21/moraes-stf-substituiu-legislador2019-ao-derrubar-clausula-de-barreira-para-partidos>

para o ativismo no cenário brasileiro. Como no caso da temática de criminalização da homofobia, o ideal seria que o Legislativo atuasse em seu papel precípua de legislador para impedir que direitos fundamentais fossem violados. Entretanto, até o momento não o fez, prevalecendo o posicionamento do STF. Se o Judiciário não adotasse essa postura proativa, vítimas de atos homofóbicos deveriam aguardar a boa vontade do legislador? Isso não parece razoável, e a situação de se ter uma lacuna sobre esse tema específico da criminalização da homofobia clamava para uma resolução ágil e eficaz. Em outra linha, outras decisões demonstram o avanço desnecessário da atividade judicial, o que levanta o alerta sobre até que ponto pode o Judiciário interferir. A limitação dessas atuações ainda se encontra num campo de subjetividade e isso pode ser perigoso à segurança do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, compreende-se aqui que o posicionamento temperado seja o mais adequado, de modo que esse temperamento deve ser vislumbrado com o viés da exceção, ou seja, o ativismo judicial deve ser admitido em último caso, diante de extrema violação de direitos fundamentais.

Em uma análise generalista da opinião da sociedade sobre o ativismo, observa-se que, quando uma decisão judicial ativista agrada o interesse do cidadão, esse tem a tendência de concordar, entretanto, quando a decisão não satisfaz suas convicções pessoais, o ativismo é criticado.

Todavia, o ativismo judicial no Brasil desenvolveu-se de maneira peculiar diante de sua carga histórica própria, de modo que o Judiciário e o Supremo Tribunal Federal exercem fundamental papel na manutenção do equilíbrio democrático e na defesa de minorias. Sem dúvidas, limitação é a palavra-chave para que exista esse equilíbrio almejado constitucionalmente, até porque o sentido do princípio da separação dos Poderes é limitar o abuso de poder. De nenhum poder sobre outro.

Uma pluralidade de fatores pode induzir a maior ou menor frequência de decisões ativistas. Alinhar alguns pontos pode ser determinante nesse panorama. Sugere-se, então, algumas observações: em primeiro lugar, o STF e todas as instâncias judiciais precisam dar atenção a determinar essas limitações necessárias, pois a postura da Suprema Corte será a bússola para os juízes que atuam em instâncias inferiores. É preciso compreender, igualmente, que, embora a política e o direito estejam sempre em algum ponto de encontro, questões puramente políticas não necessariamente clamam por um aval judicial e, onde é constitucional, a omissão legislativa é uma escolha possível. Como bem acentua

Sweet¹⁸⁴, entender o Judiciário como uma instituição protagonista nos debates autenticamente político, proporciona como consequência uma política tecnocrata, ou seja, “no fim, governar com juízes também significa governar como juízes”.¹⁸⁵

De igual modo, os outros poderes precisam dedicar-se mais a essa questão, atentar-se aos mandamentos constitucionais, que são a base de funcionamento de todo o ordenamento jurídico. O papel de garantia do cumprimento constitucional não é exclusivo do Judiciário, mas próprio de uma atuação conjunta de todos os poderes. Portanto, manter-se inerte a um dever constitucional, como o dever de legislar, é uma inconstitucionalidade.

Logo, o ativismo judicial é marcado por esse atuar mais arrojado e proativo do judiciário, e há quem entenda que judicialização da política e ativismo judicial sejam a mesma coisa. Para Verbicaro,¹⁸⁶ é como se a judicialização induzisse ao ativismo. Nas palavras da autora

[...] o fenômeno da judicialização política, ao ensejar uma ampliação da participação qualitativa e quantitativa do Poder Judiciário, acaba por propiciar, amiúde, uma postura mais ativista e protagonista dos tribunais, que passam a ser provocados a participar mais diretamente dos problemas políticos centrais das democracias contemporâneas.

Percebe-se, em vista disso, que não há uma diferenciação entre os dois fenômenos, seria como se um fosse a causa do outro existir. Rodriguez¹⁸⁷ segue essa mesma linha de pensamento, ao dizer que, embora pareçam fenômenos distintos, ativismo e judicialização são “como lados de uma mesma moeda”, havendo possibilidade de duas perspectivas.

Entretanto, alinhar-se-á, nesse estudo, com o entendimento daqueles que diferem os fenômenos, pois, embora tenham suas similaridades, concorda-se que são quadros distintos.

Como afirma Barroso¹⁸⁸, “[a] judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas

¹⁸⁴ SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, 2000. p. 2648.

¹⁸⁵ Tradução nossa.

¹⁸⁶ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. / 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 392.

¹⁸⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 183.

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 out. 2021. p. 14.

origens”. A judicialização surge em detrimento do próprio arranjo determinado constitucionalmente, é um resultado natural, diferente do ativismo, que é uma escolha, uma atitude. Ou seja, a judicialização é fruto do modelo constitucional analítico, somado ao sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil. Para o autor,¹⁸⁹ pode-se descrever judicialização como sendo o contexto em que questões expressivas de cunho político, social ou moral são levadas à Corte para se obter definitivamente uma decisão sobre a temática.

Streck¹⁹⁰ também trabalha com a diferenciação das duas conjunturas. Enquanto, para o autor, todo ativismo é ruim, a judicialização da política pode ser ruim ou não, a depender da intensidade que se procede. E essa está conectada ao desenho institucional traçado pela Constituição, de modo que, quanto mais possibilidade de se discutir judicialmente questões governamentais, maior é a chance de ser haver judicializações da política.

Como um processo natural da conjectura democrática e constitucional, a judicialização surge naturalmente e até se torna necessária para a efetivação de direitos fundamentais, de maneira contingencial. É essa a percepção de Abboud,¹⁹¹ que alerta: a judicialização, se desenvolvida de maneira equivocada, pode se desvirtuar e assumir um caráter diverso, ou seja, ativista. Em sua obra, o autor aponta como exemplo de judicialização da política o caso em que o STF, na ADI nº 6341, decidiu serem os Estados competentes para definir as ações sanitárias sobre a pandemia da Covid-19. O caso foi levado à Corte, portanto, trata-se de uma situação em que a política precisou ser judicializada.

Tendo em vista que a compreensão sobre judicialização da política é formada pelo contexto institucional de uma democracia, e que cada democracia tem suas particularidades, não há como definir de imediato um conceito pragmático. Ribeiro e Arguelhes¹⁹² explicam que alguns fatores podem impactar a ideia de judicialização da

¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 431.

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada*. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/ENTRE%20O%20ATIVISMO%20E%20A%20JUDICIALIZAÇÃO%20POLÍTICA%20-%20STRECK.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2022

¹⁹¹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1530.

¹⁹² RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. *Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico*. Disponível em:

política, com destaque para dois aspectos. O primeiro deles é a variação do desenho institucional, no sentido de que “[q]uanto mais atores forem credenciados a usar o Judiciário, mais temas puderem ser judicializados e mais instrumentos processuais estiverem disponíveis aos atores, maior será a probabilidade de que a política seja judicializada”. O segundo aspecto refere-se à intensidade dessa judicialização, que pode ser desenvolvida com base no interesse político que cerca essa postura de judicializar, sendo assim, escolhas estratégicas entre atores políticos e sociais podem definir esse aspecto da intensidade.

Dessa maneira, não existe uma única causa para a intensificação da judicialização da política, mas, no que tange às questões políticas, o que se constata é que grande parte delas são levadas à arena judicial pelos próprios atores políticos representados por seus partidos políticos, o que reforça a percepção de que o aumento da atividade judicial não decorre de uma vontade forçada e sim de um fenômeno de caráter político.¹⁹³

Considera-se, portanto, que a judicialização é inerente à dinâmica institucional e, da mesma forma, guiada por ela. A intensidade da sua presença em uma democracia dependerá do desenho constitucional, o que se sucederá espontaneamente. Diferente do ativismo judicial, que requer um comportamento proativo, intencional.

Em contrapartida ao ativismo, outro tema correlacionado a atuação judicial é a autocontenção. Se o ativismo é uma escolha, a autocontenção também é. O Judiciário pode escolher uma postura a ser adotada; há uma margem com fundamentos constitucionais que fundamentam essas escolhas e a autocontenção não é a ideia de que o Judiciário está sendo passível às causas que lhe chegam, mas sim de que, no cenário posto, ele compreende os próprios limites de suas intervenções.

Assim como o tema ativismo é forte na doutrina americana, a tese da autocontenção ganhou destaque, sendo chamada de *self-restraint*. Defende-se que, quando houver dúvida sobre a atuação judicial, a melhor escolha é não atuar, prevalecendo o que determina o legislador. Uma espécie de *in dubio pro legislatore*. Para uma teoria de ponderação, entre o ativismo e a autocontenção, o que se deve buscar é um equilíbrio, pois o juiz não pode atuar em demasia, ou seja, nem atuar intervindo de

<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/7PMBYWqVLs4GBPHTQ7CsTGK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 31 de mar. 2022. p. 10.

¹⁹³ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Judicialização da política: um fenômeno jurídico ou político?* Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/290/143>. Acesso em: 28 ago. 2022. p. 123.

maneira ativista e nem se excedendo em sua autolimitação de forma que se torne passivo às demandas.¹⁹⁴

De acordo com Dworkin¹⁹⁵, a tese de autocontenção ou moderação judicial traz a ideia de que

[...] os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

No mesmo sentido, a autocontenção pode ser compreendida como uma estratégia. Ao reconhecer que a Corte, como uma instituição não somente jurídica, mas também política, a autocontenção é uma das peças disponíveis no jogo democrático a ser escolhida com a ponderação de critérios jurídicos e políticos.

Desse modo, ao assumir um perfil de autocontenção, o STF pode estar tentando evitar desentendimentos e tensão com os outros Poderes ao avaliar os reflexos que uma decisão pode causar no ambiente democrático. Em estudo sobre o tema, Ribeiro e Arguelhes¹⁹⁶ ressaltam que

[a]inda que possuam suas garantias constitucionais, por vezes, o STF pode optar, estrategicamente, evitar conflitos direto e evitar uma reação política que pode ser desde o descumprimento da decisão judicial, como a produção normativa que supere a decisão do tribunal poderes, que o Presidente ou membros do Congresso Nacional venham a público criticar o STF por ter declarado inconstitucional uma emenda 'retaliadora'. Mais ainda, no limite, a simples proposição de uma emenda desse tipo pode vir a ter certos custos políticos para o tribunal. A palavra final jurídica não necessariamente exclui a continuação do conflito na área política.

¹⁹⁴ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e autocontenção no controle de constitucionalidade*. Disponível em: https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/2_ativismo%20soltas.pdf. Acesso em: 16 abr. 2022 p. 468.

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 215.

¹⁹⁶ RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. *Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre o comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro*. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944518006>. Acesso em: 16 abr. 2022. p. 110 – 111.

Lima e Gomes Neto¹⁹⁷ seguem a mesma linha de pensamento ao acreditar que a autocontenção é utilizada estrategicamente, e explicam que essa postura pode ser expressa ou tácita. Será expressa quando o tribunal se manifestar pela necessidade de não atuar, seja pela questão da matéria ou por questões formais, ao usar argumentos sobre questões processuais, por exemplo. E será tácita quando se silencia sobre a questão, ou seja, a postergação da análise de uma temática levada à Corte pode ser intencional. Esse intencional adiamento da análise pode se dar com intenção de se ganhar tempo, com a finalidade de observar pontos alheios ao olhar puramente jurídico, como as reações da sociedade e visão dos outros Poderes.

Recentemente, identifica-se a postura de autocontenção no caso levado ao STF sobre o fundo eleitoral de 2022 em que fora questionada a constitucionalidade da Lei de Diretrizes Orçamentárias, com a previsão do alto valor de R\$4,9 bilhões para destinação do fundo eleitoral. O entendimento que prevaleceu no julgamento da ADI nº 7.058 foi o da constitucionalidade da previsão. Embora o valor tenha despertado questionamentos pela sua expressividade, o argumento de que se trata de uma questão interna do Poder Legislativo predominou. Nesse caso, observa-se uma manifestação judicial da autocontenção expressa.

De igual modo, cita-se o caso da vaquejada, em que, após o julgamento que considerava a prática inconstitucional e com a reversão da decisão pelo Legislativo, o STF recebeu novas demandas sobre a constitucionalidade do dispositivo que permite sua prática. Todavia, até o momento, o tribunal ainda não levou a temática a uma nova discussão, possivelmente de maneira estratégica, com o intuito de evitar mais um desgastante embate, o que pode caracterizar um caso de autocontenção ou autorestrição tácita.

Em vista disso, concorda-se com Sarmiento¹⁹⁸ e sua visão moderada quando esse afirma que

[...] em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário

¹⁹⁷ LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/hcqkLTTLsNF978NGqhY4SCM/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 16 abr. 2022. p. 226 – 244.

¹⁹⁸ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021. p. 14.

para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como Economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado estão mais habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional.

Portanto, buscar o equilíbrio entre essas duas posturas é o ideal, mas um grande desafio a se alcançar. O extremismo, tanto no comportamento ativista como no de autocontenção, é prejudicial à democracia. Na mesma linha, cabe ao Legislativo reconhecer a necessidade de um maior empenho em sua atuação, de modo que se evite que situações desnecessárias cheguem até o Judiciário.

4.3 ATIVISMO E PROTAGONISMO JUDICIAL: SERIA O INÍCIO DE UMA JURISTOCRACIA?

O tema ativismo também desperta inquietudes sobre caminhos que o avançado protagonismo judicial pode trilhar. Esse demasiado destaque judicial é foco de estudo da doutrina, a exemplo do cientista político canadense Ran Hirschl¹⁹⁹, o qual batiza esse fenômeno superior ao ativismo judicial como “juristocracia”. Em sua obra sobre o tema, o doutrinador estudou o cenário do Canadá, de Israel, da Nova Zelândia e da África do Sul, países com realidades distintas, mas com a semelhança de um Judiciário preponderante. Para o autor, conceitua-se juristocracia como

[...] algo que ultrapassa os limites do que se convencionou chamar de ativismo judicial: ela seria uma verdadeira *nova ordem política*, em que há uma amputação voluntária dos demais poderes constituídos, consistente na transferência voluntária de seus poderes decisórios ao judiciário.²⁰⁰

Conforme a tese de uma juristocracia, não existiria democracia e sim a supremacia do Judiciário sobre todos os outros Poderes, com a ausência de preceitos limitadores e um espaço aberto a abusos.

Mesmo o centro do estudo de Hirschl sendo os países acima citados, é possível constatar que muitos dos pilares de sua teoria podem ser identificados no cenário brasileiro. Para Hirschl²⁰¹, a expansão judicial é um fenômeno crescente em democracias

¹⁹⁹HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia - As origens e consequências do novo constitucionalismo*; Tradução Amauri Feres Saad. Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

²⁰⁰ Ibidem, p. 10.

²⁰¹ Ibidem, p. 81.

e uma das razões para isso é que, quanto mais se prevê sobre direitos nas cartas constitucionais, mais poder se concede aos juízes. Além disso, a política exerce fundamental papel colaborativo nessa ascensão judicial, de modo que “quanto menos funcional seja o sistema político em uma dada democracia, maior a probabilidade de que esta desenvolva um poder judiciário hipertrofiado”.

Se o sistema político não funciona de maneira adequada, portanto, há grandes chances de que essas questões mal resolvidas recaiam para o Judiciário. Não necessariamente identifica-se isso como uma usurpação de poder, mas deve-se levar em consideração uma certa deferência dos atores políticos para que isso aconteça, como uma estratégia a ser escolhida, a exemplo de quando optam pela inércia legislativa conveniente.

Nesse sentido, Alexy²⁰² pontua:

O ponto de partida é a ideia de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais em face do legislador, são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências. O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional de competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição.

Em outra obra, Hirschl²⁰³ ressalta o caráter político estratégico dessa conjuntura explicando que, ao transferir questões políticas às Cortes, os atores políticos se eximem do desgaste eleitoral diante da pressão social que temáticas controversas podem ocasionar. Sendo assim, políticos se colocam em situação confortável tendo em vista que tribunais têm a imagem de que sua decisão técnica é a mais acertada, sendo uma forma de legitimar o que for decidido sem prejuízos políticos. Entretanto, ao fazer isso, há também uma transferência de poder que pode ocasionar em consequências ao equilíbrio democrático.

²⁰²ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Brasil: Malheiros Editores, 2017. p. 546.

²⁰³HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>. Acesso em: 26 jan. 2022.

Além disso, o monopólio judicial sobre a interpretação do que a norma quer dizer é um grande poder. Através de uma interpretação, pode-se conceder inúmeros significados para um texto. A discricionariedade sobre qual o sentido mais adequado pode servir como um instrumento ilimitado de controle dos atos dos outros Poderes, o que acentua ainda mais o poder dirigido ao Judiciário e robustece a necessidade de existência de diretrizes limitativas claras a fim de evitar abusos e um quadro de insegurança jurídica proveniente de uma imprevisibilidade decisória.

No campo brasileiro, o tema também é foco da ciência política e do Direito. Vale ressaltar, neste ponto, a importância da interdisciplinaridade do tema, ou seja, estudar poderes e instituições não se trata apenas de uma questão pura do direito. Outras áreas são fundamentais para um estudo mais aprofundado. Friedman²⁰⁴ acentua essa compressão quando diz que é preciso ir além da bolha dos próprios debates e buscar questionar outros pontos de vista, alertando que, diante da falta de compreensão, a solução pode ser a colaboração.

Sendo assim, é preciso que os juízes não limitem o seu atuar isoladamente ao direito. Devem abraçar conjuntamente disciplinas como a filosofia e a sociologia para obter uma “dimensão axiológica” adequada na compreensão do direito em consonância com a Constituição.²⁰⁵

Oscar Vilhena Vieira²⁰⁶ é um exemplo de autor brasileiro que está imerso no mundo do direito e da ciência política e que trata da temática com esse olhar conjunto. Mais do que juristocracia, ele traz em seu estudo o que denomina de “supremocracia”, consistindo num protagonismo não só do Judiciário e sim de uma predominância da instituição Supremo Tribunal Federal, por observar que, na realidade brasileira, é como se todas as questões precisassem da última palavra do STF.

A própria conjuntura sistêmica faz com que o STF necessariamente seja convocado para dar a “palavra final”, diante das possibilidades processuais existentes para levar uma discussão até essa última instância. Mas não só isso, não apenas questões jurídicas de fato, há situações de cunho político que não deveriam ser pautadas na Corte.

²⁰⁴FRIEDMAN, Barry. *Taking Law Seriously*. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/perspectives-on-politics/article/abs/taking-law-seriously/D52A606C0602DBB44D26B24CE382902A>. Acesso em: 19 abr. 2022. p. 261 – 276.

²⁰⁵KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 81.

²⁰⁶VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022. p. 451.

Mesmo assim, eventualmente, o tribunal pode estar atuando de modo a substituir o legislador ou julgando questões mal resolvidas na arena política, indo além da sua função.²⁰⁷

Além disso, para Vieira,²⁰⁸ a existência de uma supremocracia estaria ainda mais consolidada diante da fala do ministro Celso de Mello, no julgamento do MS 26.602, 26.603 e 26.604, que versou sobre a fidelidade partidária, onde o referido ministro expressou que a decisão da Corte de determinar mais uma hipótese de perda de mandato parlamentar, não constituía usurpação de poder porque ao STF cabe “o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto fundamental da lei” e continuou sua fala salientando que o STF, por estar responsável pela guarda da Constituição, teria o direito de funcionar como um poder constituinte.

A temática ganha teorias ainda mais afuniladas, saindo do contexto macro do Poder Judiciário, à instituição STF e sendo reduzida ao que Vieira denomina de “ministocracia”, em que evidencia as decisões não do órgão como um todo, mas sim o elevado número de decisões proferidas por membros da Corte de maneira isolada. Seria uma versão extremada da supremocracia, em que, individualmente, ministros passam a decidir sobre o que deveria ser deliberado em colegiado.²⁰⁹

Na mesma linha, Conrado Mendes²¹⁰ retrata seu posicionamento ao utilizar a expressão “onze ilhas” para referir-se ao comportamento e posicionamento dos onze ministros do Supremo, de modo indicar a ausência de um adequado debate do tribunal, um compartilhamento de fundamentos, uma decisão oriunda de um verdadeiro debate em conjunto e não de votos isolados, com justificativas que muitas vezes podem coincidir na resposta final, porém são definidas por caminhos totalmente diversos, o que poderia confundir a sociedade sobre qual o pensamento da Corte, tendo em vista que o que geralmente se tem é um aglomerado de argumentos individuais que são somados ao final e definem o julgamento, o qual passa a ser difundido como o entendimento da instituição. E, embora seja um costume do tribunal agir dessa maneira e não se possa culpar os ministros, ou exigir uma mudança imediata, trata-se de uma questão a ser revista para que assim se possa evoluir na discussão dessa problemática.

²⁰⁷ Ibidem, p. 449 – 453.

²⁰⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 193.

²⁰⁹ Ibidem, p. 209.

²¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em: 19 abr. 2022.

Na mesma linha de pensamento, Lunardi²¹¹ sustenta o forte caráter individual da Corte em suas decisões, quando diz que

Os ministros decidem personificadamente e não como um órgão colegiado. Há um individualismo decisional extremo, em que cada ministro age mais individualmente que como um membro de uma Corte Constitucional. Em geral, não há deliberação, no sentido próprio do termo, pois a decisão colegiada é obtida pela soma dos votos dos ministros num sentido ou noutro sentido.

O artigo de Conrado Mendes²¹², publicado há 12 anos, ainda reflete a atual realidade do tribunal, que carece de uma maior atuação em conjunto. Todavia, é relevante observar que o excesso de atribuições direcionadas ao Supremo impossibilitaria esse debate em conjunto dos casos com a frequência que se almeja e isso é mais um ponto que merece ser analisado. O acúmulo de atribuições previstas à Corte pode ser um obstáculo ao refinamento e à eficiência da sua atuação, a qual deveria voltar-se ao debate de questões jurídicas de maior complexidade.

Ponto interessante é que a ausência desse debate em conjunto não é exclusividade do STF. É possível observar que, no cenário mexicano, há uma similaridade: nas votações levadas a plenário, o que acontece são apenas manifestações individuais sem ligação entre si, embora as causas históricas para esse fato sejam distintas. É um problema que assola as decisões em colegiado e que merece um estudo aprofundado na busca por soluções efetivas.²¹³

Responder ao que se questionou no início desse tópico não é tão simples, mas sem dúvidas observa-se, no cenário brasileiro, características similares ao fenômeno da juristocracia, tratado por Hirschl, diante das razões que elevam a força judicial e da forma como o próprio Judiciário se posiciona nesse cenário.

Na mesma medida, no Brasil, vislumbra-se peculiaridades, conforme estudo de doutrinadores nacionais. Ao passo que o protagonismo judicial é alvo de críticas, por possivelmente afetar a democracia, o Judiciário exerce relevante papel na efetivação dos

²¹¹ LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na política e a política no STF*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 195.

²¹² MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>. Acesso em: 19 abr. 2022.

²¹³ BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *O papel da política na atuação das cortes supremas: uma comparação entre Brasil e México*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/N45xZ7NCQTYnc6s97mfKggg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 9 jul. 2022. p. 63 – 64.

preceitos fundamentais, o que reforça ainda mais a necessidade de um efetivo equilíbrio entre os Poderes.

4.4 JUDICIÁRIO COMO CONCRETIZADOR DE DIREITOS PENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA

A crescente ascensão judicial é marcada por um Poder Judiciário fortalecido e atuante, dotado de garantias para um exercício livre de ingerências de outros Poderes. Possui notoriedade social e, de mesmo modo, tem sua relevância reconhecida pelos outros Poderes, o que se confirma quando recorrem à apreciação judicial na busca para uma solução de suas questões, ou mais especificamente, na concretização de seus direitos.

Sem dúvidas, o excesso de atuação de qualquer que seja o Poder é um ponto indesejado e que deve ser controlado através dos mecanismos constitucionais cabíveis. Reconhece-se, todavia, que, diante da retração dos outros Poderes e, especificamente, analisando a retração do Legislativo na regulamentação de direitos, o Judiciário tem desempenhado papel fundamental para a solidificação do que clama a Constituição.

Embora esse novo perfil de atuação seja alvo de críticas, que devem ser ponderadas, nota-se que não apenas o cidadão ou a sociedade busca esse meio. Não raras vezes os próprios membros do Legislativo e do Executivo ingressam na esfera judicial ou simplesmente se mantêm inerte, provocando, estrategicamente, através da omissão, o despertar jurídico.

Nesse estudo, já foram apresentadas algumas hipóteses de casos em que a Constituição determina a feitura da lei regulamentadora para o exercício do direito. Ficou demonstrado, ainda, que já existem projetos de lei nesse sentido em tramitação no Legislativo que, por razões não claras, encontram-se paralisados. Essa situação de inércia é prejudicial ao exercício de direitos fundamentais e, como consequência, é levada à apreciação judicial por quem precisa exercer o seu direito.

No caso mencionado sobre a dupla vacância, como já se explicou, o STF foi chamado a se pronunciar e estabeleceu importantes diretrizes, como a inconstitucionalidade de uma votação secreta e a possibilidade de os estados elaborarem suas próprias legislações sobre a temática, como no mencionado caso da Bahia.

Essa importante decisão judicial é parâmetro para eventuais dúvidas que possam surgir na ocorrência de dupla vacância em âmbito estadual para outros Estados. Como no caso do estado de Alagoas que, no ano de 2022, passou por uma eleição indireta em

virtude de um cenário de dupla vacância. O projeto de lei de autoria da deputada Jó Pereira²¹⁴ segue os parâmetros apresentados pelo Supremo e fora sancionado pelo governador em janeiro de 2022. Sendo assim, há legislação em vigor regulando essa conjuntura, que é a lei nº 8.576, de 19 de janeiro de 2022.²¹⁵

Dessa forma, o Judiciário, ao manifestar os parâmetros constitucionais sobre a questão da dupla vacância, auxilia os estados a lidar com esse cenário. O dever do Legislativo não é, todavia, suprido com a existência do posicionamento judicial, é preciso que o parlamento dê a devida atenção e regulamente essa lacuna. Nesse caso, além disso, pode-se perceber a atuação dos estados federados como mais um colaborador na questão para a feitura da lei federal, evidenciado a autonomia a eles conferida e reforçando uma atuação conjunta.

Sobre o art. 7º, XXVII, que versa sobre a proteção em face da automação, de igual maneira, existe um projeto em tramitação no Legislativo Federal, como anteriormente citado, porém, ainda não há um desfecho. A temática inevitavelmente foi levada ao Supremo Tribunal Federal, através do Mandado de Injunção 618, originário do Estado de Minas Gerais, em que o impetrante, funcionário de um banco, alegou ter sido dispensado em razão da automação e das inovações tecnológicas, tendo apresentado a comunicação de dispensa que continha conteúdo similar à previsão constitucional.

Embora não tenham sido utilizados os mesmos termos na comunicação de dispensa, o impetrante entendeu se tratar da mesma situação. Todavia, esse não foi o entendimento do STF, que, através da ministra relatora Cármen Lúcia, rejeitou a tese apresentada. Para Melo, Sousa e Oliveira²¹⁶, o entendimento da Corte deve ser visto como equivocados, visto que não se deve adotar uma interpretação isoladamente literal na análise do caso, pois, embora os termos usados na comunicação de dispensa tenham sido um pouco diferentes do que consta na Constituição, a razão fora a mesma, sendo assim, um direito fundamental foi violado pela inexistência da necessária legislação e, diante da sua ausência, pelo entendimento diverso da Corte.

²¹⁴https://sapl.al.al.leg.br/media/sapl/public/materiale legislativa/2021/7352/protocolo_20210708_122210.pdf.

²¹⁵https://sapl.al.al.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2022/2169/lei_no_8.576_de_19_de_janeiro_de_2022_2.pdf.

²¹⁶MELO, Luma Souza de; SOUSA, Jéffson Menezes de; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *A proteção do trabalhador em face das inovações tecnológicas: a emblemática decisão do Mandado de Injunção 618/MG*. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1379_1403.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

Sem dúvidas, a tecnologia só avança e é grande aliada da sociedade, mas o constituinte já previa que esse contexto poderia afetar o trabalhador quando determinou que a legislação fosse criada com o intuito protetivo. Os limites dessa proteção e como será feita é um papel que cabe ao legislador em virtude de determinação constitucional e que é de destacada relevância para a sociedade que aguarda a legislação.

Outro caso apresentado neste estudo é dos impostos sobre grandes fortunas. Tema antigo, com projetos estancados na esfera Legislativa e, recentemente, teve seu debate despertado no Judiciário.

Diante da crise econômica suscitada pela pandemia da Covid-19 o debate sobre a necessidade de criação do mencionado imposto se afluou. O partido político PSOL buscou o STF através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) com o pedido de reconhecimento de inconstitucional omissão do Legislativo em não solucionar a lacuna sobre a temática.

O julgamento da ADO 55 iniciou-se no dia 25 de junho de 2021 e o relator era o ministro Marco Aurélio, o qual manifestou seu voto pelo reconhecimento da omissão. Entretanto, o ministro Gilmar Mendes pediu destaque e o julgamento foi interrompido. Além disso, em virtude da aposentadoria do ministro Marco Aurélio, outro relator deverá ser sorteado para que o julgamento possa ser retomado. Mais um detalhe é que o ministro-presidente do STF poderá manter o voto do ministro Marco Aurélio ou optar por começar o julgamento do zero.²¹⁷

Até o presente momento, ano de 2022, o julgamento não foi retomado. De igual modo, os projetos existentes no Congresso Nacional não tiveram avanços significativos. Sendo assim, observa-se que a solução para a questão ainda encontra-se distante, não sendo definida pelo Legislativo e, na mesma maneira, não tendo avanço na esfera judicial.

Contudo, ainda que a ADO porventura reconheça uma omissão inconstitucional, isso influencia pouco no Poder Legislativo, tendo em vista que o Supremo não pode obrigar a feitura da lei, sendo a eventual decisão de caráter educativo, sinalizador da necessidade de se fazer a legislação, com resultados concretamente pouco expressivos. Como ressalta Gilmar Mendes,²¹⁸ “[a] doutrina constitucional mais moderna considera que o apelo ao legislador configura apenas uma decisão de rejeição de

²¹⁷ <https://www.conjur.com.br/2021-jun-25/suspenso-julgamento-omissao-taxacao-grandes-fortunas#author>. Acesso em: 30 abr. 2022.

²¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1380.

inconstitucionalidade, caracterizando-se essa recomendação dirigida ao legislador como simples *obter dictum*".

Mais um caso a se analisar é sobre a criminalização da homofobia, em que, como citado anteriormente, teve sua discussão nas Casas Legislativas, mas sem avanço concreto. Embora não seja um caso de previsão expressa do constituinte, a prática da homofobia fere claramente os direitos humanos fundamentais e, considerando-se o contexto constitucional, merece uma punição adequada e não genérica.

A questão foi debatida no Supremo, em 2019, com o julgamento da ADO 26 e do MI 4733, em que a Corte reconheceu por oito votos contra três a mora do Legislativo para criminalizar os atos lesivos aos direitos fundamentais de pessoas do grupo LGBTI+1 e ainda determinou que, até que o Congresso elabore a lei específica, atos homofóbicos devem ser tratados como os crimes previstos na lei nº 7.716/89, que versa sobre o racismo, por entender que este não se limita a características biológicas e que vão além para proteger a dignidade humana de grupos vulneráveis.²¹⁹

Essa decisão gerou um grande debate no ambiente jurídico pois, ao definir esses parâmetros, o Judiciário legislou. Não há outra palavra para definir esse atuar judicial. E mais, legislou em matéria penal, o que acentua ainda mais a questão. Sem dúvidas, a criminalização da prática de ato homofóbicos é um tema que merece uma ágil atenção do legislador. Mas, diante da inércia, poderia o STF suprir essa necessidade?

Para Clève *et al*²²⁰, a questão da homofobia é um tema de relevância, porém, a criminalização desses atos não poderia ser oriunda do Poder Judiciário por vários motivos, a começar pela ausência de previsão constitucional que obrigue a criminalização específica desses atos. Além disso, considera que quando o tribunal atua dessa maneira, estaria substituindo a vontade do legislador, que por sua vez, tem suas características políticas, morais, éticas próprias, não podendo ser afastadas pela atuação judicial. Em suas palavras

[...] a CF estabelece a obrigação de criminalizar o racismo, mas a extensão do conceito de racismo para a homofobia ou transfobia é um claro exercício do que se poderia designar de *panhermeneutismo*, sem considerar aqui a ocorrência da absolutamente vedada analogia *in malam partem*. Não há abrigo constitucional para tal.

²¹⁹ <https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia> Acesso em: 1 maio 2022.

²²⁰ CLÈVE, C. *et al*. *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 1 maio 2022.

Os autores ainda ressaltam que o crime de racismo é considerado crime hediondo, que tem caráter lesivo expresso e consequências penais severas. Ao assumir a postura de incluir a homofobia na definição de racismo pode proporcionar um leque vago de crimes que podem ser considerados hediondos e que desencadeiam uma insegurança jurídica, levantando questões do tipo: o que realmente deve ser reconhecido como crime de homofobia? Toda ofensa desse tipo então deverá ser vista como crime hediondo? Se, na esfera do racismo, existe a injúria racial e o crime de racismo, a mesma sistematização deveria ser adotada?

Uma série de dúvidas pode chegar à seara judicial pela amplitude da questão e ausência de uma delimitação esclarecida. Sendo assim, os autores²²¹ deixam claro que se trata de um tema de alta relevância para a sociedade, todavia, quando o STF atua dessa maneira, está agindo em desacordo com o Estado Democrático de Direito, desrespeitando a própria Constituição e não se pode tentar proteger um direito, desrespeitando outros, sendo necessário buscar outros tipos de solução.

Nesse caso, para os que acreditam que a decisão de criminalização da homofobia é um exemplo evidente de ativismo judicial, sustentam que, ao mesmo tempo que o tribunal reconhece a omissão inconstitucional, também reconhece que se refere a uma temática com necessária reserva legal para criação do tipo penal e, mesmo assim, opta por criminalizar a conduta. Isso parece contraditório, já que se, de fato, essa conduta criminosa deve ser considerada como racismo, não haveria necessidade de uma posterior regulamentação sobre a matéria em esfera legislativa, bem como o próprio reconhecimento do princípio da reserva legal demonstra a peculiaridade de se observar esse requisito.²²²

De outro lado, Barroso²²³ entende que, em situações excepcionais, quando a história exige, a Corte deve assumir um papel “iluminista” e citou o caso da homofobia como um desses casos em que o Judiciário deve proceder a um atuar mais proativo, ainda que seja contra a vontade de maiorias, visto que o tribunal precisa ser reconhecido pelo

²²¹ CLÈVE, C. *et al.* *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 1 maio 2022.

²²² PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. *O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF)*. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183/183>. Acesso em: 1 maio 2022. p. 12.

²²³ <https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/criminalizacao-homofobia-exige-iluminismo-stf-barroso>

seu papel representativo, enquanto uma instituição democrática apta a suprir as necessidades sociais que não tenham sido satisfeitas em lapso temporal razoável. A garantia de direitos fundamentais não pode aguardar que o parlamento se conscientize de seus deveres.

Além disso, o ministro entende que esse agir se enquadra na esfera da interpretação constitucional, função típica do Supremo. Para Barroso²²⁴, “não punir da mesma forma a discriminação pela orientação sexual, como se faz com a discriminação religiosa, racial ou a deficientes, seria hierarquizar o sofrimento, as violações de direitos fundamentais”.

No mesmo sentido Lima e Lima²²⁵ compreendem que, ainda que o STF tenha desempenhado o papel de inovar no direito, ainda assim, não teria saído dos limites de sua atuação, de modo que não se pode dizer que a Corte invadiu as funções do Poder Legislativo, pois apenas ampliou sua interpretação sobre uma espécie de preconceito e que se encaixa no que se considerada racismo na busca da proteção de direitos fundamentais e de minorias, em conformidade com o que leciona a Constituição Federal. Dessa maneira, os autores entendem que “pode-se dizer que não há intromissão de um Poder no outro, mas sim de autocomposição do Poder, pois este é uno sendo apenas dividido em três hastes, uma das quais o Judiciário”.

Pode-se perceber, dessa maneira, que se trata de um tema que divide opiniões no meio jurídico, levantando argumentos em ambos os posicionamentos. De toda forma, a decisão do STF é a que vem sendo aplicada até o momento e o Legislativo, ao que parece, prefere não tocar nesse ponto delicado pois, se essa questão divide opiniões de juristas, ela divide ainda mais as opiniões da sociedade e um posicionamento dos atores políticos pode incorrer em prejuízos eleitorais pela discordante opinião social e um desgaste político indesejado.

Isto posto, constata-se que o Poder Legislativo tem a ciência de sua inércia, bem como tem conhecimento de que o Judiciário agiu regulando a questão específica e, mesmo assim, decide por não se posicionar, por não regular a matéria em suas Casas. Entende-se, neste estudo, que isso consiste num episódio de inércia legislativa conveniente e que

²²⁴ <https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/criminalizacao-homofobia-exige-iluminismo-stf-barroso>

²²⁵ LIMA, Scarlett Maria Araújo Marques de; LIMA, Francisco Meton Marque de. *A criminalização da homofobia pela via judicial: uma passagem pelas teorias positivas e críticas*. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/11718>. Acesso em: 1 maio 2022. p. 99.

o Parlamento estrategicamente tolera e aceita a interferência judicial em uma matéria que deveria ser regulada na esfera legislativa.

5 DESEQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A DEMOCRACIA

5.1 DEMOCRACIA SOB UM CENÁRIO DE DESEQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

Com um Judiciário protagonista e os principais debates sociais sob sua análise, alguns questionamentos surgem: quais são os reflexos que a transferência da função legislativa para o Judiciário ocasiona em uma democracia? A soberania popular está sendo violada? Essa concentração de poder fere o equilíbrio democrático?

Em primeiro lugar, quando o legislador constituinte indicou no texto constitucional que, para que alguns direitos pudessem ser exercidos, seria necessário que uma regulamentação pelo legislador constituído fosse feita, essa previsão, em sua maioria, representa um dever e não uma opção ao parlamento. De igual modo que um atuar excessivo deve ser visto como inconstitucional, uma postura omissa também deve ser encarada dessa maneira.

Num ambiente de impedimento de um direito constitucional e com a busca ao Judiciário por uma solução efetiva, observa-se que, ao reconhecer uma omissão inconstitucional através de uma ADO, o STF apenas faz com que o Congresso Nacional tenha ciência do cenário e produza a legislação necessária. Em virtude da independência dos Poderes, não pode o Judiciário emanar ordens à atuação de outro Poder. Na mesma medida em que existe uma omissão, um direito constitucional segue sendo violado.

Além disso, as possíveis causas justificativas da omissão agravam ainda mais a situação, tendo em vista que não acontece por falta de meios, logística, mas sim por critérios políticos. Considera-se, mais especificamente, o critério da conveniência política, de modo que transferir às arenas judiciais temas sensíveis a sociedade e que podem provocar riscos eleitorais aos membros eleitos do parlamento se torna a estratégia mais confortável.

Esse desequilíbrio democrático de um Judiciário que atua em questões que não seriam suas principais atribuições, além de um Legislativo que referenda o posicionamento judicial até onde lhe é conveniente e que opta por desprestigiar o comando da Constituição, desvitaliza o Estado Democrático de Direito.

De igual maneira, a própria sociedade se vê diante de um ambiente confuso por não saber os limites da atividade judicial, passando a criticar cegamente decisões judiciais

que lhe desagradam e, como consequência, minimiza a importância do próprio Poder Judiciário – pilar indispensável em uma democracia –, descredibilizando-o e fomentando ainda mais a tensão entre os Poderes através de discursos de ódio, intolerância e, até mesmo, descumprimento de decisões judiciais.

Ainda a respeito da participação da sociedade, Barcellos²²⁶ defende que existe o direito a um devido processo legislativo e que esse direito faz parte da existência da própria democracia, visto que reflete princípios basilares de publicidade e transparência das atividades públicas. Com esse requisito sendo cumprido, a sociedade se torna apta a participar no controle da atuação pública de seus representantes eleitos.

Sendo assim, o direito a um devido processo legislativo não é um direito dos parlamentares e precisa, sim, ser reconhecido como um direito difuso pertencente à sociedade e garantido constitucionalmente, o qual deve ser respeitado e amplamente noticiado aos cidadãos para que estes tenham seu direito considerado.

Além disso, essas questões políticas chegam na arena judicial como uma consequência. Não é arbitrariamente que o Judiciário resolve se impor e decidir como bem quer, muito menos pode se valer da guarda da Constituição para interpretá-la ilimitadamente. Nesse caso específico sobre as normas de eficácia limitada e omissão constitucional, esses debates invadem o Poder Judiciário por conta da ausência do Legislativo e da latente desobediência à Magna Carta, incorrendo na impossibilidade do exercício de direitos fundamentais.

Entre a impossibilidade do exercício de um direito pelo cidadão e uma interferência judicial no que seria primordialmente dever do Legislativo, Verbicaro²²⁷ entende que não é atribuição do Judiciário elaborar ou afirmar políticas públicas pela simples razão de não ter legitimidade e autorização constitucional para tanto. Excepcionalmente a intervenção judicial pode ocorrer de forma legítima em situações que envolvam ofensa a direitos, princípios e valores estabelecidos pela Constituição. Mas isso em casos esporádicos e não habitualmente.

Ou seja, para a autora, estaria o Judiciário legitimado a atuar em questões políticas em último caso, uma vez que, quando um aspecto político lesiona um direito fundamental, a questão se torna jurídica, justificando-se pelo fato de que a política deve estar alinhada

²²⁶BARCELLOS, Ana Paula. O STF e os parâmetros para o controle dos atos do Poder Legislativo: limitações do argumento das questões *interna corporis*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 2, mai./ago. 2021. p. 452.

²²⁷VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 402.

ao núcleo constitucional essencial e a sociedade não pode ficar à deriva da estratégica agenda política que pauta suas urgências em requisitos subjetivos.

Segundo Vieira²²⁸, “A ideia de que os poderes são independentes e harmônicos, inscrita em nossa Constituição, é um eufemismo, pois sua real disposição é de tensão.”. Isso significa que, para o autor, sempre existirão tensões entre os Poderes e não há uma solução prática para isso, dado que a tensão é intrínseca a essa relação. Em alguns momentos, isso pode se evidenciar mais que em outros, no entanto, não deixará de permear um Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, Avritzer²²⁹ acredita que a democracia no Brasil pode ser caracterizada como “pendular”, isto é, há uma alternância entre momentos com fortalecimento democrático e outros momentos marcados pelo retrocesso, o que demonstra ser a democracia um longo caminho a ser trilhado.

De fato, os tensionamentos podem ocorrer como uma causa natural dos debates democráticos e isso também é saudável a uma democracia, para que se possa evoluir e aprimorar de acordo com as premissas basilares através de discussões produtivas e respeitadas. Todavia, quando identificadas situações que enfraquecem a democracia, não se pode simplesmente aceitar uma contínua ofensa a direitos. Nesse jogo político e jurídico de equilíbrio, a harmonia deve ser vista como um alvo e, embora existam controvérsias, assentir com o desequilíbrio de maneira inerte não é uma escolha democraticamente saudável.

5.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM UMA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA

A teoria sedimentada por Montesquieu e Aristóteles sobre a separação dos Poderes é a base para a clássica separação tripartite em: Executivo, Legislativo e Judiciário. Sua essência perpetua-se de forma consagrada, já que é imprescindível que exista uma diferenciação das funções. Sem essa distinção, não há como atingir um “ideal de boa governança, conseqüentemente, não se cria ambiente institucional para racionalização e controle de poder”²³⁰.

²²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 34.

²²⁹ AVRITZER, Leonardo. *O pêndulo da democracia*. São Paulo: Todavia, 2019. p. 22.

²³⁰ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1478.

No período em que se tinha a concepção de separação dos Poderes de forma estrita, existia uma preocupação em se assegurar da melhor maneira a vontade da maioria por meio dos legisladores. Contudo, a voz do povo pronunciada pelos legisladores era marcada por grupos de força política com reduzido espaço para um controle dessa atuação. Ou seja, a voz do povo era considerada suprema, o que proporcionava ao Legislativo posição de relevo em face dos outros Poderes. Todavia, essa ideia é revista com o sistema de freios e contrapesos, o qual busca impedir excessos e opressões de um poder sobre o outro, especificamente opressões das majorias contra as minorias.²³¹

Com o desenvolvimento desse princípio e da sociedade, surge uma perspectiva contemporânea a essa teoria. A compreensão desse princípio já não abarca mais uma concepção de isolamento entre os Poderes ao garantir a independência. Decerto, o histórico de interferência de um Poder sobre o outro, ou seja, do abuso de poder, produziu uma busca incessante pela independência, porém, não deve ser confundida com um atuar isolado.

A sociedade não tem seu perfil engessado, e, seguindo esse mesmo trilhar, os Poderes devem buscar um desenvolvimento adequado para que não incorra numa defasagem. Surge a necessidade de evolução em seu entendimento, uma necessidade de atuação interligada, para que então os ideais constitucionais sejam alcançados.

Sabe-se que esferas da política e do Direito estão intimamente ligadas quando se trata de Poderes, seja ele qual for. A política deve ter observância ao direito, do mesmo modo que o direito não pode ser visto como alheio à política. O Direito, especificamente o Direito Constitucional, é o norteador de todas as áreas jurídicas, além da bússola para o adequado funcionamento do Estado e das instituições; embora não possam ser unidos em um conceito único, são esferas que precisam ser trabalhadas lado a lado.

Nesse panorama, todos os Poderes são corresponsáveis pela vitalidade democrática. O significado de separação é visto como instrumento de organização de atuação e indicador de limitação desse agir.

Concorda-se com o apontamento de Krell²³² quando alerta para a necessidade de um novo olhar sobre o “dogma ‘separação dos poderes’”, ao observar que, na prática, os

²³¹ GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de frenos y contrapesos*. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2022. p. 9-11.

²³² KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 36, n. 144, out./dez. 1999. p. 241-242.

Poderes Legislativo e Executivo demonstram insuficiente capacidade na garantia das disposições constitucionais por si só. Ainda que parcela da doutrina considere a atuação judicial nesses casos uma afronta ao princípio da separação dos Poderes, essa nova perspectiva trabalha com o contexto factual, que demanda essa evolução conceitual sobre o princípio num sentido de atuação conjunta.

Apesar do Judiciário ser o único Poder a não ser composto por membros eleitos diretamente pelo povo, não significa que devam manter-se desassociados da política. Cappelletti²³³ acredita que a concepção de representatividade popular concentrada apenas nos agentes políticos seria uma idealização equivocada, visto que as Cortes, de igual modo, exercem papel fundamental na representatividade política ao proporcionar um adequado acesso à justiça na perquirição, não apenas de direitos individuais, mas de um complexo de direitos que engloba a participação e o controle de políticas públicas.

Outrossim, o STF ocupa posição de destaque como uma instituição de defesa dos direitos das minorias contra eventuais maiorias que tentam minar os conceitos democráticos. Dessa maneira, Verbicaro²³⁴ aduz sobre a relevância do Judiciário: “Ressalte-se a importante atuação do Poder Judiciário como órgão contramajoritário para a proteção das minorias insulares, é dizer, para a proteção dos direitos fundamentais ante o poder opressivo das maiorias eventuais e seu ímpeto faccionista.”

Dahl²³⁵, de igual modo, mas analisando a realidade norte-americana, acentua sua perspectiva ao sustentar que a Suprema Corte exerce forte influência na “proteção das minorias contra a tirania das maiorias” e que não se pode restringir o desempenho do Judiciário a questões jurídicas exclusivamente, dado o seu perfil político na tomada de decisões relevantes sobre a política nacional.

Segundo Taylor²³⁶, esse viés político do Judiciário, em todo o mundo, é crescente e acaba por ser inevitável não reconhecer o caráter político incorporado pelas Cortes, que é alvo de críticas quando atuam, de certa forma, como legisladores sem eleição. Nas palavras do autor:

²³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 90-110.

²³⁴ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Prefácio de José Eduardo Faria. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 425.

²³⁵ DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, 2009.

²³⁶ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

[...] é preciso reconhecer a importância dessa função política judicial e mais, sua inevitabilidade. Embora o conceito de separação dos poderes conduza a três instituições claramente distintas, as funções judiciais, legislativas e executivas dessas instituições não são caprichosamente separadas em nítidas caixas institucionais como às vezes supomos.

Não se deve considerar a teoria da separação dos Poderes de Montesquieu de maneira estática, tendo em vista que, se assim for vislumbrada, causará um “efeito paralisante às reivindicações de cunho social” e perderá seu próprio sentido de proteger direitos fundamentais de arbítrios e de omissões.²³⁷

Portanto, considerar a clássica ideia do princípio da separação dos Poderes juntamente à nova perspectiva e função desse princípio é salutar à convivência, à evolução da inter-relação entre os Poderes e à manutenção da democracia.

5.3 DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO ESTABILIZADOR DA TENSÃO ENTRE OS PODERES E DO EQUILÍBRIO DEMOCRÁTICO

A teoria sobre os diálogos institucionais tem se evidenciado nos últimos tempos diante da acentuação da tensão entre os Poderes, mas não é uma temática nova. Procedente da evolução da concepção de separação dos Poderes, o estudo sobre essa teoria do diálogo surgiu em 1986, com a pesquisa do americano Alexander Bickel. Este se posicionou à época de maneira inovadora, incluindo o Judiciário como um Poder com participação na política, atinente a fatores externos e sociais, e, sobretudo, destacando a teoria do diálogo institucional. Dessa maneira, a defesa do diálogo institucional busca firmar a ideia de que a Corte deve atuar em suas competências e, quando não lhe for cabível intervir, estimular o diálogo com os outros Poderes e a sociedade para que a questão seja solucionada pela via mais adequada.²³⁸

Outro autor de destaque na temática é Louis Fisher, o qual lançou sua obra em 1988, intitulada em *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Desde o referido ano, defendeu uma ótica inovadora sobre o princípio da separação dos Poderes. Em seu ponto de vista, prevalece a colaboração entre os Poderes e não uma competição sobre quem dará a palavra final, apontando a teoria do diálogo para uma relação

²³⁷ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 88.

²³⁸ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. 224f. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Políticas). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

horizontal, ou seja, de igualdade de poder, sem a existência de uma supremacia judicial ou parlamentar.²³⁹

A perspectiva de ausência de superioridade de um poder sobre o outro também é reforçada por Bateup²⁴⁰, que defende a existência de um equilíbrio no diálogo entre os Poderes, o qual deve ser fundado no respeito mútuo e na parceria. Para a autora, especificamente sobre o Judiciário e o Legislativo, cada Poder pode contribuir de uma maneira peculiar na construção do diálogo, de forma que uma atuação conjunta configura a forma mais eficiente, por serem complementares em suas perspectivas, que beneficiam a sociedade.

Para Gargarella²⁴¹, existem seis elementos decisivos quando se aborda a questão do diálogo institucional. O primeiro deles é a igualdade, no sentido de que, mesmo em nossas peculiares diferenças, concordamos e respeitamos-nos com um mínimo de dignidade. Desse modo, a igualdade representa, no âmbito dos Poderes, a impossibilidade de, injustificadamente, um querer se sobrepor ao outro, o que direciona à essência do princípio da separação dos Poderes. Outro elemento é o desacordo ou a discordância, situação natural em uma sociedade plural e necessária para que haja uma visão ampliada sobre determinada circunstância com a análise de todos os ângulos possíveis, para que se abarque a efetividade constitucional eficientemente. Além disso, as divergências são encontradas analisando os Poderes não só em sua completude, mas também em suas esferas internas, nas quais as diferenças também são notadas.

A inclusão é outro elemento destacado, trazendo a ideia de que a demanda de todos deve ser debatida e discutida, ainda que de minorias. Em seguida, o autor pontua a deliberação, o que significa a oportunidade de debates entre os envolvidos, com um leque de argumentos a serem considerados, como se fosse um “intercâmbio” de ideias na busca por decisões mais efetivas e imparciais. Ainda, como ponto elementar, a discussão deve centralidade no interesse público. Por fim, todos esses elementos devem estar presentes no último elemento apresentado – a existência de um “diálogo aberto, contínuo e

²³⁹ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: Do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

²⁴⁰ BATEUP, Christiane. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>. Acesso em: 22 ago. 2022.

²⁴¹ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021. p. 33 – 37.

inacabado”, o que proporciona a evolução das decisões com o passar do tempo e o progresso social.

Observa-se que a combinação desses elementos apontados por Gargarella proporciona a concepção básica de respeito e tolerância. O diálogo, seja entre Poderes, seja em sociedade, deve ser fincado na tolerância sobre as divergências, na existência de espaços igualitários para a participação de todos, na busca de uma solução que seja justa e equânime.

Em conformidade com a doutrina estrangeira, a defesa por um diálogo institucional ou constitucional é apresentada, de mesmo modo, no cenário brasileiro, tendo em vista que há uma natural disposição de tensão entre os Poderes, e no Brasil não seria diferente. Ainda que com seus desdobramentos próprios, a essência da ideia do diálogo é a mesma.

Nesse sentido, Abboud²⁴² adverte que é de suma importância para o bem-estar democrático a consolidação de um diálogo, tendo em vista que o princípio da separação dos Poderes não deve ser interpretado como um isolamento na atuação entre os Poderes, mas sim estar relacionado a uma ideia de colaboração através do diálogo. Ademais, explica que existem mecanismos para uma melhor concretização quando cita em sua obra os apontamentos de Gilmar Mendes²⁴³ sobre o chamado “apelo ao legislador (*Appellentscheidung*)”, o qual concerne-se num mecanismo em que a Corte informa ao Legislativo que determinado dispositivo poderá ser reconhecido como inconstitucional em razão de uma adversidade posterior, que pode ter caráter fático ou jurídico, apresentando a conjuntura ao Parlamento para que tenha a possibilidade de sanar essa inconstitucionalidade.

Ao utilizar essa técnica, o Judiciário proporciona um diálogo com o Legislativo para o fim comum que é a higidez constitucional, ao mesmo tempo em que proporciona posição de destaque ao legislador, ao torná-lo mais atuante no exercício do controle de constitucionalidade. Além disso, a respeito do controle de constitucionalidade, que é classificado em prévio e repressivo, haveria um peso negativo ao utilizar a expressão “repressivo”, pois promove a ideia de repressão de um Poder sobre outro, o que não é

²⁴² ABOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 646.

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador: *appellentscheidung*: na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 114, p. 473-502, abr./jun. 1992. p. 482 *apud* ABOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 646.

verdade, dado que o sentido que se almeja é de Poderes unidos por um objetivo comum: o cumprimento dos ideais constitucionais²⁴⁴.

Sobre esse instituto alemão (*Appellentscheidung*), Krell²⁴⁵ adverte que, caso fosse adotado, possivelmente não obteria no Brasil os mesmos resultados positivos alcançados na Alemanha, uma vez que os aspectos culturais da sociedade e das relações entre os Poderes são destacadamente diversos. A existência de respeito mútuo entre as instituições é característica essencial no êxito do referido instrumento, e a realidade brasileira ainda não pode ser comparada à alemã nesse quesito. Na esfera pátria, o que se observa muitas vezes é mais uma disputa na prevalência de poder do que uma atuação colaborativa e respeitosa. Para isso, ainda há um trajeto longo a se percorrer.

A mesma concepção de que seja feito uma atuação em conjunto de todos os Poderes e da sociedade é sustentada por Vieira²⁴⁶ quando expõe que

À Justiça, no entanto, não pode ser atribuída a função fundamental de garantir, sozinha, o bom desempenho ou a eficácia da constituição. A eficácia de grande parte das disposições de uma constituição depende da pressão da sociedade, da ação política e de atos de governo. É necessário aprovar leis, cobrar tributos, construir escolas. Ao mesmo tempo há que se cuidar para que a ação do governo não se dê de forma arbitrária e abusiva, em detrimento dos mais vulneráveis. Daí a “instrução” de Holmes, que em muito se assemelha de Rousseau, de que a eficácia da constituição democrática depende sobretudo da organização política dos governados para que os governantes deem a devida atenção aos seus direitos e se conduzam em conformidade com os limites estabelecidos pela constituição.

Desse modo, não necessariamente deve ser reproduzido categoricamente o que o STF manifestar, ao menos que esse seja um ponto de partida para uma discussão produtiva e com resultados que são benéficos à sociedade e à democracia.

Em sua obra sobre a relação do diálogo institucional e o controle de constitucionalidade, Victor²⁴⁷ reforça que, para que haja avanços, é preciso que os Poderes Legislativo e Executivo vislumbrem essa necessidade de diálogo institucional e o potencial que essa nova visão pode proporcionar. Ao lado disso, a academia também deve

²⁴⁴ ABOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 647.

²⁴⁵ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 87.

²⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 130-131.

²⁴⁷ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP). p. 219-254.

aprofundar seus estudos sobre essas questões e apresentar seus resultados aos membros dos Poderes.

Victor²⁴⁸ segue e salienta que o diálogo institucional ressalta os preceitos democráticos do sistema entre política e direito, tendo em vista que a atuação judicial não é prejudicada e, ao mesmo tempo, a participação dos atores políticos eleitos é fomentada na tomada de decisões que englobam direitos fundamentais e realização de políticas públicas. Concorde-se quando afirma que:

Sendo a Constituição um documento também, e sobretudo, político, o diálogo institucional, com a efetiva participação dos demais Poderes no processo de interpretação constitucional, tem tudo para contribuir decisivamente para a construção de significados constitucionais mais ricos e capazes de enfrentar os desafios que o país tem pela frente.

É necessário ter clareza sobre o que representa o diálogo institucional, para que o termo não seja utilizado de maneira equivocada, com intenções destoantes da sua real essência. Cita-se como exemplo a PEC nº 33, de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT/PI), apresentada em 2011. A intenção dela era limitar a atuação do STF, elevando o quórum mínimo para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, assim como determinava que, para que existisse efeito vinculante nas súmulas produzidas pela Corte, deveria haver antes uma aprovação do Poder Legislativo. Ou seja, a intenção dessa proposta era limitar a atividade judicial, concedendo ao Parlamento o poder de dar a palavra final nesse ponto e diminuindo a força do controle de constitucionalidade das leis.²⁴⁹

A PEC nº 33 não foi aprovada, mas é um claro exemplo do tipo de posicionamento legislativo que não representa a intenção de diálogo institucional. Além de ser considerada inconstitucional, sua intenção não era um atuar colaborativo, mas sim uma limitação do desempenho judicial e a prevalência da voz legislativa além dos limites. Na ocasião, firme em sua fala, o ministro Gilmar Mendes pronunciou-se afirmando que, caso a PEC fosse aprovada, “melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal”²⁵⁰, diante da ostensiva inconstitucionalidade da proposta, a qual chegou a ser aprovada pela CCJ,

²⁴⁸ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP). p. 219-254.

²⁴⁹ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>

²⁵⁰ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>.

justamente a comissão com a atribuição de analisar a adequação dos projetos com a Constituição.

Na mesma esteira, recentemente, em junho de 2022, o deputado federal Domingos Sávio (PL/MG) apresentou na Câmara uma PEC que apelidou de “Equilíbrio entre os Poderes”, a qual possibilitaria ao Congresso sustar decisões do STF que não fossem unânimes e que não tivessem transitado em julgado, por meio de decreto legislativo.²⁵¹ Embora apelidada com uma aparência de boas intenções, por dizer buscar o “equilíbrio”, a proposta fere os preceitos democráticos pelo propósito de apurar as decisões do Judiciário, de modo que praticamente apenas aquelas decisões com que o Legislativo concordasse é que vigorariam.

Dessa maneira, a referida PEC não tinha como finalidade o diálogo entre as instituições, uma vez que, para que haja diálogo, é indispensável que exista uma atuação livre e independente dos Poderes. Além disso, “ao permitir cassações de acórdãos não unânimes do Tribunal, o que se instaura não é um diálogo, senão um *monólogo legislativo*, convertendo o Congresso em permanente instância revisora do STF, isto é, em um *Tribunal Congressual*”²⁵². Como consequência, há o enfraquecimento do próprio equilíbrio democrático, da defesa e da garantia direitos fundamentais, com destaque para os direitos das minorias.

Note-se ainda que os dois exemplos apresentados surgem de partidos com ideologias políticas diferentes e que, atualmente, protagonizam um cenário de polarização, mas ambos se assemelham por terem sido propostos em momentos de insatisfação política com a Corte, ou seja, por discordarem de decisões que possivelmente os afetaria negativamente. Tal fato reforça a necessidade de proteção da independência dos Poderes e da preservação da essência da separação dos Poderes, que é evitar abusos.

Ainda, importa mencionar nesse quadro a teoria do constitucionalismo abusivo, que tem como seu precursor David Landau²⁵³. Ele define “*abusive constitutionalism*” como a situação em que mecanismos da própria Constituição são utilizados como instrumentos de mudança com a finalidade de retrocesso democrático. Em vista disso, os

²⁵¹ <https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2022/06/14/grupo-no-congresso-quer-poder-para-anular-decisoes-do-stf.ghtml>.

²⁵² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; LEITE, Glauco Salomão; CONCE, Luiz Guilherme Arcaro. *Diálogos institucionais ou mordaca legislativa? Riscos do silecianamento do STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-20/opiniao-dialogos-institucionais-ou-mordaca-legislativa>. Acesso em: 27 jun. 2022.

²⁵³ LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 24 ago. 2022. p. 195.

ataques à Constituição apresentam-se cada vez menos como golpes, com o uso da força e a ruptura violenta do autoritarismo, e parecem cada vez mais com pequenos movimentos antidemocráticos mascarados de constitucionalidade, que exigem a vigilância de todos os Poderes, instituições e sociedade.

Se esses exemplos de PEC são reflexos da teoria do constitucionalismo abusivo por parte do Legislativo, pode-se mencionar que, de mesmo modo, como alertam Estorilio e Benvindo²⁵⁴, o STF pode ser um agente desse quadro. Nesse sentido, mencionam-se situações em que a Corte atua com sincronicidade, a exemplo do julgamento da medida cautelar na ADPF 402. Com ela, por meio de decisão monocrática, firmou-se que aquele que fosse réu em processo criminal no STF não poderia permanecer na linha sucessória de possíveis Presidentes da República.

A referida decisão rapidamente gerou impactos, ao ocasionar o afastamento, à época, do Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado e, conseqüentemente, um tensionamento entre os Poderes. Esse acontecimento causou manifestação da mesa do Senado pelo descumprimento da decisão judicial. Pouco tempo depois, o julgamento retornou, e os Ministros, em sua maioria, optaram por uma decisão apaziguadora, permitindo que o Presidente do Senado continuasse a exercer suas funções, mas sem a possibilidade de assumir, ainda que temporariamente, a função de Presidente da República.

Todavia, a inicial postura da Corte refletiu no trabalho legislativo do Senado, que, diante de seus espaços de discricionariedade, optou por pautar projetos de lei desfavoráveis ao Judiciário, ressaltando a presença protagonista do Judiciário no jogo político. Portanto, “[n]egar a existência de possíveis estratégias políticas nessa correlação de forças é assumir a ingenuidade na análise de comportamentos humanos e de movimentações institucionais”.²⁵⁵

Por conseguinte, a concepção de diálogo não é restrita às instituições democráticas, vai além disso: a participação da sociedade é de suma relevância na efetivação dessa busca em conjunto. De fato, existem mecanismos de participação da

²⁵⁴ ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. *O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo*. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-ec2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553. Acesso em: 28 ago. 2022. p. 181 – 183.

²⁵⁵ ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. *O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo*. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-ec2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553. Acesso em: 28 ago. 2022. p. 183.

sociedade com os Poderes. No Legislativo temos como exemplo a iniciativa popular e as audiências públicas. No Judiciário, menciona-se o *amici curiae*. Porém, como alerta Gargarella²⁵⁶, é preciso que esses instrumentos sejam levados a sério e não estejam presentes apenas formalmente. Deve existir o diálogo, a interação e a atenção ao que é apresentado pelo cidadão, seja para aceitar, seja para rejeitar justificadamente o que se propõe.

Mesmo com a existência desses instrumentos de interação com a sociedade, sugere-se, neste estudo, a criação de um Fórum Legislativo Anual, com abordagem dos principais projetos debatidos na respectiva Sessão Legislativa, ou seja, em cada ano de trabalho de uma Legislatura. Também recomenda-se ser concedido espaço para o debate de temas relevantes na esfera legislativa para o aprimoramento de sua atividade, como sugestões de melhorias de organização e celeridade, com a participação da sociedade, da academia, dos outros Poderes e das instituições democráticas. Ademais, reconhece-se como essencial ser firmado o compromisso das instituições com a concretização dos resultados discutidos no evento, visto que é preciso materializar as ações. Além disso, o Poder Legislativo pode criar instrumentos normativos que realmente incentivem o diálogo, diferentemente dos dois exemplos de PEC apresentados aqui, que, em sua natureza, não representavam o diálogo institucional.

Ainda que a centralidade desta pesquisa esteja nos Poderes Legislativo e Judiciário, é válido salientar que, naturalmente, a ideia de diálogo institucional engloba igualmente o Poder Executivo. Os Poderes são comparados a uma engrenagem de três peças essenciais, e a ausência de uma delas interrompe o funcionamento da máquina democrática. O dever de cooperação é contrário a ataques infundados contra às instituições, assim como a disputas e rivalidades. Discordâncias ideológicas devem ser tratadas com seriedade e balizadas na Constituição. A Carta Magna é o parâmetro e a primazia. Assim, dentro desse parâmetro, existe um leque de entendimentos aceitáveis. O diálogo trabalha para que haja o entendimento mais adequado à sociedade.

Com isso, compreende-se que, diante do tensionamento entre os Poderes e a manutenção da higidez democrática, deve-se ter como ideal norteador a colaboração, a participação e o diálogo entre os Poderes, o qual deve ser abarcado pela indispensável participação da sociedade, pois, assim, será possível manter o equilíbrio democrático. À

²⁵⁶ GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de frenos y contrapesos*. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2022. p. 18 – 20.

sociedade não cabe apenas o exercício democrático através do voto, sua participação ativa influencia nos julgamentos, na elaboração de projetos de lei, no posicionamento adotado por seus representantes eleitos. Concorde-se com o que afirma Abboud²⁵⁷, quando diz que “Em uma democracia constitucional, direitos e deveres constitucionais impõem ao cidadão um status de constante atividade enquanto indivíduo e partícipe de um processo político democrático”.

Dessa forma, a existência de uma acessibilidade entre os Poderes, para que haja um diálogo na busca por soluções em conjunto com a sociedade solidifica a força democrática e atua na melhor concretização dos direitos fundamentais, sejam eles já existentes ou os que ainda estão pendentes de regulamentação, principalmente em tempos modernos de avançadas evoluções tecnológicas e sociais.

O contexto apresentado neste estudo, de normas ainda pendentes de regulamentação pela inércia legislativa, poderia ser amenizado se o parlamento brasileiro direcionasse uma maior atenção a essas disposições e às decisões judiciais que declaram a omissão inconstitucional. É preciso enxergar as decisões judiciais não como uma afronta, e sim como um fator colaborativo na perquirição de uma melhor atuação em conjunto.

Não se pode desprezar o trabalho dos juristas que compõem a mais alta Corte do Judiciário brasileiro quando, após uma análise aprofundada, sinalizam o Legislativo para a feitura de uma lei. Não deve ser visto como uma ordem, mas sim como um lembrete da sociedade sobre a necessidade de determinada norma. Afinal, o Judiciário somente se manifesta se necessariamente for provocado para tanto, o que realça, possivelmente, uma maior urgência de regulação.

De igual modo, é preciso que o Judiciário saiba os limites de sua atuação, para que desconfortos desnecessários não sejam criados, alargando o afastamento entre as instituições e criando um clima de disputa por poder. Até porque, em sua esfera de atuação, o Legislativo não está vinculado às decisões judiciais, podendo legislar de maneira diferente, desde que respeitada a Constituição.

Portanto, quando o Legislativo opta por adotar uma postura omissa diante dos mandamentos constitucionais, comete uma inconstitucionalidade com caras consequências ao sistema democrático. Contudo, é um cenário que pode ser revertido

²⁵⁷ ABBLOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1573.

com o empenho do Legislativo em buscar soluções para isso, trabalhando em sua esfera interna por melhorias na prioridade dos projetos a serem pautados e na cooperação entre os próprios membros. Na esfera externa, sem dúvidas, o diálogo institucional é o protagonista com base na concepção contemporânea de separação dos Poderes, que é de cooperação. Ao pensar dessa forma, os Poderes e as instituições alcançarão resultados mais eficientes, e a sociedade será a maior beneficiada, por viver numa democracia segura e eficaz no exercício de seus direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou trazer um panorama do cenário de direitos fundamentais pendentes de regulamentação pelo Poder Legislativo, ao problematizar de que modo a democracia é afetada com a ausência de um Legislativo proativo no cumprimento dos mandamentos constitucionais para a realização dessas regulamentações e, como consequência, de que maneira a interferência da atuação judicial no preenchimento dessas lacunas pode refletir no desenho democrático.

A análise feita desde a própria origem do princípio da separação dos Poderes traz a sua clássica disposição e demonstra a importância de uma divisão de tarefas entre os Poderes e suas instituições para um aprimorado funcionamento do Estado Democrático de Direito com a essência da limitação de poder, sendo respeitadas a autonomia e independência de cada um individualmente.

Todavia, com o desenvolvimento da pesquisa, demonstrou-se que essa separação não quer dizer isolamento das esferas. Pelo contrário, a divisão de funções ocorre com a finalidade de eficiência para o alcance dos preceitos constitucionais, o que demanda dos Poderes e suas respectivas instituições a consciência de uma necessária atuação colaborativa e conjunta, e é essa a representação desse princípio. Não deve existir uma disputa para decidir qual Poder prevalecerá ou expressará a última palavra. Aliado a isso, o sistema de freios e contrapesos almeja o equilíbrio democrático. Com ele, cada Poder age em sua esfera de atuação, designada constitucionalmente, e tem os outros Poderes como aliados em um mesmo propósito.

A sociedade também é trazida para a discussão diante dos seus direitos e, principalmente, deveres de exercício democrático, que não se limita apenas a escolhas de seus representantes políticos, mas é pautado no dever contínuo de participação, a exemplo da possibilidade de proposição de projetos de lei de iniciativa popular, bem como as hipóteses de referendo e plebiscito. Além disso, outras formas são igualmente relevantes, como a participação em audiências públicas na discussão de políticas públicas, na fiscalização dos atos dos membros dos Poderes e a garantia processual na busca por seus direitos, como, por exemplo, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Nesse estudo delimitou-se ao aprofundamento sobre os Poderes Legislativo e Judiciário e, por isso, tratou-se cada um deles em um capítulo específico, compreendendo suas peculiaridades e como essa inter-relação é pautada no cenário brasileiro, em que se

verificou que o Legislativo age de maneira estratégica quando opta por se omitir na regulamentação de direitos, ou seja, aos atores políticos, é mais confortável não tocar no debate de questões sensíveis à sociedade a fim de transferir essas questões à arena judicial. Percebe-se que se cria uma zona de conforto legislativo no Parlamento brasileiro, de modo que assuntos caros e capazes de despertar entendimentos desconformes na sociedade são evitados e implicitamente direcionados ao Poder Judiciário.

Além disso, a respeito do Legislativo, foi observado que não há uma sistemática clara sobre alguns pontos do processo legislativo, tendo em vista que há um amplo espaço discricionário aos membros da mesa diretora de suas Casas. Ou seja, não existem parâmetros de fácil compreensão sobre o que será pautado e sobre quais os critérios e as prioridades estabelecidos. O andamento de projetos de lei relevantes e, em especial, os projetos que regulam os direitos ainda pendentes de regulamentação ficam dependentes de fatores desconhecidos.

Diante do basilar princípio constitucional da publicidade e da eficiência, é preciso que as Casas Legislativas reflitam sobre essa conduta e busquem avançar em seu atuar para maiores segurança jurídica e estabilidade institucional. As instituições legislativas, embora tenham a política predominante, não podem olvidar-se da bússola de todo o sistema, que é a Constituição.

Observou-se, ainda, que uma série de direitos continua sem sua devida regulamentação, mesmo após mais de três décadas de previsão constitucional. Um único direito que deixa de ser regulamentado representa milhares de cidadãos limitados em seu exercício.

Em vista dessa lacuna legislativa, essas demandas são levadas à esfera judicial, a qual se encontra em uma posição paradoxal, uma vez que, ao mesmo tempo que tem a função de guarda da Constituição e trabalha pela proteção de direitos fundamentais, igualmente deve analisar os limites de sua própria atuação que tem se destacado como protagonista no desenho institucional na regulação de direitos e na concretização de políticas públicas.

Nesse contexto, a atuação judicial é alvo de críticas com diversas visões. Acerca do ativismo judicial, existem diversos graus de aceitação na doutrina. Há quem o designe sempre como um mal ao sistema democrático, e outra parte considera ser favorável. Existe também uma concepção moderada de sua existência, com a imposição de limites, a qual considera-se nesta pesquisa, diante do atual contexto, a mais adequada, porque acreditar que uma sistemática mude de um dia para o outro chega a ser uma utopia.

Claramente, o ideal é que o Poder Legislativo eficientemente aja em seus deveres impostos constitucionalmente para sanar as lacunas legislativas existentes. Contudo, factualmente, isso parece ser algo não tão fácil de se solucionar, e a sociedade tem pressa no exercício de seus direitos.

Essa posição em que se encontra o Judiciário, que é alvo de críticas, não advém de um ato de usurpação de poder ou, ao que parece, da intenção de tornar-se um poder soberano. Diversos fatores contribuem para o perfil a ser construído pelas Cortes, como a própria característica de vasta previsibilidade de direitos no texto constitucional, que direciona as controvérsias para a Corte. Além disso, quando o Legislativo opta por não regulamentar determinado direito, concede espaço e propicia conscientemente o atuar judicial.

De certa forma, percebe-se que o STF pode, por vezes, ser utilizado como um mecanismo de interesse político. Quando não é vantajoso discutir uma temática na arena política, aceita-se a intervenção judicial. Por outro lado, quando a decisão judicial não é agradável politicamente, nota-se a eficiência legislativa para a derrubada do entendimento da Corte. Nesse descompasso, os limites de atuação judicial também ficam incertos, e excessos podem ser cometidos.

A ausência de uma busca por entendimentos aflora a atual tensão entre os Poderes, o que reflete na higidez e no equilíbrio democráticos. Ao passo que um Poder se torna protagonista, os outros são enfraquecidos, e a própria democracia é desvitalizada, resultando em insegurança jurídica e desconfiança social nas instituições. O primeiro passo a ser trabalhado perante essas adversidades é o conhecimento e a conscientização. É fundamental conhecer as fraquezas presentes em nossa democracia e ter consciência da necessidade de mudar o que não está de acordo com os preceitos democráticos.

Entender, questionar, investigar, compreender, ouvir. O diálogo institucional destaca-se como o fio condutor de estabilização democrática e como a solução para o apaziguamento dessa tensão e uma melhor efetivação de direitos, ressaltando a importância de um alinhamento entre os Poderes, de modo que atuem em colaboração pelo mesmo ideal. Isso não quer dizer unanimidade de pensamentos, já que não existe unanimidade nem sequer entre os membros de uma mesma instituição.

As diferenças são necessárias para a evolução. Quando elas estiverem alinhadas a um diálogo aberto e respeitoso entre as instituições, com a indispensável participação da sociedade, é que se poderá chegar mais longe. Com isso, será possível entender o princípio da separação dos Poderes sob uma perspectiva de cooperação mútua, em busca

do fim maior: o pleno exercício e a garantia dos direitos fundamentais e dos preceitos que regem o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ABREU, Pedro Manoel. **A politização do Judiciário e a juridicização do político na sociedade contemporânea: o significado da interpretação e o papel dos juízes na criação do Direito, em tempos de democracia deliberativa**. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/9416>. Acesso em: 26 de ago. de 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Brasil: Malheiros Editores, 2017.

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**. Cidade, v. 13 n. 3. set. 2020, p. 284-304.

ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. **Poder Judiciário de Política: o dilema do constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Alexy: esboço e críticas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165 jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/273/R165-11.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 6 set. 2019.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: Influência sobre atos Interna Corporis do Congresso Nacional – 2021**. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6012/1/Joao%20Carlos%20Medeiros%20de%20Aragao.pdf>. Acesso em: 31 de mar. 2022.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Parlamentos Comparados: Visão Contemporânea Estados Unidos da América, Espanha, França e Brasil**. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/6084>. Acesso em: 15 de ago. de 2022.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e suas finalidades políticas. **Revista de Direito Administrativo**, Cidade, v. 255, p. 115-143, 2010.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia**. São Paulo: Todavia, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direito e política**. Silêncio do legislador, interpretação e analogia. Jurisdição constitucional e política. Coordenação Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula. **O STF e os parâmetros para o controle dos atos do Poder Legislativo**: limitações do argumento das questões interna corporis. v. 8, n. 2. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais: 2021.

BARBOSA, Ruy. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224197>. Acesso em: 29 de março de 2021.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Judicialização da política: um fenômeno jurídico ou político?** Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/290/143>. Acesso em: 28 de ago. de 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; LEITE, Glauco Salomão; CONCE, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogos institucionais ou mordaca legislativa? Riscos do silecianamento do STF. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-20/opiniaio-dialogos-institucionais-ou-mordaca-legislativa>. Acesso em: 27 de junho de 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e Constituição:** direito e políticas públicas num mundo em transformação. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 29 dez. 2021.

BATEUP, Christiane. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue.** Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>. Acesso em: 22 de ago. de 2022.

BAZÁN, Víctor. **Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Bogotá:** Fundación Korand Adenauer, 2014.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **O papel da política na atuação das cortes supremas:** uma comparação entre Brasil e México. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/N45xZ7NCQTYnc6s97mfKggg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 9 de jul. de 2022.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente:** algumas considerações sobre o caso brasileiro. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/474/r142-06.PDF?sequence=4>. Acesso em: 3 mar. 2022.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política:** uma relação difícil. Luan Nova [online]. N° 61, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002>. Acesso em: 10 de março de 2021.

BIAS, Rafael Borges de Souza. Direito fundamental à greve e a Constituição de 1988. **RIL**, Brasília v. 55 n. 219 jul./set. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p263.pdf. Acesso em: 16 out. 2019.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade. **Fragmentos de um dicionário político.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira; posfácio Celso Lafer. 23 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional:** pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. 393 f. 2008.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5128/1/2008_PauloGustavoGonetBranco.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de junho de 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Lei do Mandado de Injunção fortalece controle de omissões inconstitucionais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/observatorio-constitucional-lei-mandado-injuncao-fortalece-controle-omissoes>. Acesso em: 9 de jul. de 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CEZAR, Frederico Gonçalves. **Valores constitucionais de proteção do trabalhador em face da automação: Análise Tópica dos Argumentos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 – 1988**. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/35368/1/2019_FredericoGoncalvesCezar.pdf. Acesso em: 15 de ago. de 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CLÈVE, C. *et al.* Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 1 de maio de 2022.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **O Supremo Tribunal Federal e o controle das omissões legislativas**. Out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-30/constituicao-supremo-tribunal-federal-controle-omissoes-legislativas>. Acesso em: 15 out. 2019.

COSTA, Alexandre Araújo. **Judiciário e interpretação: entre direito e política**. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2448/pdf>. Acesso em: 29 de dezembro de 2021.

COSTA, Alexandre Araújo. **O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada**. Disponível em: https://www.academia.edu/4848587/O_PODER_CONSTITUINTE_E_O_PARADOXO

[DA SOBERANIA LIMITADA Revista Teoria and Sociedade 19 1](#). Acesso em 18 de abr. de 2022.

CYRINO, André; NUNES, Daniel Capecchi. **A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional; Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 175 – 198, out./dez. 2017.

DAHL, Robert A. **Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como entidade formuladora de políticas nacionais**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>. Acesso em 10 jan. 2022.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção no controle de constitucionalidade**. Disponível em: https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/2_ativismo%20soltas.pdf. Acesso em: 16 de abril.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação da comunidade em órgãos da administração pública**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13074/14876>. Acesso em 12 de novembro de 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. - 3ª. Ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. **O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo**. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-ee2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553. Acesso em: 28 de ago. de 2022.

FRIEDMAN, Barry. **Taking Law Seriously**. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/perspectives-on-politics/article/abs/taking-law-seriously/D52A606C0602DBB44D26B24CE382902A>. Acesso em: 19 de abr. de 2022.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho como una conversación entre iguales**. – 1ª ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de frenos y contrapesos**. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Acesso em: 23 de ago. de 2022.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge University Press, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

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

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia - As origens e consequências do novo constitucionalismo**; Tradução Amauri Feres Saad. Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts**. Disponível em:

<https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>.

Acesso em: 26 jan. 2022.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

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

KERCHE, Fábio. **Independência, Poder Judiciário e Ministério Público**. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ccrh/a/kSYHDwYPgDZPZ7S7TZbRwfy/?lang=pt&format=pdf>.

Acesso em: 26 de ago. de 2022.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KRELL, Andreas. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos: o exercício da cidadania *jurídica* como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Org: Enoque Feitosa [et al]. Volume 2. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. p.. 136-13

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). Brasília, Revista de informação legislativa, 36, n. 144 out./dez. 1999. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>. Acesso em: 30 mar. 2022.

KENNEDY, Duncan. **Libertad y restricción en la decisión judicial**. 19 ed.

Colômbia: Ediciones Uniandes, 1999. Disponível em:

[http://duncankennedy.net/documents/Photo%](http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Libertad%20y%20Restriccion%20en%20la%20Decision%20Judicial_Estudioso%20Introductorio.pdf)

[20articles/Libertad%20y%20Restriccion%20en%20la%20Decision%20Judicial_Estudioso%20Introductorio.pdf](http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Libertad%20y%20Restriccion%20en%20la%20Decision%20Judicial_Estudioso%20Introductorio.pdf). Acesso em: 22 out. 2019.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. Disponível em:

https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 24 de ago. de 2022.

LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JUNIOR, Nelson. (coordenadores). **Crise dos Poderes da República: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: Do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários**. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rinc/a/hcqkLTTLsNF978NGqhY4SCM/abstract/?lang=pt#>.

Acesso em 16 de abril de 2022.

LIMA, Scarlett Maria Araújo Marques de; LIMA, Francisco Meton Marque de. **A criminalização da homofobia pela via judicial: uma passagem pelas teorias positivas e críticas**. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/11718>.

Acesso em 1 mai. 2022.

LLANOS, Mariana; LEMOS, Leany. Presidential preferences? The Supreme Federal Tribunal nominations in democratic Brazil. **Latin America Politics and Society**, Cidade, v. 55, 2013, p. 77-103.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. 2016. Disponível em:

https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisidicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELO, Luma Souza de; SOUSA, Jéffson Menezes de; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **A proteção do trabalhador em face das inovações tecnológicas: a emblemática decisão do Mandado de Injunção 618/MG**. Disponível em:

https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1379_1403.pdf. Acesso em: 29 de abr. de 2022.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 224f. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Políticas). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em:

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

MENDES, Conrado Hübner. **Is all about the last word?** Deliberative separation of Powers 1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911822. Acesso em: 8 de mar. de 2022.

MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas**. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em 19 de abr. de 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. Brasília, Revista de informação legislativa, n. 32, abr./jun. 1995. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176316/000497008.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 out. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do espírito das leis. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010, p. 1689-1755.
MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em: 14 out. 2019.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais do poder**. 27 out. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 15 out. 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. **Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências**. Acesso em: 29 de mar. de 2022. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>.

OLIVEIRA, Helder; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Princípio da simetria e processo legislativo estadual: em busca da autonomia perdida. Disponível em: <https://revista.anpal.org.br/wp-content/uploads/2020/11/REVISTA-ANPAL-PRINCIPIO-DA-SIMETRIA-E-O-PROCESSO-LEGISLATIVO-ESTADUAL-em-busca-da-autonomia-perdida.pdf>. Acesso em 13 de ago. 2022.

PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). Disponível em:

<https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183/183>. Acesso em 1 mai. 2022.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Tradução Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. **Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/7PMBYWqVLs4GBPHTQ7CsTGK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 31 de mar. 2022.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. **Preferências, Estratégias e Motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre o comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro**. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944518006>. Acesso em: 16 abr. 2022.

ROCHA, Mário Oliveira. Pragmatismo jurídico, ativismo judicial e política pública. **Cesmac**, v. 1, n. 2, 2012. Disponível em: <https://revistas.cesmac.edu.br/index.php/refletindo/article/view/85>. Acesso em: 16 out. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_armo_sampaio_rossi.pdf. Acesso em: 28 set. 2019.

SANTOS, Fabiano; CANELLA, Júlio. Comissões Permanentes, Estrutura de Assessoramento e o Problema Informacional da Câmara dos Deputados do Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, p. 73 – 77. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed., rev. e atual./até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.0.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política**: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Acesso em: 29 de mar. Disponível em:
<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/ENTRE%20O%20ATIVISMO%20E%20A%20JUDICIALIZAÇÃO%20POLÍTICA%20-%20STRECK.pdf>.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, 2000.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, nº 2, 2007, p. 229-257.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 286f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em:
http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3616/1/2006_Andr%c3%a9%20Rufino%20do%20Vale.pdf. Acesso em: 12 set. 2019.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: Um estudo sobre a deliberação dos Tribunais Constitucionais. Disponível em:
https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf. Acesso em: 9 de jul. de 2022.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. / Loiane Prado Verbicaro; prefácio de José Eduardo Faria. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VERONESE, Alexandre. **A judicialização da política na América Latina**: panorama do debate teórico contemporâneo. Acesso em: 29 de mar. Disponível em:
http://escritos.rb.gov.br/numero03/FCRB_Escritos_3_13_Alexandre_Veronese.pdf.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre STF e o Congresso Nacional. – São Paulo: Saraiva, 2015. – (Série IDP).

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pdf>.
Acesso em: 11 mar. 2022.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on intitutions. Second print.
Harvard University Press, 2016.