

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU  
MESTRADO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA**

**LUIS FERNANDO CORÁ MARTINS**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA:  
Uma Análise do Papel do Supremo Tribunal Federal no Contexto da  
Separação dos Poderes.**

**RIBEIRÃO PRETO-SP  
2022**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento  
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

MARTINS, Luis Fernando Corá, 1993-  
M386c Constituição e democracia : uma análise do papel do Supremo  
Tribunal Federal no contexto da separação de poderes / Luis Fernando  
Corá Martins. – Ribeirão Preto, 2022.  
124 f.

Orientador: Prof. Dr.º Rafael Tomaz de Oliveira.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Mestrado em direitos coletivos e cidadania, 2022.

1. Brasil. Constituição. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3.  
Democracia. 4. Separação de poderes. II. Título.

CDD 340.1

**LUÍS FERNANDO CORÁ MARTINS**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DO PAPEL DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade de Ribeirão Preto para  
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

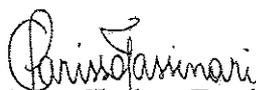
Data da defesa: 07 de outubro de 2022

Resultado: Aprovado

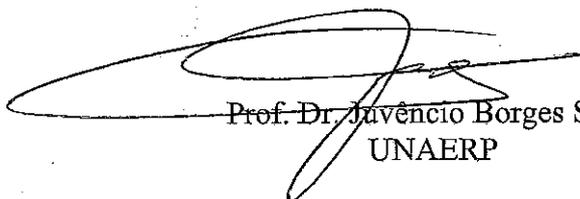
**BANCA EXAMINADORA**



Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira  
Presidente/UNAERP



Profa. Dra. Clarissa Tassinari  
Unisinos



Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva  
UNAERP

RIBEIRÃO PRETO  
2022

*Dedico este trabalho a minha mãe Liliana Aparecida Corá que sempre lutou arduamente para me proporcionar a melhor educação e pelas suas grandes lições de amor, fé e determinação, que me fizeram alcançar mais esta importante conquista em minha vida.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiro a Deus que, diante da sua infinita bondade, me proporcionou todos os meios necessários para que eu pudesse chegar até aqui.

Agradeço o meu orientador, Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira, pelo auxílio e os ensinamentos transmitidos no decorrer da produção deste trabalho, bem como pela confiança e liberdade concedida na sua elaboração.

Agradeço a minha família por todo o apoio dado ao longo desta caminhada, especialmente a minha mãe Liliana Aparecida Corá, que incansavelmente sempre foi a minha maior incentivadora.

Agradeço aos meus professores e colegas do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, que foram essenciais para o meu progresso na vida acadêmica.

## RESUMO

Esta pesquisa trata-se de uma análise, sob a perspectiva constitucional, das funções do Supremo Tribunal Federal no contexto da separação dos poderes, especialmente no que se refere as suas atribuições mais abstratas e constituídas de subjetividade. O propósito foi verificar se a Suprema Corte brasileira tem interferido em situações que deveria ter uma autorrestrrição, posto que também deve, nos limites da Constituição Federal, respeitar a autonomia e as decisões dos demais Poderes. As razões que justificam este estudo têm como fundamento deliberar a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal que cada vez mais ganham proporções políticas e alcançam progressivamente uma importância na sociedade brasileira. Com esse intuito a avaliação buscou delimitar as principais funções que caracterizam as incumbências institucionais da Corte. Dentre as funções analisadas verificou-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer uma função política, além de desempenhar também uma função contramajoritária e dispor de uma margem de discricionariedade nos seus vereditos. Para completar, a investigação contemplou a impossibilidade de atribuir uma representatividade aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, constatou critérios para a judicialização de políticas públicas e firmou críticas através de uma base teórica ao fenômeno do ativismo judicial. Todas essas questões foram elucidadas utilizando-se como método uma abordagem qualitativa, com natureza teórica, cujo os propósitos são exploratórios e explicativos, dos quais foram desenvolvidos por meio de revisão bibliográfica e análise de casos selecionados por alguma repercussão social. Assim, valendo-se de preceitos bibliográficos de especialistas, uma base conceitual foi adotada com o objetivo de proporcionar um aporte teórico necessário para posteriormente desempenhar um levantamento de dados por meio de consultas a julgados. No final, o estudo se propôs a confrontar os ensinamentos teóricos com os casos concretos constatados na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, no qual ficou demonstrado que o Supremo Tribunal Federal, com base nas suas funções política e contramajoritária, pode intervir nos outros Poderes quando direitos constitucionais sensíveis e direitos fundamentais forem violados. Essa prerrogativa que a Corte brasileira dispõe se aplica até mesmo aos direitos individuais em face de interesses de uma maioria, porém, por não possuírem uma função de representatividade, os Ministros não podem interferir nos outros Poderes quando nenhuma dessas garantias constitucionais forem desrespeitadas.

**Palavras-chave:** Constituição; Supremo Tribunal Federal; Atribuições; Limites; Separação dos Poderes; Democracia.

## ABSTRACT

This research is about an analysis, from the constitutional perspective, of the functions of the Federal Supreme Court in the context of separation of power, especially in what refers to its more abstract attributions and constructed with subjectivity. The purpose was to verify whether the Brazilian Supreme Court has interfered in situations that should have a self-restriction, since it must also, within the limits of the Federal Constitution, respect the autonomy and decisions of the other Powers. The reasons that justify this study are based on deliberating on the decisions of the Federal Supreme Court that increasingly gain political proportions and progressively reach an importance in Brazilian society. For this purpose, the evaluation sought to delimit the main functions that characterize the Court's institutional duties. Among the functions analyzed, it was verified the possibility of the Federal Supreme Court exercising a political function, in addition to performing a countermajoritarian function and having a margin of discretion in its verdicts. To complete, the investigation contemplated the impossibility of attributing a representativeness to the Ministers of the Federal Supreme Court, found criteria for the judicialization of public policies and established criticisms through a theoretical basis to the phenomenon of judicial activism. All these questions were clarified using a qualitative approach, with a theoretical nature, whose purposes are exploratory and explanatory, which were developed through bibliographic review and analysis of selected cases due to some social repercussion. Thus, using the bibliographic precepts of specialists, a conceptual basis was adopted with the objective of providing the necessary theoretical support to later carry out a data collection through consultations with judgments. In the end, the study proposed to confront the theoretical teachings with the concrete cases found in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, in which it was demonstrated that the Federal Supreme Court, based on its political and countermajoritarian functions, can intervene in other Powers when sensitive constitutional rights and fundamental rights are violated. This prerogative that the Brazilian Court has applies even to individual rights in the face of the interests of a majority, however, as they do not have a representative function, the Ministers cannot interfere in the other Powers when none of these constitutional guarantees are disrespected.

**Keywords:** Constitution; Federal Supreme Court; Attributions; Limitations; Separation of Powers; Democracy.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 A FUNÇÃO POLÍTICA DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA</b> .....	<b>13</b>
2.1 PAPEL DO STF NA DEMOCRACIA BRASILEIRA SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	22
2.2 MODO DE COMPOSIÇÃO E REGRAMENTOS DA SUPREMA CORTE .....	26
2.3 DA ATRIBUIÇÃO COMO CORTE CONSTITUCIONAL .....	29
<b>3 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO JUDICIÁRIO E UMA INFUNDADA ALUSÃO À FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO STF</b> .....	<b>32</b>
3.1 FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA E OS SEUS LIMITES PARA NÃO INCIDIR NA “JURISTOCRACIA” .....	33
3.1.1 Princípio da Harmonia Entre os Poderes da República.....	37
3.1.2 A Teoria do Sistema de Freios e Contrapesos .....	39
3.1.3 Princípio da Supremacia da Constituição.....	40
3.1.4 Controle de Constitucionalidade.....	42
3.1.5 Circunstâncias que Definem a Função Contramajoritária.....	45
3.2 UMA INFUNDADA ALUSÃO À FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO STF .....	48
3.2.1 Concepções Acerca da Democracia Representativa .....	52
3.2.2 Diferenças entre Função Política e Função Representativa .....	55
<b>4 A TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO ÂMBITO DO STF E SUAS CONTRADIÇÕES</b> .....	<b>58</b>
4.1 O DEBATE JURÍDICO-CIENTÍFICO ENTRE HART E DWORKIN QUANTO A ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA DOS MAGISTRADOS .....	60
4.2 OS DESACORDOS POLÍTICOS NA CONCEPÇÃO DE UMA DECISÃO JUDICIAL SEGUNDO DWORKIN .....	63
4.3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA DENTRO DA MOLDURA – UMA TEORIA SUSTENTADA POR Kelsen.....	64
4.4 DA PRIMORDIALIDADE DE FUNDAMENTOS JURÍDICOS NAS DELIBERAÇÕES DO STF .....	66

<b>5 A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO JUDICIAL COMO RESULTADOS DA RESISTÊNCIA DO PODER PÚBLICO EM CAUSAS SENSÍVEIS .....</b>	<b>70</b>
5.1 A INEFICIÊNCIA ESTATAL E O COMEÇO DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL. ....	74
5.2 A ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL E SEUS PROVÁVEIS MALEFÍCIOS PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA .....	77
5.2.1 As Eminentes Ameaças para a Legitimidade Democrática .....	84
5.2.2 Os Principais Perigos de uma Politização da Justiça .....	87
5.2.3 Uma Análise da Teoria da Capacidade Institucional Judiciária .....	89
5.3 OS EFEITOS PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA DEVIDO ÀS RECORRENTES INTERVENÇÕES JUDICIAIS EM PAUTAS DE REPRESENTATIVIDADE .....	91
5.3.1 Precedentes Jurisprudenciais de Relevância .....	94
5.3.2 A consecutiva Inércia dos Demais Poderes em Causas Sensíveis .....	99
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>107</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>110</b>
<b>ANEXO 01 .....</b>	<b>118</b>
<b>ANEXO 02 .....</b>	<b>124</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A importância deste trabalho está em retratar como o Supremo Tribunal Federal, por meio da jurisprudência, pode interferir na democracia brasileira julgando e estabelecendo conceitos oriundos de uma função de representatividade. Diante disso, tem-se a necessidade de uma avaliação científica para analisar os limites, a legitimidade e as consequências desses fenômenos.

A intenção é verificar, inclusive através de casos de repercussão, se essa atuação tem sido devida, e, ao mesmo tempo, observar os efeitos perante os demais Poderes, ou seja, visualizar como o Poder Executivo e Legislativo se comportam nessas situações<sup>1</sup>. Esse tema se coaduna perfeitamente com a linha de pesquisa almejada, tendo em vista que a democracia é a forma mais concreta de se exercer uma cidadania plena. Já as decisões de grande impacto que muitas vezes definiram assuntos de representatividade, correspondem a rigor com a ideia de direitos coletivos, visto que atingem grupos determinados ou a sociedade em geral.

O propósito consiste no exame minucioso dos institutos jurídicos do controle de constitucionalidade e à função contramajoritária do Poder Judiciário, explanando acerca de cada um deles e demonstrando que eles não se confundem com uma função de representatividade, que é uma grande controvérsia jurídica.

Por esse motivo, a fim de se compreender as circunstâncias de nossa contemporaneidade e as suas decorrências, serão analisados também os contextos sociais que culminaram no número crescente de judicialização de políticas públicas e o surgimento do ativismo judicial que, conseqüentemente, resultam também como um possível modo de intervenção na democracia por parte do judiciário.

Todo o panorama será desenvolvido nesta pesquisa, iniciando-se com uma abordagem acerca das atribuições legítimas deste Poder e suas funcionalidades, para posteriormente analisar os possíveis excessos em estudos de casos exemplares que serão levantados. Nessa acepção, portanto, a pesquisa versará sobre os extrapolações da função contramajoritária do Poder Judiciário e a sua consecutiva atuação em funções de representatividade.

---

<sup>1</sup> O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (2009) assevera que a existência do ativismo judicial se dá pela “crise de funcionalidade do Poder Legislativo, que estimula tanto a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do Judiciário”.

Para Lustoza (2015) os Poderes Legislativo e Executivo que são políticos por excelência, frequentemente “não conseguem atuar para atender as demandas sociais a tempo”. Entretanto, “no regime democrático, o interessante é que se preserve a competência política destes, cujos membros foram eleitos pelo voto da população e têm a capacidade, portanto, para representar as maiorias”.

Serão ainda ponderadas as consequências para a democracia brasileira diante das recorrentes intervenções do judiciário em pautas de representatividade, bem como o contexto da abordagem desenvolverá, através principalmente da jurisprudência, uma conclusão para demonstrar que muitas matérias que não são de competência do Judiciário estão sendo decididas por ele.

Por fim, será evidenciado a diferença entre a função política<sup>2</sup> e a função de representatividade com o objetivo de revelar a independência das duas características e a possibilidade de se ter uma e não se ter a outra. Dessa forma, o exame que será realizado se prenderá no sentido de comprovar que o equilíbrio entre os Poderes é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, não sendo salutar que haja a prevalência de apenas um como é o caso do Poder Judiciário.

A principal indagação a ser respondida diante do contexto jurídico atual seria sobre os limites de atuação do Poder Judiciário perante a sociedade. Em outras palavras, onde a Suprema Corte brasileira pode ou não interferir em questões de governo como, por exemplo, na implementação de políticas públicas ou na normatização de disposições de qualidade legislativa.

Neste momento, esse exame se torna cada vez mais necessário, pois o Supremo Tribunal Federal tem assumido gradativamente um protagonismo em causas de repercussão nacional. Por essa razão, um estudo pormenorizado acerca dos parâmetros e em relação às consequências sociais/jurídicas serão o escopo da presente pesquisa.

Em contrapartida, para se alcançar a intenção fidedigna desta avaliação precisa-se verificar os pressupostos institucionais e o seu respectivo desenvolvimento no cenário nacional ao longo dos anos. Nessa lógica, a constatação histórica do Supremo Tribunal Federal até os dias de hoje possibilitará, com mais nitidez, compreender a visão da Corte.

Levando todos esses aspectos em consideração, uma abordagem a respeito das funções adjacentes também irão compor esta análise, posto que ao final o que se busca são os limites destas atuações, e para isso, as outras atribuições precisam, da mesma forma, serem

---

<sup>2</sup> SEABRA FAGUNDES (1978, p.2) considera que: “Quando se diz que o Supremo Tribunal Federal exerce função política, fala-se o que é óbvio. Porque funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do Poder Público. (...) o exercício da função política não se dá na rotina de suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar se sobre a validade de leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares, como os que dizem com a significação do regime federativo, com a independência e harmonia dos poderes do Estado, com a definição e a proteção dos direitos individuais (ou, em expressão mais abrangente, dos direitos públicos subjetivos do indivíduo), com as conceituações da segurança nacional e da ordem econômica etc. Ao manifestar-se, em qualquer dessas matérias, como árbitro do que é a Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus arestos declararem que é”.

apreciadas para que se tenha a distinção entre elas, bem como para averiguar a legitimidade ou não de cada uma, tendo em vista que podem, de maneira (ir)regular, interferir na democracia.

Por conta disso, uma vez que existem divergências entre essas funções do Supremo Tribunal Federal, conseqüentemente, um estudo aprofundado torna-se inevitável. De modo conclusivo, o que se espera encontrar são intercorrências ou não do Judiciário na democracia brasileira, pois, somente concebendo a definição do que é permitido ou não à Corte desempenhar, que será possível constatar os excessos e as intervenções na soberania popular.

Essa comparação ainda permitirá entender determinadas teorias e o que realmente ocorre na prática do ordenamento jurídico, pois a atuação híbrida do Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional e última instância do Poder Judiciário, traz muitas controvérsias e promove uma profunda reflexão quanto as suas responsabilidades. Logo, o que se pretende com essa produção acadêmica consiste em avaliar a teoria, verificar todo o contexto histórico e social, analisar os procedimentos, identificar, assim como assimilar os limites funcionais e conjecturar a respeito de possíveis distorções adotadas judicialmente.

## 2 A FUNÇÃO POLÍTICA DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

A cada período da história, proporções políticas a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal alcançam progressivamente uma importância na mídia e figuram como pauta para inúmeras discussões na sociedade. Diante das circunstâncias do cotidiano, a exemplo de uma decisão questionável e controversa ou então, um acórdão que opõe um posicionamento do Poder Legislativo em detrimento do Poder Executivo ou ainda, de um Ente da Federação em relação a um Município, enfim, é preciso de um só acontecimento nesse sentido para revelar-se uma verdade que, por vezes, é desconsiderada, isto é, o Supremo Tribunal Federal realiza política mediante suas atuações.

Importante ressaltar que a mencionada política não é partidária, visto que a Constituição Federal proíbe os magistrados de agirem dessa forma. Contudo, a política acontece quando a Suprema Corte brasileira decide questões controversas que causam reflexos sociais. Em outros termos, realiza política com o objetivo de definir, junto com os demais Poderes, as diretrizes e o planejamento das condutas políticas do País e da sociedade. No entanto, difere-se dos outros Poderes, pois seu modo de atuação para instituir esses assuntos se materializa através da prolação dos acórdãos.

Diante disso, torna-se interessante analisar como se comportam as partes de um processo, que está sendo apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que buscam sempre se limitar às matérias estritamente jurídicas relacionadas ao caso. Ou seja, procuram esquivar-se de afirmações que explicitamente façam referência ao Supremo Tribunal Federal como uma instituição que também é dotada de personalidade política, com pontos de vista próprios e capacidade de interferir em relevantes questões para a nação brasileira. A disseminação da tese de que o Judiciário deve ser sempre neutro aos fatos externos, especialmente o Supremo Tribunal Federal, prejudica a assimilação desta importante função que a instituição também detém.

O Supremo Tribunal Federal em conjunto com os demais atores políticos, como o chefe do Poder Executivo Federal, os parlamentares, governantes e sufragistas, tem cooperação na acepção do que é considerado como de interesse público, posto que essa conjuntura procede da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal definiu na estrutura administrativa nacional três poderes independentes e harmônicos entre si, e dentro de um dos poderes, o Supremo Tribunal Federal consta como a instituição mais elevada hierarquicamente. Em razão disso, a Suprema Corte tornou-se parte atuante da política brasileira. Assim, nas ocasiões em que o Supremo Tribunal

Federal profere uma decisão a respeito de um caso, aparenta para algumas pessoas estar resolvendo apenas uma questão específica, porém, essa assertiva não é correta.

Quando a Suprema Corte decide um caso, por exemplo, de uma pessoa doente ter permissão de adquirir os melhores medicamentos custeados pela Administração Pública ou, então, um idoso poder realizar uma viagem interestadual por meio de uma empresa de ônibus privada sem pagar nada, pode parecer, em primeiro momento, que aquela decisão somente vai atingir o caso concreto. Todavia ao dirimir alguma dessas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal estará exercendo uma das suas funções que é subsidiar a determinação de políticas públicas no país quando acionado.

Nessa perspectiva pode-se dizer que as decisões da Suprema Corte podem incentivar a prática de algumas condutas e desmotivar outras. Quando o Supremo Tribunal Federal decide alguma demanda acaba contribuindo para a proteção de alguns indivíduos ou grupo social que são dignos de uma tutela estatal e deixa evidenciado um forte indício de como serão as coisas no futuro. Tudo isso em razão de que a posição da Suprema Corte, em conjunto com a opinião dos outros atores políticos, irá conduzir o comportamento da sociedade, ou seja, será considerada por todos os outros agentes quando forem programar e efetuar as suas obrigações.

Para iniciar o relato desta primeira função do Supremo Tribunal Federal é importante buscar um conceito base de função política do Estado. Neste sentido, podemos dizer que a função política do Estado consiste no exercício que instituições estabelecidas com a promulgação da Constituição Federal desempenham nos limites de sua alçada, tendo como propósito a salvaguarda da coletividade que também encontra-se inserida no próprio contexto político e proporcionando o bem geral do povo, vindo a definir, através de uma autônoma hermenêutica de regramentos constitucionais, o que se configura como de interesse público e quais os instrumentos essenciais para alcançar a sua efetivação.

Em consequência, é possível afirmar que a função política é praticada por várias instituições e poderes, o que inclui os tribunais constitucionais. Esse desempenho dos tribunais constitucionais, no que concerne a sua função política, dispõe de algumas peculiaridades. Assim, os tribunais constitucionais são legítimos para exercerem função política, mesmo que na maioria dos países seus membros não sejam eleitos por meio da vontade popular.

Durante o exercício da função política, os tribunais constitucionais precisam se atentar quanto aos limites de suas decisões. A instituição que desempenha a atribuição de tribunal constitucional no Brasil é o Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte brasileira, no decorrer da sua história, a contar da sua fundação até a presente época, colaborou muito para

definir o significado de “interesse público”, tal como para elucidar os instrumentos de sua efetivação.

Por essa razão, acabara por todos esses anos exercendo função política. Ao longo de sua história o Supremo Tribunal Federal transitou em várias fases onde, em determinados períodos, desempenhou função política mais intensamente e em outros, restringiu-se a apenas ratificar deliberações aplicadas pelos outros Poderes.

De tal modo, o Supremo Tribunal Federal possui notória competência para desempenhar função política. Isto também é possível de se constatar através da jurisprudência que nos revela o Supremo Tribunal Federal exercendo função política em diversas demandas. Mesmo partindo da premissa de que todas as instituições em algum momento exercem função política, não podemos negar que quando se trata da Suprema Corte brasileira há inúmeras controvérsias devido a ela ser uma instituição tipicamente pertencente ao Poder Judiciário.

A definição do termo “política”, concebida pelo filósofo Aristóteles, significa uma espécie de seleção de primazias éticas que definem o futuro de um povo. Por sua vez, ele conceituou a ética como um conjunto de características que possibilitam obter o bem de todos. Atualmente a política é entendida como uma forma de governar e organizar uma nação.

Considerando todos esses aspectos podemos dizer que a política se transformou no método de buscar apoio para escolher as condutas que serão efetuadas em nome de uma determinada comunidade. Nesse sentido, decidir prioridades para uma categoria majoritária de pessoas tornou-se uma forma de comandar uma incessante crise. Isso porque a atual conjuntura social nos revela que a função política se configura como uma maneira de administrar uma crise sem precedentes, para que, assim, possa obstaculizar um conflito violento, possíveis rebeliões ou outras formas mais gravosas de tumulto.

Não obstante, antes de adentrarmos na concepção da função política que a maioria das entidades possuem, incluindo o Judiciário, precisamos abordar a respeito das funções do Estado, trazendo suas definições. Inicialmente, é preciso diferenciar que as funções do Estado são aquelas institucionalizadas e que dão sentido à finalidade de cada Poder, enquanto que a função política, aqui versada, refere-se aos reflexos e as consequências aos meios externos quando estas instituições adotam determinados posicionamentos. Por conta disso, pode-se dizer que a função política não integra as funções do Estado, porém caracteriza-se por ser um resultado delas.

À luz dos ensinamentos literários podemos verificar diversos conceitos acerca das funções do Estado. Dentre eles, Marcello Caetano nos ensina que:

O Estado tem a sua razão de ser na necessidade de realização permanente de certos fins essenciais da colectividade política. Esses fins não são alcançados pela mera existência do Estado: exigem acção contínua e por isso o Estado tem de desenvolver certas actividades úteis, de modo sucessivo e por tempo indefinido, para corresponder aos seus fins, actividades a que se chamam funções.<sup>3</sup>

Neste contexto, a corrente teórica identifica como funções do Estado aquilo que se considera como finalidade principal dos Poderes, instituídos pelo artigo 2º da Constituição da República. Isso em razão de que somente com a junção das três atribuições conseguimos completar o sentido de funções do Estado. Dessa forma, qualifica-se como funções do Estado as funções legislativa, executiva e jurisdicional. A respeito disso, sob orientação de Carlos Eduardo Dieder Reverbel, podemos entender que:

Os fins e funções do Estado foram trabalhados em três níveis hierárquicos e interdependentes. Nos fins últimos do Estado, o (a) Tribunal Constitucional e a (b) Chefia de Estado exercem as funções (a1) controladoras e (b1) moderadoras. Nos fins intermediários o (c) Parlamento e o (d) Governo exercem as funções (c1) legislativa e (d1) governativa. Nos fins próximos o (e) juiz e o (f) administrador exercem as funções (c1) jurisdicional e (f1) administrativa. A cada poder foi atribuída uma função. Elas se articulam e se complementam do topo à base e da base ao topo.<sup>4</sup>

Revela-se habitual o reconhecimento de um instante no funcionamento do Estado em que as suas instituições de forma autônoma decidem os seus ditames, observando apenas o que preconiza a Constituição da República, apesar da mesma conter, às vezes, expressões com sentidos amplos e imprecisos.

A maioria dos teóricos não possuem um entendimento consolidado e muito menos uniforme acerca das funções do Estado. Nessa lógica, a reflexão teórica não consegue precisar quais entidades são capazes de efetuar a maior parte dessas funções, além de não consentirem em relação a uma lacuna existente na Constituição Federal que possibilita essa mencionada autonomia que as instituições dispõem.

Apesar disso, os especialistas concordam harmonicamente que existe um momento, dentro das funções do Estado exercidas pelos órgãos, em que é necessário escolher qual trajeto percorrer diante das opções que se possui. Essas situações, muitas vezes, trazem reflexos políticos e de grande repercussão para o país. Nesse ponto é que se constitui a função política do Supremo Tribunal Federal que, por seu turno, é pouco referenciada pelos teóricos, uma vez que é mais fácil de se constatar-la nos outros Poderes.

---

<sup>3</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional: Tomo I**. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2003. Pg. 148.

<sup>4</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Breviário, 2012. Pg. 45-46.

Ficou compreendido ao longo do tempo que certos papéis do Estado não são incluídos nessas três funções basilares. Embora por muito tempo a corrente teórica tenha inserido a função política do Estado no contexto da função legislativa, salienta-se que elas não são a mesma coisa. Desde Kelsen até os teóricos contemporâneos, vislumbramos que a função legislativa se refere, na sua essência, como uma função criadora de direitos.

Ainda que essa posição se mostre consistente no meio jurídico, pode-se dizer que a relação de se escolher entre proposições elementares, que figuram como uma função política, e o encargo de legislar não se demonstram equivalentes. De fato, no momento em que a entidade pública dentro das suas atribuições acaba tomando uma posição sobre algo, via de regra, faz isso através de um ato com efeitos jurídicos, como por exemplo, na aprovação de um projeto de lei que posteriormente é levado para a sanção ou veto presidencial.

Ocorre que cotidianamente avistamos na conjuntura nacional o Poder Legislativo discutindo certos temas e posteriormente criando uma norma para regulamentar aquelas questões, o que nos faz acreditar, por consequência, que a realidade apenas corresponde com essa alegada premissa. Isso se corrobora na medida em que se torna recorrente essa combinação. Porém, refutando essa ideia, suponhamos que surja no Congresso Nacional a intenção de modificar, ainda que provisoriamente, a instalação de uma embaixada ou outro órgão estatal, sendo que a decisão prevalecida para essa hipótese fosse no sentido de declinar qualquer proposição legislativa que possibilitasse isso.

Frente a essa situação, percebemos que no desempenho da função política de se modificar ou não as instalações, não se tem, dessa forma, o acompanhamento da função legislativa, visto que o Parlamento optou por continuar como já estava antes, ou seja, não foi preciso elaborar um projeto de lei a respeito do assunto.

Observa-se que mesmo sendo um acontecimento constante e as duas funções na maioria das vezes caminharem juntas, em outras situações elas se separam. Isso em razão de que são distintas, como brilhantemente identificou Deutsch ao dizer que:

A tomada de decisões políticas tornou-se a tarefa verdadeiramente importante do governo; a legislação passou a ser considerada mero assunto técnico. A preocupação das pessoas importantes é decidir da política. Deixam então para os juristas a missão de elaborar os pormenores técnicos da legislação em causa.<sup>5</sup>

A função política consiste na disposição de questões fundamentais para a proteção do Estado, assim como para proporcionar o bem coletivo, enquanto que a aprovação de leis não

---

<sup>5</sup> DEUTSCH, Karl Wolfgang. **Política e governo**. Trad. Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Pg. 184-185.

se prende somente a esses assuntos, uma vez que a maioria delas se refere ao âmbito do direito privado. Verdade seja dita, não se trata apenas da relação entre função legislativa e função política, pois a função executiva e a jurisdicional também não se confunde com a função política. Com tais características a função política não pertence, conseqüentemente, ao sistema tripartite, mas pode aparecer como resultado no exercício das atribuições de cada um dos Poderes.

Alguns autores, por exemplo, consideram que no início do século passado algumas ações eram inseridas no âmbito das atividades do Poder Executivo, mas que precisamente não representam uma simples aplicabilidade da norma. Ocorriam, portanto, nas hipóteses de guerra, rebeliões civis, relações internacionais, nomeações para cargos de alto escalão e a concessão de indulto ou honrarias.

A confirmação da existência de algumas competências do Estado, que não são capazes de serem inseridas livremente em pelo menos uma das suas três funções principais, se ampara na afirmação que, atualmente, está sendo mais aceita do que antes, de que existe mais uma função que se difere das outras três, a qual se denomina de função política.

Em decorrência, considera-se como função política do Estado a prática que as instituições estabelecidas pela Constituição da República desempenham no limite de suas atribuições, a fim de proteger o Estado e toda a sua coletividade, definindo o que consiste como interesse público e as formas para a sua efetivação.

Após delimitarmos a definição do que significa função política, baseando-se na conceituação teórica revelada, precisamos compreender algumas de suas características. Esse adendo se faz necessário para assimilarmos o contexto desta importante função, e posteriormente, entendermos como ela se aplica na função jurisdicional da Suprema Corte brasileira.

Pode-se dizer que a função política se caracteriza com a concretização do poder de escolha em assuntos essenciais para uma nação, com o intuito de proteger o Estado e fomentar o bem de toda a coletividade. Ademais, as entidades responsáveis em exercê-la foram previamente estabelecidas pela Constituição da República, ou seja, retiram essa atribuição exatamente do próprio texto constitucional. Realizam suas deliberações de acordo com os métodos constitucionalmente adequados, e, ao decidirem, sempre observam os preceitos definidos na Constituição, apesar de fazerem isso com maior autonomia para avaliar e indicar o que se entende por interesse público. Ressalta-se, ainda, que as instituições incumbidas com a função política não estão subordinadas a cumprimento de prazos, visto que mesmo quando previstos, sua transgressão não acarreta em penalidade.

Como primeira característica podemos mencionar que seu desempenho se consuma por instituições previamente definidas na Constituição Federal. É evidente que se a função política se refere ao importante ofício de decidir os caminhos que um povo deverá percorrer no futuro para se resguardar, tal como possibilitar o bem de todos, logo essa tarefa deve ser concedida às instituições de alto escalão do Estado.

São os aduzidos motivos que justificam, portanto, a situação dessas relevantes instituições terem sido estabelecidas pela Constituição. As instituições, a depender do país, se diversificam conforme os regramentos e a organização do governo. No que concerne as nações com regimes democráticos, as entidades públicas incumbidas de exercer a função política, via de regra, são o parlamento, que tem a principal atribuição de legislar; o governo, que pode ser representado pelo seu Presidente, Primeiro Ministro ou então Conselho de Ministros, e, por fim, a instituição responsável primordialmente pela guarda da Constituição, independente de integrar ou não a composição do Poder Judiciário. Consta-se também como parte dessa conjuntura a figura dos eleitores que, em algumas situações, praticam função política quando a Constituição possibilita, a exemplo dos plebiscitos, referendos, dentre outros.

O fato de conter várias instituições conferidas de capacidade para desempenhar função política, e todas estarem previamente estabelecidas na Constituição, não significa exatamente que se trata de uma plena democracia, nem isto se torna um elemento basilar da democracia, posto que em algumas situações a Constituição daquela nação pode até repartir a função política entre os Poderes, porém mediante coação, apenas um deles prevalece.

Do mesmo modo, é importante dizer que a mera concentração da função política em apenas um dos Poderes, imposta pela Constituição, não significa que exista uma ausência da democracia. No sentido de ilustrar, suponhamos a hipótese de uma nação ter um parlamento de cidadãos em que apenas este Poder possua competência para traçar os caminhos deste país. Nessa situação, em que pese ser o único Poder dispor de função política, devido haver representatividade, a democracia se constitui. Conclui-se que na maioria das democracias a função política é dividida entre os seus Poderes, caracterizando-se assim, como uma expressão do Princípio da Separação dos Poderes.

Independentemente de ser um país democrático ou não, mas havendo uma Constituição formal e escrita, como se verifica atualmente em praticamente todas as nações, será possível então precisar quais Poderes serão dotados de função política. Por outro lado, caso não se tenha formulado uma Constituição, pode-se, então, ter uma noção de que a função política provavelmente estará apenas nas mãos daquele que tiver o comando do governo.

Por conseguinte, é possível dizer que a segunda característica da função política se trata da sua competência ser concedida pela Constituição dos Estados soberanos. Muito provavelmente encontraríamos adversidades se as instituições tivessem o poder de desempenhar função política ao seu bel-prazer, sustentando-se na falta de dispositivos constitucionais que delimitassem sua atuação. Em uma situação como essa existiria o risco de praticarem função política exageradamente, ou seja, várias instituições decidindo ao mesmo tempo sob uma mesma demanda, e, ainda, a possibilidade de ocorrer o oposto e nenhum Poder assumir com a obrigação de decidir sobre aquela determinada demanda.

Resumindo-se a uma hipótese, que podemos encontrar na Constituição da República, suponhamos um contexto de iminente confronto bélico. Se a Constituição não tivesse conferido ao Congresso Nacional o poder para autorizar se o Brasil declara ou não uma guerra, essa lacuna possibilitaria que os outros Poderes pudessem deliberar acerca do assunto, podendo acarretar em determinações incompatíveis entre eles, ou em uma omissão que poderia causar grandes prejuízos para o Estado. Frisa-se que, independente da ideia de aprovação ou não a respeito dessa atribuição competir ao Congresso Nacional, o que se discute aqui é a adequada previsão ser melhor do que a omissão e o seu decorrente vácuo jurídico.

Outra característica detectada é que geralmente a função política tem os seus procedimentos determinados pela Constituição. Pela sua relevância, a maioria das Constituições, além de estabelecerem as instituições ou Poderes que estarão incumbidos de desempenhá-la, também fixam os procedimentos que devem ser adotados por cada uma dessas entidades públicas. Essas disposições não são detalhadas, pois a Constituição tem caráter compendiado.

Como exemplo disso, podemos mencionar o próprio processo legislativo como uma forma de procedimento para se exercer a função política, desde que a matéria legislativa deliberada venha para estabelecer assuntos fundamentais para o cenário interno do país. Apesar desse procedimento não ser detalhado, o texto constitucional define, por exemplo, a competência para propositura, o quórum para aprovar ou rejeitar, e a aquiescência do Poder Executivo. Igualmente, a previsão também se aplica aos tribunais constitucionais quando, através das suas demandas, estabelecem legitimidade para a parte autora poder ajuizar a ação, ou, definem efeitos daquela sentença/acórdão, entre outras. O Poder Executivo é o que possui mais discricionariedade nas suas ações, visto que em muitos regimes ele atua de maneira monocrática.

Em seguida, outra característica que podemos vislumbrar como primordial para retratar a função política, seria o seu aspecto voltado a temas fundamentais para o Estado. Por

meio de uma reflexão teórica, verifica-se que a função política se constitui na autonomia para optar sobre quais os rumos serão adotados perante o cenário que se apresenta. Logo, ela basicamente precisa consolidar um entendimento para concluir o real objetivo do Estado e analisar quais os mecanismos podem ser usados para se alcançar cada circunstância deste objetivo. Assim, para cumprir com as metas impostas (sempre observando o interesse público) a exegese dos dispositivos constitucionais precisa ser feita com total autonomia e coerência.

Torna-se imprescindível reconhecer que nem toda deliberação atribuída ao Estado resulta no desempenho da sua função política, mesmo que aquela instituição ou Poder tenha competência para isso. É preciso diferenciar para conseguir apontar o que tipifica o fato como político. Isso porque nem toda deliberação deve ser encarada como política.

Diante de uma analogia, podemos citar a hipótese do servidor público que, mesmo com alguma limitação, possua certa discricionariedade nas suas escolhas e condutas. Observa-se, neste caso, que não se pode falar que o mesmo desempenha função política quando, por exemplo, faz a opção pelo “*design*” de um maquinário a ser adquirido pela entidade pública. Com isso podemos compreender que a função política se constrói na possibilidade de se fazer escolhas, porém não é qualquer escolha, mas tão somente aquelas referentes a temas essenciais que causam o bem ou a satisfação comum de um povo. É como entende também o pesquisador Eduardo Bittar, ao ser citado pela professora Luana P. Dantas do Rosário, que considera a política como aquela:

Que se volta à coletividade, e que, para além do governo, abrange as escolhas do que é conveniente para o homem da *polis*. Seu significado etimológico revela a sua identidade: “A política tem a ver com a capacidade de coordenação de ação em comum com vistas à projeção de efeitos voltados para a satisfação de necessidades próprias de uma comunidade”.<sup>6</sup>

De modo inquestionável percebe-se que essa tarefa de discernir não é tão simples, visto que aparentemente existe um liame muito estreito daquilo que se trata como um assunto essencial para um povo, caracterizando a função política, e o desempenho da função administrativa comum. Por tal motivo, se faz necessário analisar o contexto para apurar se aquela decisão repercute coletivamente.

Como metodologia, para realizar essa identificação, avistamos os temas trazidos pela Constituição. Este método jurídico, seguramente, nos ajuda a angariar se aquela matéria tem qualidade essencial para contemplar o bem comum. Trata-se de uma análise utilizando-se

---

<sup>6</sup> ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas Do. **A legitimidade da função política do Poder Judiciário na democracia constitucional: Uma concepção orientada à concretização dos Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010. Pg. 21. Apud. BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. Pg. 12.

do direito positivo, contudo, como já mencionado, o que compõe a função política é a sua autonomia para dirimir sobre certos assuntos.

Avançando para outra característica vislumbramos que as ações decorrentes da função política precisam estar em conformidade com a Constituição. Em outras palavras, as ações provenientes da função política, como toda conduta advinda do Estado, se sujeitam às disposições constitucionais. Destaca-se que isso não se refere apenas às instituições legitimadas a exercerem função política, nem ao procedimento para deliberar, ou, então, ao assunto versado, mas sim ao próprio teor da decisão.

Isto significa que mesmo a Constituição possibilitando uma elasticidade de competência para a entidade deliberar sobre determinadas questões, não quer dizer que concomitantemente consente com certos extrapolamentos que, inclusive, violem os seus princípios.

Por fim, a última característica a ser suscitada é que o desempenho da função política não está submetido à observação de prazos. Essa afirmativa se justifica já que a referida autonomia não serve apenas para interpretar a Constituição, mas também para definir o instante de proceder com alguma demanda. O que predomina nessa estudada função é o princípio do poder discricionário, que por vezes consiste em questões de oportunidade e conveniência para a Administração.

Nesta primeira parte podemos constatar pormenorizadamente como se consubstancia a função política entre os Poderes. Em razão disso, conseguimos ter uma breve noção de “como” e “quando” o Supremo Tribunal Federal pode exercer função política. Entretanto, para aprofundarmos acerca desta importante função exercida pela Suprema Corte brasileira, em inúmeras situações, precisamos antes entender sua estrutura e suas posições históricas, até chegarmos a sua atribuição como Corte Constitucional onde exerce mais intensamente essa aludida função.

## 2.1 PAPEL DO STF NA DEMOCRACIA BRASILEIRA SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Quando nos pronunciamos a respeito da história da política brasileira, já nos tempos de República, conseguimos utilizar uma periodização que leva em consideração as revoluções e as modificações na democracia. A título de exemplo podemos mencionar a denominada “República Velha” do ano de 1889 até 1930, a era Vargas do ano de 1930 até 1945, a fase democrática-populista do ano de 1946 até 1964, o Regime Militar do ano de 1964 até 1985, e a intitulada “nova República” do ano de 1985 até os dias atuais.

Todavia, quando a análise histórica tem por objetivo a evolução jurídica, geralmente consideram-se como os períodos principais as Constituições instituídas no País. Isso porque além da Constituição ser uma lei fundamental que define todos os rumos jurídicos que serão aplicados, também é uma exteriorização dos fatos vivenciados na política do País. Nesse sentido, temos a nossa primeira Constituição do ano de 1824 como resultado da independência do Brasil em 1822, já a Constituição de 1891 se resultou da proclamação da República no ano de 1889, e assim sucessivamente.

A conexão da história do Supremo Tribunal Federal (e suas atuações) está vinculada às mudanças das Constituições e aos governos de cada época, como é brilhantemente esclarecido pela saudosa historiadora Emília Viotti da Costa, nos seguintes termos:

Em um país onde as sublevações e os golpes de Estado se repetem, as constituições se sucedem e o estado de direito tem sido várias vezes interrompido por períodos de exceção; em um país em que o Executivo, de tempos em tempos, ignora dispositivos constitucionais, dissolve o Congresso, governa por decreto, emite a torto e a direito medidas provisórias que se perpetuam, cria atos institucionais que contrariam a Constituição, declara estado de sitio durante o qual ficam suspensas as garantias constitucionais, prende e desterra cidadãos sem nenhum processo; em um país cujos governantes se recusam às vezes a obedecer às decisões emanadas da mais alta Corte de Justiça, interferindo diretamente nela, desrespeitando a sua autonomia, negando-se a preencher vagas ou alterando o número de ministros – é de esperar que essa Corte funcione como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional. Sendo inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e sofrendo suas consequências, o Supremo Tribunal Federal é, ao mesmo tempo, agente e paciente dessa história.<sup>7</sup>

Apesar disso, podemos dizer que a periodização da história do Supremo Tribunal Federal teve seus próprios marcos, mas que, notoriamente, também estão atrelados à história da política nacional. Alguns autores, como Leonardo André Paixão<sup>8</sup>, dividem todo o contexto histórico da Suprema Corte brasileira em sete fases, que são:

Primeira fase (sucedida nos anos de 1891 até 1897), consistiu numa época de incertezas já que o Supremo Tribunal Federal procurava seu lugar institucional dentro da República que havia sido recém proclamada. Neste tempo a jurisprudência era extremamente conservadora, o que a incluía às vezes até como reacionária. Por fim, essa primeira fase foi marcada também por uma inconstância na sua composição, visto que 39 Ministros foram nomeados em um período de seis anos. Como referência do período temos a jurisprudência da

---

<sup>7</sup> COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Editora Unesp, 2006. Pg.23

<sup>8</sup> PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. 258 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, Pg.113 - 114.

Corte decidindo questões da Revolta da Armada e da Revolução Federalista no Habeas Corpus nº 300 de 1892, Habeas Corpus nº 406 de 1893 e Habeas Corpus nº 415 de 1893.

Segunda fase de expansão das atribuições institucionais (sucetida nos anos de 1897 até 1926): neste período a Suprema Corte brasileira foi ocupando gradativamente um lugar que já estava garantido pela Constituição de 1891 e, por consequência, utilizou-se de uma hermenêutica mais alargada que considerava o “habeas corpus” como o meio adequado para preencher lacunas deixadas por falta de lei processual que resguardasse direitos carecidos de proteção iminente. Esta fase também ficou conhecida por uma composição estável e pela passagem de alguns membros notáveis e relevantes para a Corte. A jurisprudência, portanto, lidou com vários eventos políticos da época e decidiu, por exemplo, demandas envolvendo prisões políticas ordenadas durante a vigência de estado de sítio e continuadas após o término do período de exceção (Habeas Corpus nº 1063 de 1898), banimento da família imperial (Habeas Corpus nº 1974 de 1903), limites interestaduais entre o Estado do Paraná e o Estado de Santa Catarina (Ação Cível Originária nº 07 de 1904), revolta da vacina (Recurso de Habeas Corpus nº 2.244 de 1905), caso do conselho municipal do Distrito Federal (Recurso de Habeas Corpus nº 2.793 de 1909), dualidade de assembleias no Estado do Rio de Janeiro (Habeas Corpus nº 2.984 de 1911), dualidade de assembleias no Estado da Bahia (Habeas Corpus nº 3.137 de 1912), caso Nilo Peçanha (Habeas Corpus nº 3.697 de 1914), caso Macedo Soares (Habeas Corpus nº 3527 de 1914), liberdade de imprensa e imunidades parlamentares (Habeas Corpus nº 3536 de 1914), liberdade de reunião e expressão do pensamento durante as eleições para Presidência da República (Habeas Corpus nº 4781 de 1919) e tenentismo (Habeas Corpus nº 8801 de 1923).

Terceira fase de restrições impostas (sucetida nos anos de 1926 até 1945): essa época ficou evidenciada pela atuação da Suprema Corte brasileira ter sido considerada, pela política nacional, como exorbitante, acarretando numa repressão de suas atribuições, o que inclui especialmente as suas funções políticas. Nessa fase houve então a imposição de uma limitação no instituto do “habeas corpus”, com a promulgação de uma emenda constitucional, e persistiu com a revolução de 1930. Foi uma época muito turbulenta para o Supremo Tribunal Federal que teve sua independência constantemente prejudicada. Alguns exemplos jurisprudenciais desta época que aconteceram durante a vigência do estado de sítio no governo de Getúlio Vargas foram a Aliança Nacional Libertadora (Mandado de Segurança nº 111 de 1935), Intentona Comunista (Habeas Corpus nº 26.178 de 1936) e o caso Olga Benário (Habeas Corpus nº 26.155 de 1936).

Quarta fase de limitações voluntárias (sucedida nos anos de 1945 até 1964): neste período o Supremo Tribunal Federal retomou todas as suas atribuições, porém, pouco fez politicamente. Isso porque concordou com as posições dos outros Poderes e, por isso, resolveu validá-las. Dentre os casos jurisprudenciais deste período podemos destacar, por exemplo, a liberdade religiosa (Mandado de Segurança nº 1.114 de 1949). A ação foi impetrada por Dom Carlos Duarte Costa contra ato do Presidente da República que proibiu os cultos da igreja Católica Apostólica Brasileira em lugares públicos e teve o seu provimento negado, por maioria.

Quinta fase de confrontação (sucedida nos anos de 1964 até 1968): durante esse período, o Supremo Tribunal Federal buscou que a Constituição e toda a legislação da época fossem cumpridas, invalidando muitos atos do governo. Cumpre salientar que também foi um período de muita dificuldade para a Suprema Corte brasileira, pois teve que suportar muitos ataques a sua autonomia através dos Atos Institucionais do Regime Militar. Nesta fase podemos evidenciar na jurisprudência da Corte o caso do governador Mauro Borges (Habeas Corpus nº 41.296 de 1964).

Sexta fase da competência esvaziada (sucedida nos anos de 1968 até 1988): o Supremo Tribunal Federal ficou sem espaço nesta época e praticamente não exerceu função política.

Sétima fase se deu quando o Supremo Tribunal Federal reassumiu suas funções políticas, a partir da promulgação da Constituição de 1988 e com a consecutiva expansão de competências do Poder Judiciário. Um exemplo jurisprudencial relevante para a Corte que aconteceu depois da redemocratização foi o caso Collor (Mandado de Segurança nº 21.564/92, Mandado de Segurança nº 21.623/92 e Mandado de Segurança nº 21.689/93).

Todo este contexto histórico demonstrado expõe, e de alguma forma explica, os motivos que dão base para o desempenho da função política exercida ao longo da história pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, se a função política consiste na disposição de questões fundamentais para a proteção do Estado, assim como para proporcionar ou fomentar o bem coletivo, torna-se inegável, observando os fatos históricos, que o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes protegeu o Estado-Nação e, da mesma forma, trouxe significativas melhoras para a coletividade.

Assim, compreendendo sua trajetória conseguimos identificar toda a sua atuação política no cenário nacional. Contudo, visando uma análise mais aprofundada dessa mencionada função temos que entender também sua estrutura, modo de composição e alguns regramentos até chegarmos na sua atribuição como Corte Constitucional onde mais ativamente

exerce função política. Em síntese, assimilando os seus posicionamentos ao longo da história, entendendo toda a sua estrutura e forma de atuação, bem como detalhando os reflexos do exercício de suas atribuições na sociedade, será possível perceber diante de todo esse enredo que o Supremo Tribunal Federal inegavelmente sempre desempenhou função política.

## 2.2 MODO DE COMPOSIÇÃO E REGRAMENTOS DA SUPREMA CORTE

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal está no topo do Poder Judiciário, sendo, portanto, a sua última instância de decisão. A Constituição brasileira, diferente de outras Constituições, confere a ele também o papel de ser o nosso Tribunal Constitucional ou, em outros termos, nossa Corte Constitucional. Esta realidade é diversa em outros países, onde a Corte Constitucional atua paralelamente ao Poder Judiciário.

Nessa acepção, podemos entender então que o Supremo Tribunal Federal possui duas competências, que são: 1- Ser a última instância recursal nos casos concretos; e 2- Atuar como Tribunal Constitucional julgando situações de constitucionalidade, independentemente de ser em casos concretos ou não. Por essa razão, sua principal incumbência é ser o “guardião da Constituição Federal”, deliberando acerca de casos que ferem ou ameaçam as disposições constitucionais. Dessa forma, indubitavelmente trata-se da instituição de justiça mais importante do Brasil, sendo que após proferir suas decisões não se tem mais a possibilidade de recorrer a outro tribunal interno.

O Supremo Tribunal Federal é composto por onze magistrados que são formalmente denominados de Ministros. O artigo 12, §3º, inciso IV da Constituição Federal, estabelece que somente os brasileiros natos poderão ocupar o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, isto é, somente aqueles nascidos no território brasileiro ou então que tenham consanguinidade através de pai e/ou mãe brasileiros, e que cumpram com os demais requisitos impostos pela Constituição Federal.

Quando a corrente teórica-jurídica discorre acerca dessa primeira exigibilidade, fundamenta que tudo isso apenas se deve ao fato de que existe uma rotatividade entre os Ministros, objetivando que, a cada período, um deles assuma a presidência da Suprema Corte e que, conseqüentemente, nos termos do artigo 80 da Constituição Federal, este cargo faz parte da linha de sucessão presidencial quando houver a vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República.

Em que pese tais afirmações sejam verdadeiras não se pode negar que estas não são absolutas, pois de forma intrínseca a Constituição da República também reconhece que o

Supremo Tribunal Federal exerce função política quando reiteradamente aplica seus ditames, o que acaba sempre gerando efeitos em todo o povo brasileiro.

Tais concepções se corroboram na medida em que, no mesmo artigo da Constituição Federal, conseguimos constatar também outros cargos incluídos no rol de privativos para brasileiro nato, que não fazem parte da linha de sucessão presidencial, mas que são cargos estratégicos e extremamente importantes para a política nacional, como é o caso dos cargos da carreira diplomática e o Ministro de Estado da Defesa. Torna-se fácil perceber que estes postos são previamente definidos em razão de acarretarem também num certo impacto político, visto que possuem o propósito de proteger o Estado e toda a sua coletividade (características basilares da função política).

Ainda dispondo acerca das características estruturantes do Supremo Tribunal Federal, o artigo 101 da Constituição da República estabelece como critérios objetivos para a escolha de um Ministro, que este tenha mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com notável saber jurídico e reputação ilibada.

Nota-se que não precisa ser magistrado de carreira para alcançar o posto de Ministro da Suprema Corte brasileira. Isso porque, apesar de fazer parte da maior instância do Poder Judiciário, o colegiado que ali compõe não se limita como um mero intérprete da norma quando toma decisões que acabam ditando o rumo da vida jurídica de todo o povo brasileiro. Por esse motivo, não basta que o membro da Corte seja somente um magistrado de carreira, pois o que se impõe é uma notabilidade que seja capaz de suportar a importância do cargo.

Além disso, a admissão é feita após uma nomeação pelo Presidente da República e aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal, que antes realiza uma espécie de “sabatina” com o candidato à vaga, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 101 da Constituição Federal. Assim, percebe-se também que o próprio procedimento de admissão decorre de um mecanismo político, ou, ao menos, politizado.

Essa compreensão hoje em dia é camuflada sob o viés de se combater um ativismo judicial, porém na história recente do Supremo Tribunal Federal, época em que não havia essa preocupação, podemos vislumbrar com mais facilidade essa rotina política que compõe a Suprema Corte brasileira. Isso em razão de que na trajetória do Tribunal vimos, por exemplo, o Presidente João Goulart nomear, no ano de 1963, dois membros-fundadores do Partido Socialista Brasileiro, no caso os Ex-Ministros Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, sendo que o primeiro havia sido Deputado Estadual, Deputado Federal, Chefe da Casa Civil, Ministro das Relações Exteriores, Ministro do Trabalho e da Previdência Social e, por fim, Presidente do Conselho de Ministros. Outro exemplo marcante que podemos avistar na História, foi a

nomeação de Adauto Lúcio Cardoso para o Supremo Tribunal Federal que um ano antes tinha ocupado o cargo de Presidente da Câmara dos Deputados do Brasil.

Analisando toda a sua estrutura, bem como a sua história, fica evidente que o Supremo Tribunal Federal possui características de uma instituição que exerce função política. Mesmo assim, não se pode afastar também a necessidade de termos uma Suprema Corte cada vez mais técnica, pois o cargo de Ministro exige um elevado nível de cognição que um mero aplicador de normas não dispõe. Vale ressaltar que, por vezes, algumas imposições da Constituição se tornam defasadas, uma vez que a rigidez para a sua alteração pode impossibilitar que seus elementos acompanhem as constantes evoluções sociais. Todas essas situações só serão contempladas por meio de ampla tecnicidade.

Um grande exemplo disso foi o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, ambas no ano de 2011. Este caso tornou-se um marco para a sociedade brasileira, pois, pela primeira vez na sua história, houve o reconhecimento da união estável entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O Supremo Tribunal Federal ao reconhecer e permitir essa possibilidade teve que ignorar a literalidade do texto constitucional que estabelece, no artigo 226, §3º, que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o *homem e a mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”<sup>9</sup>, para aplicar uma interpretação axiológica dos princípios constitucionais e, assim, visando uma igualdade de condições entre todos, possibilitar a união entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto, diante da natureza institucional, sua história e suas atuações que repercutem na sociedade, conseguimos identificar, mais uma vez, a função política exercida pelo Supremo Tribunal Federal, posto que nos levam à proteção do Estado e de toda a sua coletividade, que são os elementos basilares para se caracterizar este tipo de função.

Importante dizer, por último, que a repercussão política nas atuações do Supremo Tribunal Federal por si só não induz a uma situação de ativismo judicial, pois este fenômeno somente acontece quando os limites de atuação são extrapolados. Acerca do fenômeno, uma análise minuciosa será feita nos capítulos seguintes, porém é importante fixar como preceito inicial que o ativismo judicial reputa a ideia do Poder Judiciário interferir nas decisões e escolhas dos demais Poderes.

---

<sup>9</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 fev. 2022.

## 2.3 DA ATRIBUIÇÃO COMO CORTE CONSTITUCIONAL

No Brasil, desde o início da sua República, o Supremo Tribunal Federal possui duas atribuições primordiais. A primeira delas é que atua como uma verdadeira Corte Constitucional, posto que tem a incumbência de ser o guardião e o intérprete máximo da Constituição Federal. Em contrapartida, também é o órgão máximo da justiça brasileira, visto que se apresenta como última instância recursal.

Ocorre que no âmbito de toda História da República do Brasil nunca houve antes tantos direitos e garantias quanto existe agora. Isso se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com essa ampla gama de direitos e garantias o Poder Judiciário ganhou ainda mais protagonismo na efetivação de políticas públicas e na concretização dos direitos sociais. Sendo a mais elevada instituição do judiciário brasileiro o Supremo Tribunal Federal assumiu um importante papel no cenário nacional, e, ao mesmo tempo, acabou desempenhando função política com mais assiduidade e intensidade. Essa noção percebida vem muito bem expressa nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, nos seguintes dizeres:

No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional tende a aumentar a expectativa dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução ineficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais. Acresce o fato de também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliadas estratégias e instituições das quais se pode lançar mão para invocar os tribunais, como, por exemplo, a ampliação da legitimidade para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, a possibilidade de associações interporem ações em nome de seus associados, a consagração da autonomia do Ministério Público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção do acesso à justiça. A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos. Sem surpresa, os instrumentos jurídicos que estavam presentes no período autoritário, como a ação popular e a ação civil pública, passam a ser largamente utilizados só depois de 1988.<sup>10</sup>

Nessa lógica, a Suprema Corte brasileira recebeu uma roupagem ainda maior depois de 1988. Com esse conjunto de prerrogativas constitucionais mais abrangente o Poder Judiciário tornou-se também uma entidade que dispõe acerca de matérias estritamente políticas, mesmo que para isso seja necessário atuar dispondo da sua função contramajoritária. Do mesmo modo, visualiza-se os efeitos políticos das decisões também em matérias propriamente jurídicas, que de alguma forma, conseqüentemente, determinarão padrões de condutas adotados pela sociedade.

---

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007. Pg. 14-18.

Em observância ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, quando um acórdão ou sentença utiliza-se de motivos que refletem na coletividade ou então baseia-se em fatores principiológicos ou circunstâncias moralmente aceitas pelo povo, acaba, intrinsecamente, desempenhando função política. A respeito dessa argumentação que foge do mero fundamento jurídico e à luz dos ensinamentos de Dworkin, com tradução de Nelson Boeira, podemos compreender que:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo[...]. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política.<sup>11</sup>

Todavia, apesar da Suprema Corte, notadamente, possuir função política, essa atuação requer limites. Salienta-se que a tese do judiciário ser sempre neutro aos fatos externos não condiz com a realidade. É evidente que a Suprema Corte deve se prender aos preceitos constitucionais, no entanto, pela característica sintética da Constituição Federal muitos temas não são objetivamente positivados e carecem de uma interpretação. Quando isso ocorre avistamos o Supremo Tribunal Federal em muitas situações desempenhando função política, posto que os Ministros não são alheios aos anseios do povo e, por essa razão, se atentam na reprodução social que aquela decisão ocasionará.

Embora esses fatos sejam inegáveis, a Suprema Corte se coloca, a depender do caso, em uma posição bastante crítica que pode causar insegurança jurídica e descrédito nas suas decisões. Isso em virtude de que grande parte dessas decisões são alicerçadas por meio dos princípios constitucionais, posto que em muitos casos não existem normas positivadas a respeito do assunto a ser discutido.

É notório que os princípios constitucionais fazem parte de um mecanismo empregado para conduzir a fidedigna aplicabilidade da vontade constitucional nas questões de controle de constitucionalidade, ou seja, quando nos referimos acerca dos princípios constitucionais consideramos os mesmos como recursos de meio e não de fim, que vêm para definir ou estabelecer uma norma.

Essa situação cria um parâmetro sem medidas, uma vez que produz uma lacuna ampla quando possibilita diversas interpretações utilizando-se do mesmo princípio e, da mesma forma, quando se vale de um princípio mais conveniente em detrimento dos demais. Por esse

---

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pg. 129 - 130.

motivo, enfatiza-se que a função política do Supremo Tribunal Federal deve respeitar os limites do Estado Democrático de Direito, isto é, deve concentrar-se nos efeitos que aquela decisão proporcionará para o contexto social e não inovar direitos sem respaldo normativo.

No momento em que falamos de função política da Suprema Corte devemos sopesar que ela ocorre somente nos reflexos trazidos para a sociedade através das suas decisões, no entanto, essa situação encontra limitações, visto que não pode o Supremo Tribunal Federal definir pautas nacionais de competência dos outros Poderes.

Pela observação dos aspectos analisados constata-se que a cada período da História, proporções políticas a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal alcançam progressivamente uma importância na mídia, e figuram como pauta para inúmeras discussões na sociedade. Da mesma maneira, verifica-se que nos julgamentos, ainda que de casos específicos, há uma imposição de padrões de condutas, na medida que se tornam precedentes jurídicos a serem seguidos por todos.

Identifica-se então que o Supremo Tribunal Federal possui essa função política, visto que as referidas situações se enquadram perfeitamente no conceito de proteger o Estado e toda a sua coletividade, definindo o que consiste como interesse público e as formas para a sua efetivação. Por tais circunstâncias, quando a Suprema Corte delibera alcançando essa perspectiva, logo está exercendo função política.

Similarmente, frisa-se que, apesar do Supremo Tribunal Federal notoriamente possuir função política quando suas decisões refletem na sociedade, essa atuação requer limites. A Suprema Corte brasileira ainda demonstra função política quando se utiliza de fatores principiológicos ou circunstâncias moralmente aceitas pelo povo para fundamentar os seus vereditos.

Conforme observado, ocorre que toda essa situação causa uma insegurança jurídica, bem como um descrédito nas decisões. Assim, cria-se um parâmetro sem medidas, uma vez que produz uma lacuna ampla quando possibilita diversas interpretações sobre uma mesma conjuntura fática. A função política, portanto, deve figurar apenas nos efeitos que aquela decisão proporcionará para o contexto social e não inovar direitos sem respaldo normativo.

### **3 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO JUDICIÁRIO E UMA INFUNDADA ALUSÃO À FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO STF**

O Poder Judiciário, como dito anteriormente, é um dos três pilares democráticos estabelecidos pela Constituição Federal através do sistema denominado de tripartite, que também conta com o Poder Executivo e Legislativo. Isso porque a existência desses três Poderes independentes e harmônicos entre si é o que sustenta a nossa democracia.

Quando um desses Poderes assume uma posição superior à dos demais, pode-se dizer que a democracia deixa de existir e um regime ditatorial surge. Nesse sentido, o que mantém a democracia em pleno funcionamento é o equilíbrio entre os Poderes, que proporciona uma fiscalização mútua não permitindo excessos, preservando a democracia como um todo.

De tal forma, cada Poder tem a sua própria responsabilidade que dentro do sistema se completam, porém, de maneira integrada, todos devem observar e revisar os atos expedidos uns dos outros. Essa revisão dos atos é mais fácil de ser identificada na natureza institucional do Poder Judiciário, já que o Supremo Tribunal Federal (órgão máximo deste Poder) possui a função de impor o cumprimento da Constituição, mesmo que isso, por vezes, possa ir de encontro com a vontade da maioria da nação naquele momento.

Destaca-se que a função contramajoritária é uma atribuição de todos os órgãos do Poder Judiciário, porém o Supremo Tribunal Federal é o que merece mais destaque, pois suas decisões atingem todo o território nacional, são soberanas em relação às demais instâncias e tem como objetivo elementar proteger o texto constitucional.

Toda essa incumbência conferida ao Supremo Tribunal Federal não quer dizer que o mesmo disponha de representatividade, mas tão somente uma competência funcional estabelecida pela Constituição Federal que dispõe de alguma função política, visto que traz impactos significativos para toda a sociedade.

Como será abordado neste capítulo, a democracia não se resume apenas na vontade da maioria, pois às vezes essa preponderância é meramente circunstancial e pode ser alterada a cada governo eleito. Sendo assim, com a finalidade de se manter um alicerce de garantias que promove uma segurança jurídica interna e protege a todos, seja pessoas do grupo da maioria ou da minoria, um expediente mínimo e essencial precisa ser preservado, independentemente do cenário político que se apresente.

O regime democrático caracteriza-se por ser um dos direitos basilares definidos pela Constituição Federal, contudo tal garantia, assim como nos princípios, não se sobrepõe por exemplo aos demais direitos fundamentais. Nessa acepção, não é concebível a ideia da violação de um direito à vida ou à liberdade (previstos no caput do artigo 5º da Constituição), ainda que seja exercido por apenas um indivíduo, em detrimento de uma posição majoritária.

Em vista disso, pode-se dizer por analogia que o nosso sistema interno se assemelha a um jogo, em que o árbitro da partida é o Supremo Tribunal Federal, que nessa posição detém como uma das suas principais funções institucionais impedir que as regras desse jogo, representadas por nossa Constituição, sejam desrespeitadas e injustiças aconteçam em situações, por exemplo, em que os jogadores (cidadãos) com afinidade por alguma questão ideológica se reúnam para sucumbir os outros que não façam parte dessa espécie de conchavo ou acordo.

Tratando-se de uma democracia, essa vontade da maioria é manifestada muitas vezes pelos políticos, que possuem uma função representativa, visto que tomam as suas decisões em nome do povo que os elegeram. Tais peculiaridades que revestem a ordem democrática, não mudam a ideia de que os indivíduos que não fazem parte do grupo majoritário, representado pela classe política, possam ser oprimidos. Esta é a razão que fundamenta a intervenção do Supremo Tribunal Federal nos outros Poderes, quando atua para fazer valer os direitos fundamentais das pessoas, conforme estabelece a Constituição Federal.

### 3.1 FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA E OS SEUS LIMITES PARA NÃO INCIDIR NA “JURISTOCRACIA”

A função, exercida pelo Poder Judiciário, de fiscalização e controle dos demais Poderes é intitulada como contramajoritária, que tem por objetivo corrigir invalidando leis e/ou atos desarrazoados proferidos pelo Poder Executivo e Legislativo, ou seja, magistrados que não são eleitos aplicam muitas vezes a exegese da Constituição em desconformidade com a interpretação dos agentes eleitos. Nesse mesmo sentido, também explica o Ministro do STF e renomado jurista Luís Roberto Barroso ao afirmar que:

O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. [...] Como assinalado, este é um dos temas mais estudados na teoria constitucional. Apesar da subsistência de visões divergentes, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias.<sup>12</sup>

Tal atribuição não se confunde com uma função de representatividade, mas sim, como uma função de controle de constitucionalidade das quais todos os poderes possuem

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos Tribunais Constitucionais nas Democracias Contemporâneas**. Revista Direito e Práxis, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>. Acesso em 07 de jan. 2022.

prerrogativas para fazer e de diferentes formas. Isso ocorre uma vez que todos os poderes precisam cumprir e fazer cumprir a Constituição Federal.

Imprescindível dizer que a função contramajoritária não está contida apenas no aspecto de invalidar leis inconstitucionais, mas também na defesa de direitos fundamentais de um indivíduo frente ao interesse coletivo. Apesar disso, quando falamos de possíveis excessos por parte do Supremo Tribunal Federal na aplicabilidade da função contramajoritária, o mais recorrente a acontecer é a nulificação de disposições legais atribuindo valores próprios ou até mesmo a normatização inovadora de direitos através da sua jurisprudência.

Ademais, constitui-se como um marco-teórico, a Constituição Federal de 1988 e os seus respectivos princípios, e, da mesma forma, os autores que tratam sobre essas divergências funcionais da Suprema Corte e versam a respeito da conjuntura fática decorrente do desempenho da atividade jurisdicional na democracia brasileira.

Entre os autores pode-se citar novamente o Ministro Luís Roberto Barroso, que considera no sentido de que eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia<sup>13</sup>. Em contrapartida, enfatiza-se a advertência feita pelo jurista Lenio Streck, em relação a constante efetivação de direitos através da judicialização, pois para ele a “prestação jurisdicional não pode ser ilimitada”<sup>14</sup>. Por essas razões, tem-se a necessidade de um estudo aprofundado que faça a delimitação entre as funções exercidas pela Suprema Corte brasileira.

A Constituição Federal no sentido de efetivar os seus preceitos fundamentais possibilita que os Poderes Legislativo e Executivo exerçam o controle de constitucionalidade Preventivo (também conhecido como “A priori”), pois é feito sobre um Projeto de Lei ou Projeto de Emenda Constitucional (PEC), sendo este último uma competência apenas do Legislativo, visto que não há sanção e nem veto para uma PEC, posto que ela é promulgada.

Já o Poder Judiciário, em regra, exerce o controle de constitucionalidade Repressivo (também chamado como “A posteriori”), que analisa uma Lei ou ato normativo em vigor. No entanto, por vezes, o Judiciário também pode ser acionado para realizar o controle preventivo quando, por exemplo, um Projeto de Lei ou Projeto de Emenda Constitucional na sua tramitação acaba violando alguma regra do processo legislativo, isto é, a denominada inconstitucionalidade por ação formal.

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. e outros (orgs). In: **Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Pg. 275 - 289.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Revista Espaço Jurídico: Journal of Law. Joaçaba, v. 17, n. 3, set./dez. 2016. Pg. 721-732.

Todavia, pelo desempenho exercido pela Suprema Corte em ser a “Guardiã da Constituição”, ao mesmo tempo em que realiza com mais notoriedade o controle de constitucionalidade se comparada aos demais poderes, dá a impressão para a sociedade em geral que a mesma, de alguma forma, pode estabelecer conceitos normativos e até mesmo criar normas.

Os defensores da tese de que o Judiciário pode exercer um papel de representatividade, explicam que essas atuações somente ocorrem quando demandas sociais não foram atendidas oportunamente, necessitando de um amparo, ou quando há uma omissão inconstitucional do legislador. Entretanto, tais distorções comprometem o sistema democrático brasileiro, visto que a Suprema Corte especificamente não possui legitimidade para criar ou cessar direitos que não afrontem as normas constitucionais.

Nota-se no cenário atual que tudo está alicerçado na justificativa de que tais medidas são para proteger os direitos fundamentais ou as disposições constitucionais, porém o que se observa na prática é o Poder Judiciário definindo causas que caberiam à nação, através dos seus representantes legitimamente eleitos decidirem.

Quando o sistema de governo deixa de ser democrático e se torna inteiramente baseado em decisões de juízes, a corrente teórica classifica como o surgimento da “juristocracia”. Isso em razão de que há o deslocamento das decisões políticas do país para o Poder Judiciário, desconsiderando a soberania popular. Acerca disso, o renomado jurista e professor Lenio Luiz Streck afirma que:

Dito de outro modo, por vezes ouvem-se discursos em prol do reconhecimento e da concretização de direitos pela via judicial que não consideram que a prestação jurisdicional não é ilimitada e que o “jogo” democrático tem de ser respeitado. Senão, partiremos de uma demo-cracia para uma juristo-cracia, o que certamente traria consequências outras tão danosas ou mais graves do que aquelas que intentamos suplantar.<sup>15</sup>

Nesta conjuntura, podemos citar vários casos emblemáticos em que a Suprema Corte extrapolou sua função contramajoritária, baseando-se numa função de representatividade que ela não possui quando os argumentos sustentados nas suas decisões “visam satisfazer os anseios da sociedade”. O caso mais recente que coaduna com essas características foi quando o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a lei que estabelecia a participação de empresas no financiamento eleitoral.

No mencionado fato, a Suprema Corte excedeu sua função contramajoritária, pois os motivos alegados no parecer dos Ministros atestavam uma representatividade que os mesmos

---

<sup>15</sup> Ibidem, Pg. 722.

não possuem. Isso porque alguns desses Ministros justificaram que as pessoas jurídicas podem participar do financiamento eleitoral se assim entender o Congresso Nacional, no entanto, ao final, minaram essa possibilidade quando julgaram essa Lei inconstitucional por não possuir alguns requisitos em que eles entendiam serem pertinentes. A título de exemplo, os Ministros alegaram que essa norma era inconstitucional, posto que não trazia hipóteses de que essas pessoas jurídicas não poderiam ser contratadas pelos governos que ajudaram a eleger, além de não prever a impossibilidade de se fazer doações de campanha quando essas entidades possuírem empréstimos com bancos públicos.

Observa-se que a Suprema Corte ultrapassou seus limites da função contramajoritária quando declarou ser inconstitucional uma lei que em nada desrespeitava a Constituição, entretanto, para isso utilizou-se de motivos de representatividade quando em suas argumentações quis interferir na função de legislar do Congresso Nacional. Afinal de contas, pode-se fazer a seguinte indagação: existe limite para se legislar quando a matéria não viola nenhum preceito constitucional?

A ideia de que tais fundamentações trazem um resultado melhor para a sociedade e todo o seu bem jurídico envolvido não pode servir de supedâneo para que o Poder Judiciário declare uma norma inconstitucional, tendo em vista que a Suprema Corte brasileira não possui representatividade para falar em nome de todos. Ressalta-se que isso só cabe aos poderes democraticamente eleitos.

Outro caso bastante abordado pela análise e discussão teórica em geral, que traz o Judiciário exercendo uma função de representatividade que não lhe compete, trata-se da súmula vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal. Nessa situação, a Suprema Corte realizou de modo literal, um ato de legislar acerca de uma situação que não havia previsão legal. Através da citada súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional qualquer nomeação de parentes, até o terceiro grau, para cargos públicos de livre nomeação nos três poderes.

Diante disso, visualiza-se que a Suprema Corte não atrelou sua função contramajoritária para exercer uma função de representatividade, porém de forma direta e objetiva realizou a atribuição representativa sob a égide de que a sociedade e o patrimônio público necessitavam desse amparo. Em vista disso, conclui-se que a função contramajoritária quando começou a ser mal utilizada, desencadeou esse resultado, levando o Judiciário a assumir um papel que não é dele.

Desde então esse apoderamento foi ganhando proporções cada vez maiores até chegar ao contexto em que temos hoje, onde o Judiciário define conceitos normativos e, ainda,

em alguns casos, legisla através de suas súmulas e acórdãos. É importante destacar que isso acaba por deteriorar aos poucos a verdadeira essência da democracia, pois apesar de termos alguns magistrados que até estejam bem-intencionados nas suas atuações, pode-se dizer que os mesmos não são eternos como as instituições, e o legado que fica é a permissividade para que possíveis arbitrariedades aconteçam no futuro. Por essas razões as instituições e suas finalidades devem ser sempre preservadas perante qualquer circunstância.

### 3.1.1 Princípio da Harmonia Entre os Poderes da República

Para iniciarmos o relato acerca deste importante princípio previsto na Constituição Federal, temos antes que entender a sua origem histórica, pois, assim, conseguiremos compreender os motivos que levaram a Constituição brasileira e as demais Constituições pelo mundo adotarem essa teoria.

O processo para que essa teoria consubstanciada através do princípio fosse criada se deu gradativamente ao longo da História. Antes mesmo do século XVIII, o filósofo grego Aristóteles já havia identificado o papel do Estado em desempenhar as funções legislativa, executiva e judicial. Neste processo evolutivo ainda tiveram Cícero e Políbio, que defenderam um fracionamento do poder estatal entre as instituições. Por fim, antes que a teoria de fato fosse concebida como a conhecemos, tivemos Locke que analisando todos os fundamentos até ali levantados, tentou unir de modo mais conciso todas essas ideias.

Entretanto, essa teoria, que mais tarde também se tornaria para nós um princípio constitucional, foi definida e implementada pelo político, filósofo e escritor francês Montesquieu, ou seja, todo o conceito acerca da separação de poderes que se propagou pelo mundo e, mais especificamente no Brasil, se deve a ele, o que inclui os nomes dos setores de poder, o bicameralismo do Poder Legislativo e a autonomia do Poder Judiciário.

Nos dias atuais, a separação de poderes não é tão inflexível como muitos pensam. Isso porque a soberania estatal é una e indivisível. Dessa forma, a separação está contida nas funções do Estado, posto que, ainda que a Constituição Federal mencione três poderes, o que temos de fato são funções diferentes do mesmo poder, que são as funções executiva, legislativa e a judiciária.

A respeito disso, o jurista Edinilson Donisete Machado apresenta também em sua obra a seguinte perspectiva:

A fase do atual desenvolvimento do Estado não comporta mais a discussão em torno da divisão dos poderes, como instrumentos estanque das funções, mas sim o princípio de que todas as funções não devem ser entregues em mãos de um só. Esta preocupação

em se dividirem as funções por compartimento estanque tinha sua razão de ser antes dos Estados de Direito, posto que a ausência da consagração de um princípio (como a tricotomia das funções hoje arraigada na maioria dos Estados) tinha como aliada sempre a usurpação das funções de um só indivíduo. Portanto, as funções devem estar uma em relação às outras como colaboradoras, até porque em cada uma delas existe a execução de funções análogas às outras. Aliás, como já salientado, é princípio constitucional, no qual se tem a harmonia e independência como fundamentos. Harmonia, como sinônimo de colaboração, de cordialidade necessária entre as funções. Independência, no sentido de não ser necessária a cada função a permissão da outra, para o exercício de suas competências.<sup>16</sup>

Essa flexibilidade adotada pela Constituição brasileira implica dizer que esses poderes assim definidos não executam somente suas funções típicas, mas também praticam outras que são chamadas de funções atípicas. Podemos mencionar como exemplo a função administrativa, que é típica do Poder Executivo, mas que também é executada pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo em situações internas, como a nomeação ou exoneração de servidores.

Sobre isso, o professor Celso Ribeiro Bastos ressalta que:

Ao contemplar tal princípio o constituinte teve por objetivo — tirante as funções atípicas previstas pela própria Constituição — não permitir que um dos "poderes" se arrogue o direito de interferir nas competências alheias, portanto não permitindo, por exemplo, que o executivo passe a legislar e também a julgar ou que o legislativo que tem por competência a produção normativa aplique a lei ao caso concreto.<sup>17</sup>

Na Constituição Federal este princípio se consubstancia por meio do artigo 2º que diz: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”<sup>18</sup>. Verifica-se que o texto constitucional ao falar da separação de poderes se utiliza dos termos “independentes” e “harmônicos”, uma vez que o primeiro exprime a ideia de autonomia, isto é, sem relação de hierarquia entre eles, já o segundo traz o entendimento de que os Poderes devem se respeitar nos limites impostos pela Constituição.

Por todas essas razões é que se faz importante entender acerca deste princípio, pois o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da sua função contramajoritária, que se dá, por exemplo, na anulação dos atos dos demais Poderes, precisa se ater ao que dispõe a Constituição Federal e praticar ações que sejam condizentes com a independência e harmonia dos Poderes.

<sup>16</sup> MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão Judicial sobre Políticas Públicas: Limites Institucionais Democráticos e Constitucionais**. 2006. 159 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Pg. 96-97.

<sup>17</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Pg. 149.

<sup>18</sup> BRASIL. op. cit. Consti...

### 3.1.2 A Teoria do Sistema de Freios e Contrapesos

Destaca-se inicialmente que esta teoria deve ser constantemente observada pelo Supremo Tribunal Federal e, da mesma forma, decorre da Constituição Federal. O texto constitucional possibilita um Sistema de Freios e Contrapesos em que os Poderes devem supervisionar uns aos outros, mantendo-se um equilíbrio entre eles, e exigindo uma fiscalização recíproca entre os Poderes, permitindo, assim, intervenções a fim de corrigir ilegalidades ou arbitrariedades de um Poder para com os demais.

Esta percepção política trata-se da concretização de um plano de ações para que a finalidade do princípio da separação de poderes seja respeitada. Logo, o sistema de freios e contrapesos surge como resposta para a seguinte pergunta: “se não há uma hierarquia entre os Poderes, como então controlá-los para que nenhum deles exorbite sua competência?” Como dito, este reflexo político trazido pela Constituição responde essa pergunta na medida em que estabelece uma fiscalização totalmente recíproca entre os Poderes.

Imperioso dizer que este mecanismo se tornou mais robusto no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, pois antes disso o país atravessou por vários períodos de instabilidade entre os Poderes, especialmente durante a época da ditadura militar. Por esses motivos, a última Assembleia Nacional Constituinte resolveu instituir diversos “freios” para que isso não acontecesse mais.

A ideia basicamente é inibir que um Poder tenha ações arbitrárias e crie procedimentos de usurpação de competências em relação aos demais, possibilitando com que os agentes dos outros Poderes afetados possam conter isso sem desrespeitar as normas constitucionais. O jurista Evandro Takeshi Kato discorre muito bem acerca da viabilidade concedida pela Constituição Federal para se efetivar essa teoria como uma técnica que proporciona mais eficiência ao princípio da separação dos Poderes, uma vez que tira a sua rigidez e traz instrumentos concretos de interferências recíprocas entre os Poderes. Para ele:

O sistema de freios e contrapesos afasta a rigidez da separação ao permitir interferências recíprocas entre os poderes, com o objetivo de impedir a hegemonia de um deles sobre os demais. Por meio desta técnica, confere-se a cada um dos poderes os meios necessários para repelir tentativas de usurpação de suas funções por parte de outro. São exemplos de mecanismos de freio e contrapesos: o veto presidencial, o processo de impeachment e o controle judicial da constitucionalidade.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> KATO, Evandro Takeshi. **A Lei nº 8429/92 e a perda do mandado do chefe do executivo por decisão judicial em razão de ato de improbidade administrativa**. São Paulo. Tese de Doutorado da Universidade de São Paulo, 2004. Pg. 79.

O que se nota diante disso é que a teoria do sistema de freios e contrapesos tem por objetivo preencher lacunas da separação dos Poderes, pois reconhece a necessidade de uma fiscalização recíproca para evitar o cometimento de excessos.

Um instrumento constitucional exemplificativo utilizado pela corrente teórica que descreve perfeitamente a aplicabilidade deste sistema é o processo de impeachment do Presidente da República, pois nele temos o Poder Legislativo responsabilizando e julgando o Chefe do Poder Executivo, por alguma conduta que considera indevida, sendo um procedimento complexo, já que a Câmara dos Deputados realiza num primeiro momento a admissibilidade e posteriormente o Senado Federal julga o caso.

De igual forma, o Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, pode controlar o Poder Legislativo quando este aprova um projeto de lei que desrespeite a Constituição ou então os seus princípios, todavia, desde que faça isso nos limites de sua legitimidade. Por fim, frisa-se que os princípios da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos se entrelaçam e são o que dão fundamento para a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal.

### 3.1.3 Princípio da Supremacia da Constituição

Quando nos referimos ao Supremo Tribunal Federal temos que entender para nunca esquecer que ele é o “guardião da Constituição”. Assim, os Ministros da Corte não podem, em hipótese alguma, esquivar-se do texto constitucional ou de seus princípios. Esse é o motivo pelo qual devemos sempre explicitar a respeito deste princípio constitucional, especialmente quando versamos acerca das funções da Suprema Corte brasileira.

Isso significa dizer que o desrespeito a este princípio por si só vai contra as atribuições institucionais do Supremo Tribunal Federal. O princípio da supremacia da Constituição estabelece um prevalectimento das normas constitucionais em relação a todas as outras normas jurídicas, pois a Constituição Federal é hierarquicamente superior, conforme constatamos na pirâmide de Kelsen.

Além disso, através deste princípio conseguimos ainda perceber que a Constituição também tem a função de reger a elaboração das demais normas, assim como impor limites ao seu conteúdo. A reflexão teórica nos traz importantes ensinamentos sobre este princípio constitucional, dentre o qual destaca-se Nelson Nery Júnior que nos orienta que o operador do Direito “deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto

o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema”<sup>20</sup>.

Já o jurista José Renato Nalini conceitua este princípio na sua obra da seguinte forma:

O princípio da supremacia constitucional significa encontrar-se a Constituição no vértice do sistema normativo. Ela é o fundamento de validade de todas as demais normas, pois estabelece em seu corpo a forma pela qual a normatividade infraconstitucional será produzida. Todas as demais leis e atos normativos são hierarquicamente inferiores à Constituição. E se com ela incompatíveis, não têm lugar no sistema jurídico, por não haver possibilidade de coexistência entre a Constituição e a norma inconstitucional.<sup>21</sup>

No tocante a relevância de ressaltar a posição superior das normas constitucionais se comparadas com as demais, se faz essencial destacar os ensinamentos de André Ramos Tavares que diz:

(...) A disposição hierárquica cumpre a importante função de conferir coerência e coesão ao ordenamento estatal. A Constituição é o patamar último de determinado ordenamento positivo, com o que a importância em seu cumprimento se exige com mais intensidade do que aquela normalmente exigida para os demais textos normativos.<sup>22</sup>

Essa supremacia vista através do princípio tem também como base a rigidez da Constituição Federal. Nesse sentido, André Ramos Tavares complementa:

(...) nada mais é do que a impossibilidade de mudança das normas constitucionais pelo mesmo procedimento adotado para revitalização da legislação de cunho infraconstitucional. Em outras palavras, as normas que regulam a revisão da Constituição são diversas daquelas previstas para a revisão da legislação em geral, tendo como principal critério discriminador a dificuldade, que é mais intensificada com relação às primeiras. Assim se propicia um maior grau de proteção dessas normas.<sup>23</sup>

No que se refere a obediência das normas constitucionais serem observadas pelo Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Tribunal Constitucional, podemos entender nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari o seguinte:

As normas constitucionais limitam os poderes públicos, que só podem agir como e quando elas determinam, e mais, disciplinam como e por quem vão ser elaboradas as demais normas. Esses limites que restringem a ação dos poderes estatais garantem o Estado de Direito, atuando, principalmente, no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Assim, qualquer norma, seja de direito público, seja de direito privado,

<sup>20</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pg. 53.

<sup>21</sup> NALINI, José Renato. **Constituição e estado democrático**. São Paulo: FTD, 1997. Pg. 37 - 201.

<sup>22</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Pg. 116.

<sup>23</sup> Ibidem, Pg. 120.

deve estar adequada às normas constitucionais e isto no sentido de não poder contrariá-las, sob pena de ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.<sup>24</sup>

Assim, é possível concluir que o princípio da supremacia da Constituição é a relação de superioridade e subordinação entre as normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico, em que a Constituição é hierarquicamente superior a qualquer outra norma, sendo um correto mecanismo ao direito positivado e onde tudo aquilo que fugir dessa regra será considerado inconstitucional.

Destaca-se acerca deste princípio também a rigidez constitucional como seu fundamento. A Constituição por ser a norma maior é muito difícil de ser modificada, uma vez que exige um quórum específico de três quintos, em dois turnos, nas duas casas do congresso nacional, além de conter no seu conteúdo cláusulas pétreas que não podem ser alteradas. Desta maneira, não há que se falar em atribuições do Supremo Tribunal Federal sem aduzir acerca deste importante princípio constitucional.

### 3.1.4 Controle de Constitucionalidade

De início, oportuno mencionar que o controle de constitucionalidade é o meio pelo qual se tem a efetivação prática dos princípios constitucionais citados até aqui. Isso porque trata-se da verificação da compatibilidade vertical que, obrigatoriamente, precisa existir entre a Constituição e as demais normas posteriores a ela, ou seja, é a comparação entre as normas infraconstitucionais com a Constituição, para verificar se não há nenhuma transgressão ao texto constitucional.

Observando tais situações, pode-se afirmar com precisão que o controle de constitucionalidade aplica eficientemente o sistema de freios e contrapesos e o princípio da supremacia da Constituição. Evidencia-se também que este controle é amplo e atinge tudo que está inserido no bloco de constitucionalidade, como a própria Constituição mais os tratados de direitos humanos que forem referendados nos termos do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, eis que estes serão equivalentes às emendas constitucionais.

Sobre os sentidos e a amplitude do bloco de constitucionalidade podemos citar os ensinamentos de Áurea Maria Ferraz de Sousa que assevera o seguinte:

---

<sup>24</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, operatividade e efetividade.** 264 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000. Pg. 65.

Marcelo Novelino ensina que a expressão foi cunhada por Louis Favoreu, referindo-se a todas as normas do ordenamento jurídico francês que tivessem status constitucional.

Canotilho, por sua vez, ao tratar do bloco de constitucionalidade oferta-lhe sentido de referência, ou seja, apenas as normas que servem de parâmetro (referência) fariam parte deste bloco. Aqui a expressão é tomada em sentido restrito.

Existem outros autores, entretanto, que a tomam no sentido amplo. Para estes, o bloco de constitucionalidade engloba não apenas as normas formalmente constitucionais, mas todas aquelas que versem sobre matéria constitucional, alcançando, assim, a legislação infraconstitucional (como o TIDH Tratado Internacional de Direitos Humanos, por exemplo).<sup>25</sup>

Quando uma lei infraconstitucional transgredir ou colidir com a hermenêutica constitucional duas hipóteses serão possíveis: 1- Se a lei instituída for anterior ao bloco de constitucionalidade sofrerá o fenômeno da “não recepção”; 2- Se a lei transgressora for instituída posteriormente ao bloco de constitucionalidade passará então pelo controle de constitucionalidade. Este fenômeno jurídico além de se fundamentar no Princípio da Supremacia da Constituição, também se justifica na rigidez constitucional, conforme dispõe o artigo 60, §2º, da Constituição Federal.

No que diz respeito à definição de controle de constitucionalidade e seus inerentes aspectos, Dirley da Cunha Júnior esclarece que:

O controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados.

De feito, partindo da premissa teórica de que uma Constituição rígida é suprema ante todos os comportamentos e atos do poder público, é indubitavelmente manifesta a necessidade em que se encontra o próprio texto constitucional de organizar um sistema ou processo adequado de sua própria defesa, em face dos atentados que possa sofrer, quer do Poder Legislativo, através das leis em geral, quer do Poder Executivo, através de atos normativos e concretos. Assim, “é justamente a tais sistemas ou processos de defesa, ou guarda das Constituições rígidas, frente a tais ataques, que hoje se denomina “controle da constitucionalidade das leis”. Para esse exato sentido apontam as lições de Pedro Cruz Villalon, que concebe o controle de constitucionalidade como “el modo a través dei cual un ordenamiento reacciona frente a la existencia de normas contrarias a la Constitución”. Ou, consoante assegura o próprio autor, como “la garantía jurisdiccional de laprimacía de la Constitución sobre el resto dei ordenamiento, pero de forma primordial sobre las leves como suprema manifestación ordinaria de la potestad normativa dei Estado”.

Do ponto de vista prático, o controle de constitucionalidade ocorre assim: quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a Constituição, o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constatada a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional e tem retirada, em regra retroativamente, a sua eficácia, deixando de

---

<sup>25</sup> SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **O que se entende por bloco de constitucionalidade?** Jusbrasil, 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1996854/o-que-se-entende-por-bloco-de-constitucionalidade-aurea-maria-ferraz-de-sousa>. Acesso: 30 ago. 2022.

irradiar efeitos, quer para o caso concreto (no controle concreto), quer para todos ou “erga omnes” (no controle abstrato).<sup>26</sup>

Após constatarmos o que se refere o controle de constitucionalidade torna-se importante dizer acerca dos seus corolários. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal deverá analisar o tipo de inconstitucionalidade que se trata. A teoria jurídica classifica como modalidades de inconstitucionalidades de duas maneiras: 1- Por ação; 2- Por omissão.

Na inconstitucionalidade por ação temos uma norma que foi feita e que diverge da Constituição. Essa divergência pode ser formal ou material. Quando se tratar da inconstitucionalidade por ação formal teremos a violação de alguma fase do procedimento (ou então ele todo) para a criação da lei. Alguns exemplos que a Constituição nos traz são a violação da iniciativa reservada prevista no artigo 60, incisos I ao III; violação do sistema de votação com previsão nos artigos 69 e 60, § 2º; e, por fim, a violação da espécie normativa que possui previsão no artigo 163 da Constituição Federal. Ressalta-se que a inconstitucionalidade por ação formal ocasiona uma nulidade absoluta da norma.

Por outro lado, quando se tratar da inconstitucionalidade por ação material teremos então a transgressão de algum direito garantido constitucionalmente, como é o caso, da violação de algum direito previsto no artigo 5º ou então no título VIII da Constituição. Esse tipo de inconstitucionalidade pode acarretar na nulidade total ou parcial da norma, o que vai depender do caso.

Para terminar, como já foi dito anteriormente, temos a inconstitucionalidade por omissão. Esta ocorre quando existe uma norma constitucional de eficácia limitada que precisa ser regulamentada, isto é, a Constituição prevê a garantia de um direito e dispõe no sentido de que seja feita uma lei para regulamentá-lo, no entanto o legislador permanece inerte e não a faz. Assim, é possível acionar o Supremo Tribunal Federal para que o mesmo imponha ao Poder Legislativo, ou então ao Poder Executivo quando for de sua competência, a propositura e aprovação da lei.

O controle de constitucionalidade pode ser feito na sua forma difusa, em um caso concreto, ou então na sua forma concentrada que vai analisar a lei em tese e de modo abstrato. No controle concentrado o Supremo Tribunal Federal irá, portanto, deliberar acerca da norma por meio de ações próprias desenvolvidas exclusivamente para esse fim. As ações de controle concentrado são: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva Federal (ADI Interventiva); Ação Direta de

---

<sup>26</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4ª ed. rev. ampli. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010. Pg. 40.

Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por omissão); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Cada uma dessas ações de controle concentrado surtirá um efeito diferente, porém todas elas possuem o mesmo objetivo: colocar em prática a supremacia da Constituição. Dessa forma, quando nos referimos sobre a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, não podemos deixar de mencionar o controle de constitucionalidade, uma vez que ele se configura como um dos mecanismos instituídos pela Constituição Federal em que os Poderes Legislativo e Executivo, que possuem função representativa, poderão ser contestados e até mesmo rechaçados nas suas condutas que extrapolarem os limites impostos pela Constituição brasileira.

### 3.1.5 Circunstâncias que Definem a Função Contramajoritária

A Constituição de 1988 é a responsável por estruturar todos os direitos e deveres dos entes políticos e cidadãos do país. É denominada como a Constituição Cidadã, pois foi elaborada na redemocratização do Brasil, depois do término da Ditadura Militar. Durante a sua concepção houve uma enorme discussão que perdurou por mais de um ano e representou a formação da nova República.

Deste modo, a Constituição possuindo a incumbência de ser a base para que toda a estrutura fosse desenvolvida, criou e estabeleceu mecanismos para implementar e defender esses direitos e deveres aludidos. A Constituição no seu artigo 5º, inciso XXXV, concedeu a clássica tarefa ao Poder Judiciário de resguardar e proteger os direitos violados ou ameaçados de violência, não podendo lei alguma impedir essa apreciação. Nesta condição está alicerçada a judicialização sobre toda e qualquer circunstância.

Ressalta-se que a judicialização é um método previsto e fundamentado nos princípios constitucionais que tem, por sua vez, o objetivo de ser um garantidor de preceitos fundamentais. Isso significa dizer que a chamada “judicialização” condiz com a hipótese do Judiciário apreciar e impor aos demais Poderes deveres de atuação regulados juridicamente por meio desses citados processos, quando não efetuados por alguma irregularidade no procedimento ou quando não executados por mera desídia do Poder Público.

A judicialização em face de outros Poderes, por si só, já se enquadra como uma hipótese de intervenção em funções de representatividade, pois emana de uma atuação contramajoritária do Poder Judiciário, já que este não possui representatividade eleitoral e intervém diretamente nesses outros Poderes que são representativos. Assim, se o Gestor Público que tem, ao menos em tese, a discricionariedade nas ações do seu plano de governo outorgada

democraticamente pelo povo não cumprir com suas obrigações, poderá então ser forçado a realizá-las por determinação de uma decisão judicial.

Conseguimos constatar diante disso que a função contramajoritária serve como um tipo de exceção à função majoritária, pois visa evitar que aqueles que compõem a maioria de pessoas cometam excessos sob uma alegação de exercício da democracia, onde deturpam preceitos constitucionais e oprimem os grupos compostos por minorias. É certo que um dos princípios essenciais para uma plena democracia é o princípio da maioria, e essa é a regra que deve prevalecer. No entanto, essas condições precisam de uma análise muitas vezes criteriosa por parte do Poder Judiciário, visto que ocasionalmente uma maioria de parlamentares talvez seja, na verdade, uma minoria poderosa.

Sobre a relação entre a prevalência da maioria e o regime democrático podemos entender à luz dos ensinamentos do professor Lenio Luiz Streck que:

Se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau.<sup>27</sup>

O Supremo Tribunal Federal como detentor de uma jurisdição constitucional é o maior encarregado para verificar e resolver esses tipos de situações. A República brasileira é fundada no Princípio do Estado Democrático de Direito, e este, por sua vez, pauta-se na garantia plena da democracia sem desrespeitar os direitos fundamentais. Nessa perspectiva, está o papel da jurisdição constitucional, uma vez que ela serve como um instrumento para proteger as normas fundamentais.

O empenho deve ser para se alcançar uma distinção entre o que vem a ser como uma democracia constitucional e o que pode ser, na verdade, uma democracia majoritária. Nessa ideia de que a jurisdição constitucional serve como instrumento de preservação da Constituição, Konrad Hesse nos ensina que:

Essa tarefa inclui a tarefa do controle dos poderes estatais, do mesmo modo como a tarefa da concretização e aperfeiçoamento do Direito Constitucional que, no entanto, não é exclusivamente e nem sequer em primeiro lugar, assunto da jurisdição constitucional – mesmo que essa tenha a dizer a última palavra. A concretização do Direito Constitucional pela jurisdição constitucional decididora autoritariamente

---

<sup>27</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pg.18-19.

serve, nisto, à clareza jurídica e certeza jurídica; ela deve desenvolver efeitos racionalizadores e estabilizadores, o que somente é possível, se a jurisprudência do Tribunal Constitucional segue princípios de interpretação firmes e visíveis e evita, no possível, o recurso a princípios de direito gerais e indeterminados.<sup>28</sup>

A jurisdição constitucional, quando utilizada para exercer uma função contramajoritária, possui uma abrangência mais específica em relação às outras, pois os direitos individuais ou minoritários são extensamente encontrados no texto constitucional, além de possuírem um caráter de norma fundamental que se sobrepõe às demais normas. Conquanto, relevante reforçar que a função contramajoritária, apesar de ter mais notabilidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é uma competência atribuída a todas as instâncias do Poder Judiciário. Essa contextualização vem muito bem expressa por Eduardo Cambi:

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais trunfos contra a maioria, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. A jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão, ter-se-ia que negar a ideia de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais.<sup>29</sup>

Com efeito, a função contramajoritária tem por objetivo possibilitar a inserção das minorias e garantir que elas não sejam suprimidas das regras democráticas postas por uma maioria em proveito próprio. Assim, o Poder Judiciário atua como um fiscalizador das ações da maioria para não permitir que condutas sejam tomadas em desacordo com a Constituição e, conseqüentemente, haja o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

Por outra perspectiva, uma parte da corrente teórica ainda assevera que a função contramajoritária tem também, por objetivo, manter conquistas históricas de seu povo e que por isso não podem ser facilmente modificadas pela vontade de cada governo. É o que defende e afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, ao dizer que:

[...] A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. [...]

<sup>28</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998. Pg. 420.

<sup>29</sup> CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 206.

Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. [...] A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária.<sup>30</sup>

É inegável que a Constituição se trata da maior manifestação de soberania popular e o sistema contramajoritário atua contra uma maioria ocasional em proteção aos direitos fundamentais ali previstos. Todos esses instrumentos são utilizados para um fim muito maior e visam no final consagrar um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Sobre isso, Dirley da Cunha Junior discorre muito bem ao dizer que:

Não obstante contramajoritária em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático.<sup>31</sup>

Pode-se dizer então que estamos inseridos em um Estado Democrático de Direito, pois adotamos como regra o princípio majoritário, porém, concomitantemente, vivemos em um Estado de Direito que prioriza também o princípio da supremacia da Constituição e assegura os direitos e as garantias fundamentais. Tais características de ter que adequar certos valores é o que atribui legitimidade para o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, atuar de modo contramajoritário.

### 3.2 UMA INFUNDADA ALUSÃO À FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO STF.

O Poder Judiciário tem se tornado cada vez mais protagonista nas pautas de grande importância para o país e, por conta disso, devemos questionar os seus motivos determinantes, bem como aduzir sobre a legitimidade dessas atuações, visto que o Brasil tem se transformado num país cada vez mais “judicializado”.

Constata-se, dessa maneira, que atualmente há uma sobreposição do Poder Judiciário em relação aos outros poderes, que além de decidir, o que é naturalmente de sua competência, também vem avocando competência dos demais, assumindo uma função de representatividade que não lhe pertence quando estabelece e se pronuncia acerca de assuntos

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pg. 113 - 114.

<sup>31</sup> CUNHA JÚNIOR. Op cit., Controle... Pg. 61.

que não estão dentro dos limites de sua alçada, ao invés de fazer cumprir o que dispõe a Constituição Federal.

Nessa perspectiva, a intenção da análise de todo esse contexto deve-se prender e abordar como isso se deu, como tem sido utilizada hoje em dia essa função representativa por parte do Judiciário e as consequências que essas medidas podem ocasionar para o sistema democrático brasileiro. Da mesma forma, explicar que a legítima função contramajoritária do Poder Judiciário não se confunde com a função de representatividade e identificar as distorções que são feitas referente a Suprema Corte brasileira.

Previamente, é importante dizer que quando os magistrados tornam inválido um ato do Legislativo ou do Executivo, e até mesmo quando estabelecem aos mesmos um dever de atuação, acabam por realizar uma atribuição nitidamente política, sob a alegação da garantia do bem-estar social e dos direitos sociais. Essas mencionadas garantias são muitas vezes concretizadas através de ações governamentais denominadas de políticas públicas. No ilustre ensinamento de Maria Paula Dallari Bucci, podemos definir também política pública nos seguintes termos:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>32</sup>

Essa situação de interferir em políticas públicas quando estas ficam em estado de inércia pelos demais Poderes possibilita que muitos visualizem erroneamente o Supremo Tribunal Federal como um genuíno detentor de função de representatividade. É o que assevera o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso ao dizer que:

Cortes constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, desempenham, também, em diversas situações, um papel representativo. Isso ocorre quando atuam (i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.

[...]

Por fim, situa-se entre o papel contramajoritário e o papel representativo decisões dos tribunais – proferidas ou confirmadas pelo Supremo Tribunal Federal – que interferem com a execução de políticas públicas. Nessa linha, há julgados envolvendo o tema da concretização de direitos sociais, nas quais se determinam providências (prestações

---

<sup>32</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico** (Maria Paula Dallari Bucci, org.) São Paulo: Saraiva, 2006. Pg. 39.

positivas) como fornecimento de medicamentos, melhoria das condições de hospitais e escolas, realização de obras de saneamento e reformas de presídios, entre outras.<sup>33</sup>

Alguns autores alegam que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não foram eleitos diretamente pelo povo, mas que possuem representatividade indireta, já que a nomeação é feita pelo Presidente da República, com a aquiescência do Senado Federal. Essa corrente ainda fundamenta que a alegada representatividade indireta somente ocorre dessa maneira devido ao fato de que, se houvesse uma eleição direta para o cargo, a imparcialidade e a independência seriam comprometidas.

Essa parcela significativa de teóricos ainda defende a prevalência do Judiciário em relação aos outros Poderes, tendo em vista o retrospecto negativo de algumas deliberações políticas que são, muitas vezes, pautadas na conveniência própria ou no raso nível de discussão. Assim, concomitantemente, esse grupo de pessoas defende a ideia de uma maior imparcialidade por parte do Judiciário nas suas decisões, além de um nível de discussão mais elevado e aprofundado. Contudo, essa coletividade não leva em consideração que o sistema não pode ser comprometido em detrimento das pessoas que estão ocupando os cargos. Isto é, se os agentes que ali estão simplesmente não agradam, o correto é, através dos meios democráticos, substituí-los.

Por meio dessa perspectiva, torna-se nítido entender o porquê dos cargos de magistrado serem vitalícios e os políticos serem transitórios, compostos em mandatos. A alternância a cada período de tempo tem exatamente o propósito de propiciar uma renovação ou uma manutenção das políticas implementadas através dos agentes eleitos. Por isso, a concepção de que o Judiciário pode atuar em questões representativas não se mantém, visto que uma atribuição como essa, numa democracia, não pode ser exercida por alguém que dispõe de vitaliciedade. Sobre isso, o jurista Ronald Dworkin complementa formidavelmente dizendo que:

As decisões políticas, segundo esse argumento, devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo, que possam ser substituídos periodicamente da mesma maneira. Esse princípio aplica-se a todas as decisões políticas, inclusive à decisão de quais direitos os indivíduos têm e quais destes deve ser possível impor judicialmente. Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob controle popular.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> BARROSO. op cit., Contra... Acesso em: 07 de jan. 2022.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000. Pg. 17.

Alguns juristas consideram que em determinados assuntos, muitas vezes de clamor popular e diante de uma alegada inércia dos demais Poderes para deliberar, justificaria por si só a responsabilidade do Judiciário em resolver aquela demanda. Nesse sentido, muitas decisões são fundamentadas em princípios constitucionais, pois não há, até então, uma norma para positivizar aquele direito ou obrigação. Todavia, sabe-se que os princípios constitucionais são expedientes utilizados para nortear a aplicação da vontade constitucional nas situações de controle, ou seja, os princípios são instrumentos de meio e não de fim.

Em razão disso, tais argumentações podem ser utilizadas como subterfúgios para respaldar aquela determinada decisão sem que haja uma fundamentação positivada na lei. De tal forma, a primeira grande consequência desse problema seria a origem de um precedente sem limites. Isso porque a lacuna gerada pode ser extensa, dando margem a inúmeras interpretações sob a ótica de um mesmo princípio, ou, sobrepondo um específico que mais convém em prejuízo de outro.

Outra grave consequência seria a insegurança jurídica que é ocasionada, uma vez que mudanças de entendimento por parte da Suprema Corte são extremamente recorrentes. Com relação a esse tipo de situação podemos citar o caso da prisão após condenação criminal em segunda instância. Nesse fato, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal tinha um entendimento consolidado há vários anos, mas resolveu mudar seu entendimento no decorrer de uma repercussão nacional e, por fim, depois de um lapso temporal de aproximadamente dois anos voltou atrás e retornou a deliberar no sentido da primeira tese.

Essa insegurança jurídica trouxe uma grave insatisfação para a coletividade e somente agora fala-se na propositura de uma PEC que finalmente resolva essa questão. No aludido fato, foi possível constatar que o maior ônus recaiu sobre a sociedade, visto que o direito à liberdade, nessas hipóteses, foi modificado por duas vezes em pouco tempo, afetando a vida de muitas pessoas e de suas respectivas famílias. Portanto, a normatização realizada pelo Judiciário através da judicialização de temas de representatividade não traz a segurança jurídica que uma lei ou emenda constitucional presumidamente pode oferecer.

Por último, e talvez diante da maior consequência que resume e corrobora com as outras já citadas, nos defrontamos com a ausência da própria qualificação de representatividade por parte dos magistrados. Como foi dito anteriormente, há quem diga que no caso do Supremo Tribunal Federal essa representatividade possa existir, levando em consideração que o mesmo se caracteriza também por ser uma Corte Constitucional composta por ministros nomeados politicamente, entretanto, a nomeação política não confere ao nomeado a versada representatividade.

Podemos observar, até mesmo nos cargos considerados de cunho político, porém, que não possuem representatividade e, por esse motivo, podem ser substituídos a qualquer momento pela pessoa com representatividade que o nomeou. A título de exemplo, pode-se mencionar os Ministros de Governo e os Secretários de Estado. Esses cargos são classificados como políticos até mesmo pela Suprema Corte brasileira, no entanto, por não possuírem representatividade, como já aludido, podem ser modificados a qualquer tempo. Em vista disso pode-se concluir que os detentores de representatividade, no período de seus mandatos, possuem prerrogativas que os diferem daqueles que são nomeados.

Para melhor compreendermos essas noções estabelecidas precisamos analisar como funciona uma democracia representativa e, posteriormente, definir conceitualmente as diferenças entre uma função política e uma função representativa, pois, embora o liame entre essas atribuições seja muito próximo, estas não são idênticas. Após, será possível entender que apesar do Supremo Tribunal Federal exercer função política, quando por meio das suas decisões atinge toda a sociedade brasileira, isto não implica dizer que o mesmo é dotado de representatividade, pois as duas funções não se confundem.

### 3.2.1 Concepções Acerca da Democracia Representativa

Quando abordamos acerca da função de representatividade torna-se possível perceber que ela funciona como uma força motriz que rege um Estado democrático. Essa característica é o que possibilita o Estado, como forma de governo, implementar suas políticas e o seu ordenamento legal em conformidade com a soberania popular que é a grande peculiaridade de uma democracia.

À luz dos ensinamentos de Norberto Bobbio podemos compreender que:

Por democracia entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e oligarquia.<sup>35</sup>

Nessa linha, não há dúvidas que o Brasil é um país com uma democracia representativa. Isso porque a Constituição Federal no seu artigo 1º, parágrafo único, dispõe que *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”*.

---

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. Pg. 07.

Assim, com base no texto constitucional, pode-se afirmar que o poder emanado do povo através dos seus representantes eleitos é o que configura uma democracia representativa.

A forma da democracia representativa quer dizer, sucintamente, que o povo delega as suas escolhas ou decisões a um grupo menor que terá a obrigação de decidir por eles. Essa situação irá sujeitar o político a deliberar da maneira que achar melhor para o seu Município, Estado e País. Este sistema é conduzido por alguns princípios como: 1- Obediência constitucional; 2- Sufrágio universal; 3- Igualdade entre todos frente à lei; 4- Mandatos com prazos definidos.

Estes princípios são muito bem expostos por Paulo Bonavides ao dizer que:

A moderna democracia ocidental, de feição tão distinta da antiga democracia, tem por bases principais a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral (a *volonté générale* do Contrato Social de Rousseau); o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional do princípio da distinção de poderes, com separação nítida no regime presidencial e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar; a igualdade de todos perante a lei; a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social; a representação como base das instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de direito, com a prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica, abrangendo todas as manifestações de pensamento livre: liberdade de opinião, de reunião, de associação e de fé religiosa; a temporariedade dos mandatos eletivos; e, por fim, a existência plenamente garantida das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem.<sup>36</sup>

Vale dizer que na Grécia antiga a democracia era direta, ou seja, não representativa. Nesse período histórico, eram feitas assembleias com toda a coletividade para discutir qualquer demanda política. Contudo, ao longo da História, as populações foram aumentando e tudo se tornou mais complexo. Assim, a opção para contornar esse problema e manter o sistema democrático tornando-o viável aos países contemporâneos se deu através da democracia representativa.

Em regra, quando se trata de uma democracia representativa, a ferramenta mais utilizada é o voto. O propósito desse sistema é que os cidadãos possam decidir quem irá preencher a vaga daquele cargo eletivo pelo qual ele está votando. Desse modo, o exercício da cidadania se dá através do voto universal, que assim se denomina, pois concede o direito de voto a qualquer pessoa seja qual for o seu gênero, sua cor, seu credo, escolaridade ou idade.

A pessoa que recebe esses votos é o representante que se coloca à disposição para apresentar as proposições e conduzir os debates levantados por seus eleitores para o local de deliberação oficial. Neste contexto político, os eleitos acabam compondo instituições

---

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 18ª ed, 2011. Pg. 295.

representativas que fazem parte da estrutura constitucional dos Poderes, como é o caso do Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Logo, compreendemos que estamos inseridos numa democracia representativa, onde somente aqueles advindos da vontade popular podem decidir acerca das atividades de governo expressas por meio da realização ou não de políticas públicas, bem como a normatização ou não de determinadas demandas. Sendo assim, esses representantes são incumbidos de gerenciar a coisa pública e definir as leis.

Por sua vez, o povo escolhe o representante com quem mais se identifica, dentre várias opções, e os critérios utilizados geralmente são as pautas, além da ideologia, que o então candidato defende. Entretanto, uma parte da literatura avalia que o sistema representativo vem enfrentando uma crise, onde consideram que a classe política não representa mais os interesses do povo. É o que conclui muito bem Karla Manfredini ao afirmar que:

O que tem-se vivenciado no Brasil é a crise desse modelo. Os representantes já não representam o povo; este, por sua vez, já não se interessa pelos assuntos políticos. O número de partidos cresce, mas as ideologias continuam as mesmas, e, o poder legislativo ainda não logrou sua independência, continua a operar com preponderância do executivo.<sup>37</sup>

Apesar do sistema da democracia representativa não ser perfeito e, por conta disso, possuir as suas respectivas falhas através, por exemplo, dos escândalos de corrupção e abuso de poder, é certo dizer que não há outro modelo que seja mais justo e participativo quanto este. Outro ponto a se discutir trata-se de uma infundada teoria que atribui essa função representativa ao Supremo Tribunal Federal. Como foi mencionado anteriormente, essa representatividade é outorgada para que o agente eleito possa falar em nome daquela parcela do povo que o elegeu, bem como propor leis e políticas públicas nesse sentido.

Não há que se falar, por essa razão, em representatividade do Supremo Tribunal Federal, visto que os seus membros não foram eleitos pelo povo com base em pautas ou critérios de afinidades ideológicas. Aliás, se fosse assim, a Suprema Corte brasileira iria conduzir seus trabalhos baseando-se nas suas promessas de campanha e não na real aplicabilidade da vontade constitucional, o que acarretaria numa parcialidade do tribunal.

O aludido papel representativo, como apurado, são condizentes apenas com os cargos democraticamente eleitos. Por consequência, situações de normatização e determinação, sem prévia lei que estabeleça, em atos dos demais Poderes, caracteriza-se como uma apropriação de representatividade que o Judiciário não detém. Ressalta-se que a aplicabilidade

---

<sup>37</sup> MANFREDINI, Karla Marcon. **Democracia Representativa Brasileira: O Voto Distrital Puro Em Questão.** 97 p. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Pg. 25.

da função contramajoritária, que é legítima ao Poder Judiciário, se sustenta na representação da ideia do exercício do controle constitucional e infraconstitucional. Deste modo, existe um preceito previamente instituído através de uma norma constitucional ou legal que serve de diretriz para que se imponha a medida jurídica.

Portanto, apenas os agentes eleitos podem estabelecer normas ou instituir políticas públicas no âmbito da sua discricionariedade, porquanto, vivemos numa democracia representativa em que toda a estrutura organizacional do país decorre do povo, por meio dos seus escolhidos representantes. Diante disso, a possibilidade do Judiciário assumir esse papel e deliberar em causas de grande repercussão é inexistente. Quando isso ocorre, como já explanado, consequências nocivas são acometidas em prejuízo de toda a sociedade.

Esses malefícios que são resultados dessa deturpação podem ocasionar, como atestado, em vários precedentes sem limites, devido às inúmeras interpretações que podem ser dadas, e, da mesma forma, podem gerar também insegurança jurídica, além de conceder representatividade a agentes públicos que não a possuem, suprimindo por vezes a real finalidade de um Estado Democrático de Direito.

### 3.2.2 Diferenças entre Função Política e Função Representativa

A princípio, quando se busca entender o papel do Supremo Tribunal Federal, bem como os reflexos de suas decisões na sociedade, imprecisões surgem e acabam modificando os sentidos de cada função, seja ela legítima ou ilegítima a Corte. Por esse motivo, manifesta-se a necessidade de abordar sobre essas duas funções, visto que, geralmente, seus significados são completamente confundidos, o que faz com que alguns desacreditem na possibilidade do Supremo Tribunal Federal exercer função política.

De início, rememorando o conceito de função política, temos que fixar a ideia de que se trata da concretização do poder de escolha em assuntos fundamentais para um povo, com o intuito de proteger o Estado e fomentar o bem de toda a coletividade. É inegável que um Tribunal Constitucional, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, exerça função política, pois suas decisões, muitas vezes, recaem sobre causas sensíveis para a estrutura estatal e para a sociedade. Nessa acepção, também defende Cezar Saldanha Souza Júnior ao dizer que:

(...) Na perspectiva funcional material, o poder constituinte originário, pela via da hexapartição de poderes, comissionou o Tribunal Constitucional com uma parcela importantíssima da função política de última instância. Qual seja: a função de defender e concretizar, progressivamente, a Constituição normativa, fulcrada em texto escrito, com vocação de supremacia (...).

Nessa natureza funcional material de última instância podemos arrolar atuações como: (a) renovar, continuamente, o consenso político que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição; (b) atualizar, incessantemente, o poder constituinte originário, tanto na concreção dos valores supremos do ordenamento, quanto na necessária evolução diante das novas exigências da história e da consciência da civilização; (c) arbitrar, quando envolvida questão constitucional, conflitos entre poderes, tanto na distribuição funcional, quanto na distribuição territorial; e (d) proteger os direitos fundamentais da pessoa, frente ao poder público e à sociedade em geral.<sup>38</sup>

Nesse contexto e partindo dessas premissas, conseguimos visualizar uma Corte Constitucional com atribuições políticas, o que não se confunde com a função representativa, posto que esta não se faz presente nas atribuições do Supremo Tribunal Federal. Na verdade, ambas atribuições podem parecer semelhantes, mas são na sua essência distintas. Isso se deve ao fato de que a função política interfere na vida da coletividade, assim como a função representativa, no entanto, a função representativa concede um poder de escolha ao povo que a mera função política não é capaz.

Logo, podemos dizer que a função representativa advém da função política, porém a função política não possui necessariamente uma relação com a função representativa. Essas noções conceituais são facilmente percebidas quando nos referimos a outras formas de governo. Se observarmos um regime monárquico, conseguimos avistar na figura de seu líder, seja um rei, imperador ou príncipe, uma figura dotada de função política, entretanto, sem representatividade diante da impossibilidade do povo o escolher. Nesse caso, o monarca define a vida política daquela nação, porém não faz isso com representatividade já que a liderança foi adquirida por critérios de hereditariedade e vitaliciedade.

Com efeito, não há analogia entre uma monarquia e a função política do Supremo Tribunal Federal. Tais comparações visam apenas elucidar de forma mais delineada e, por consequência, mostrar a grande diferença entre essas funções. Uma coisa é indiscutível, os Tribunais Constitucionais são alicerces extremamente importantes para o Estado Democrático de Direito. A essencialidade da Suprema Corte está principalmente na sua atribuição de defender e fazer cumprir tudo o que dispõe a Constituição Federal, ainda que para isso tenha que intervir nos outros Poderes.

Em razão de todos esses argumentos aduzidos que, parte da corrente teórica mais progressista considera legítimo, como uma das atribuições dos Tribunais Constitucionais, a função de “renovar o consenso político”, sendo ele um mediador ou então conduzindo uma espécie de arbitragem nas contendas envolvendo a separação de poderes, o federalismo, o

---

<sup>38</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. Pg. 120 - 121.

cumprimento de valores soberanos do ordenamento e a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais. Por essas características que se atribui um papel político ao Supremo Tribunal Federal, contudo, vale dizer que nem todas as Cortes Constitucionais exercem de fato estas mesmas funções.

Fica evidente que o Supremo Tribunal Federal não dispõe de uma função representativa, porém ao interferir diretamente no destino da sociedade realiza, inevitavelmente, uma função política. Esse cenário é frontalmente rechaçado por muitos teóricos do direito, no entanto, não se pode negar um contexto fático e verídico.

Reconhecer e certificar essa situação pode contribuir muito para que a atuação dos Ministros da Corte seja concretizada com mais consciência, pois, de fato, suas decisões terão um impacto de proporções nacionais, o que não ocorre, por exemplo, com um juiz de primeira instância.

Manifesto dizer, por tais motivos, que a função representativa se difere da função política, sendo plenamente possível dispor de uma e não possuir a outra. É o que acontece, portanto, com o Supremo Tribunal Federal que detém função política, pois ao efetivar os preceitos constitucionais a Corte também protege o Estado e promove o bem de toda a coletividade. Todavia, quando isso acontece não há representatividade, visto que o Tribunal não tem os seus membros eleitos pelo povo.

#### **4 A TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO ÂMBITO DO STF E SUAS CONTRADIÇÕES.**

As omissões constitucionais ou legislativas propiciam que o Supremo Tribunal Federal disponha de uma margem interpretativa e discricionária no momento em que concebe os seus vereditos. Conquanto, na maioria das vezes isso resulta em decisões judiciais que não são unânimes e nem de senso comum. Dessa forma, magistrados podem divergir uns dos outros, porém não quanto aos aspectos consubstanciais do direito, mas tão somente aos critérios subjetivos do litígio em questão. Por esses motivos, o ordenamento jurídico permite que o Poder Judiciário tenha uma certa liberdade nas suas atuações, o que constitui a razão de inúmeras críticas por parte dos operadores do direito e até mesmo pela sociedade.

As críticas mais predominantes estão fundamentadas no sentido de que a Suprema Corte brasileira não tem adotado decisões de natureza jurídica, e sim de tendência política. Assim, é o que se pretende analisar neste capítulo por meio de uma investigação acerca das teorias e reflexões jurídicas. A princípio é necessário compreender que a aplicabilidade do direito pressupõe uma definição do significado das normas. Em vista disso, temos uma possibilidade de escolha do intérprete que se denomina juridicamente como “discricionariade”.

O jurista Kelsen, na sua teoria, da qual intitula como quadro hermenêutico ou moldura da norma, relata que o julgador ao apreciar e aplicar a lei não deve exceder seus limites de interpretação. A mencionada discricionariade não direciona apenas para um resultado certo, pois é possível ter diferentes resoluções para o mesmo fato. Contudo, somente a decisão que for tomada resultará no provimento do direito e, por consequência, torna-se mais importante a metodologia que orienta o intérprete a uma solução viável, o que não quer dizer que somente a ordem escolhida é a correta.

Levando em consideração que a ciência jurídica se trata de um fenômeno comunitário, que transpassa questões sociais, econômicas e políticas, não se observa um comportamento neutro quanto ao ofício dos magistrados. Ademais, decretar o direito sem apreciar toda a conjuntura pública e local não demonstra razoabilidade.

Sendo assim, as divergências que ocorrem entre os juristas se realiza em relação aos assuntos pertinentes à moral e à fidelidade, não quanto a questões precipuamente de direito. Essas discordâncias decorrem dos fundamentos que contextualizam os vereditos, mediante a perspectiva subjetiva, ou seja, tudo aquilo que motivou a parte jurídica da decisão. Desta maneira, não existe no direito soluções estritamente corretas, porém existem alternativas que

são mais apropriadas para o caso indicado. Apesar disso, ressalta-se que essa predileção não se submete às vontades do juiz, muito menos se atrela aos seus interesses pessoais. Em vista disso, importante também dizer que se faz necessário estabelecer preceitos e parâmetros mínimos a todos os intérpretes no momento da confecção de suas decisões, especialmente para as situações em que se tenha um grande dissenso entre os juristas.

Esses desentendimentos, tidos como de natureza política, possuem uma maior relevância quando a justiça e a nação precisam se defrontar com eventos complexos que fazem jus a uma repercussão geral, e a decisão firmada irá repercutir em todas as instâncias brasileiras, bem como se tornará um precedente judicial. Entretanto, a ocorrência de posições diferentes entre os integrantes da Corte Suprema não prejudica e nem retira o caráter legítimo da decisão, dado que o essencial a ser observado são os argumentos utilizados para justificar e fundamentar tal deliberação.

Como anteriormente mencionado, os julgamentos de proporções significativas são decididos pelo Supremo Tribunal Federal e resultam numa influência política, uma vez que atingem todo o povo brasileiro. De tal modo, o sistema constitucional vigente não permite que os magistrados sejam estáticos, mas que tenham sua atuação restrita a tecnicidade do direito. Isso porque o ordenamento não aceita mais a ideia de que o Poder Judiciário presencie os fatos levados até ele sem solucioná-los.

As consequências lesivas acarretadas pela performance do Tribunal não se devem ao seu desempenho proativo na solução de casos com alta complexidade, mas sim quando o mesmo ultrapassa e descaracteriza as delimitações entre os Poderes que são expressamente impostas pela Constituição. Em função disso, Dworkin rebate esses abusos ao fazer referência à discricionariedade dos magistrados, no qual considera que a ausência de parâmetros hermenêuticos, tal como a sua possibilidade e decretação, pode levar o juiz a julgar com base em circunstâncias e convicções que desconsiderem o direito e constituam, conseqüentemente, uma arbitrariedade.

Quando avaliamos todos esses contextos sob a ótica brasileira, nos deparamos com os brilhantes pensamentos do Professor Lenio Streck. Neste cenário interno, percebemos muitas questões que não são abordadas por Dworkin, mas que são confirmadas a rigor quando avistamos as decisões emitidas pelo Supremo Tribunal Federal. Aliás, analisando essas divergências entre os Ministros verificamos que, de fato, esses impasses ocorrem por posições morais, sociais e políticas distintas. A atuação discricionária dos magistrados permeia por um espaço que muitas vezes é obscuro, o que viabiliza que a mesma possa ser confundida como

um ato arbitrário, inexistindo um padrão ou método evidente e objetivo a ser aplicado nessas decisões judiciais.

Diante das atuais circunstâncias apresentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e frente às diferentes decisões absolutamente questionáveis que foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, trazendo reflexos a setores importantes, como a economia e a política, permite que esse debate se torne extremamente relevante para identificar se a atuação dos magistrados está realmente limitada a hermenêutica e aplicabilidade da norma ou se está sendo constantemente extrapolada sob o pretexto de se exercer uma discricionariedade, que na verdade pode ser uma nociva arbitrariedade.

#### 4.1 O DEBATE JURÍDICO-CIENTÍFICO ENTRE HART E DWORKIN QUANTO A ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA DOS MAGISTRADOS

A gênese do renomado debate jurídico-científico entre Hart e Dworkin é traçada a partir da obra “O conceito de Direito”, publicada em 1961 pelo jusfilósofo inglês Herbert Lionel Adolphus Hart. Para melhor compreender o “*Hart- Dworkin debate*” e seu desmesurado valor, cumpre recapitular seus principais acontecimentos, a fim de averiguar os motivos que o fazem manter-se crucial no meio normativo até os dias atuais.

Sucintamente, o título do livro de Hart é o que visa ser demonstrado pelo mesmo no decorrer da publicação, no qual apresenta a idealização de um sistema complexo que excede às regras primárias, em outras palavras, neste mecanismo defendido por Hart existem também as regras secundárias que são hábeis, a partir de critérios pontuais, a validar - ou não - a existência de um ordenamento jurídico.

Sob o viés do pensamento hartiano, a prevalência de determinada regra secundária torna-se o recurso necessário para a instauração de barreiras quanto ao poder de atuação do magistrado no direito. Ademais, existe a denominada zona de penumbra, que em definição literal seria uma área de sombra incompleta ou meia-luz. Isto significa a existência, no âmbito jurídico, de uma lacuna na qual as regras não operam de modo satisfatório, possibilitando, assim, o indispensável agir discricionário por parte do julgador.

Feita breve análise e sob ótica oposta, surge o construtivista estadunidense Ronald Dworkin que teceu críticas à teoria de Hart ao afirmar que a idealização do sistema era sustentada meramente por regras, e que diante de um caso concreto onde fosse possível detectar uma lacuna, não havendo regra claramente cabível, restaria oportunizado ao juiz cometer arbitrariedades.

Dessa forma, Dworkin critica robustamente o denominado positivismo hartiano em uma de suas obras mais importantes: “Taking Rights Seriously”, do qual reputa como um modelo de regras e, do mesmo modo, define como “teoria dos simples fatos”. Por conseguinte, dentre os pensamentos positivistas que são preteridos por Dworkin, a existência de discricionariedade dos juízes em casos difíceis é o objeto a ser discutido.

Com o intuito de solucionar os pontos que o deixou insatisfeito na teoria de Hart, Dworkin constrói um novo modelo no qual compara normas como um gênero que está subdividido em espécies, quais sejam: as regras, os princípios em sentido estrito e políticas ou “*policies*”. Diferentemente de Hart que tão somente elencou regras, Dworkin inclui também esses outros padrões que, ao serem aplicados ao caso concreto, impossibilitam o magistrado de exercer uma discricionariedade extensiva, na medida que este deverá atender a todos os parâmetros.

O pensamento antagônico de Dworkin revela a tentativa de desconstruir uma concepção a despeito da existência de uma discricionariedade judicial indeclinável. Neste contexto da análise acerca da discricionariedade judicial, existem pontos de divergência e consenso no “*Hart-Dworkin debate*”. À luz do que já fora exposto, resta evidente que Dworkin discorda na maior parte das características da teoria de Hart e, embasado no construtivismo, busca através de retificações pontuais desta, vislumbrar uma inovação do entendimento do ordenamento jurídico que era preponderante.

Além disso, Dworkin afirma que Hart ao estabelecer a regra secundária e último critério de validade, denominada “regra de reconhecimento”, criou, automaticamente, um equivalente “*pedigree test*”, isto significa que, somente normas que se sujeitassem ao processo de validação seriam recepcionadas. Sob esse ângulo, uma norma-objeto para se tornar regra jurídica teria que vencer uma série de requisitos da regra de reconhecimento.

Primordialmente, o alvo das críticas de Dworkin foi a discricionariedade. Nessa perspectiva, César Rodriguez nos explica que:

Contra Hart, sostiene que no todos los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad de un término de una regla jurídica y que es erróneo afirmar que en ellos los jueces tienen poderes discrecionales. Las partes en un proceso tienen derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente; esto derecho opera tanto en los casos fáciles como en los difíciles y, por lo tanto, los jueces no gozan de discrecionalidad ni de poderes excepcionales de creación de normas jurídicas.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997. Pg. 35.

Conclui-se, então, que tal regra de reconhecimento tornava-se ineficaz por sua mecanicidade, pois ao instaurar um sistema fechado de regras e não admitir princípios, ao passo que surgissem casos inéditos ou considerados difíceis, haveria o lógico exaurimento de uma solução pela regra de reconhecimento. Nesse viés, decorrente desse entrave surge a necessidade de o poder discricionário atuar e que seria, segundo Ronald Dworkin, juridicamente insensato, uma vez que submeteria o ordenamento jurídico ao poder arbitrário do magistrado. Por fim, o jusfilósofo Dworkin manifesta a presente analogia: “tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”<sup>40</sup>.

Ao estudar a dissonância de opinião nesse debate no que tange à existência ou não de discricionariedade do magistrado em casos em que houver lacuna (Hart) ou em casos difíceis (Dworkin), este último alega existirem três versões para o termo “discricionariedade”, quais sejam, de acordo com trecho extraído integralmente do artigo de Daniela R. Ikawa:

A primeira é a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou mais especificamente, na escolha, pelo juiz, entre critérios "que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras". A segunda acepção é a ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas primeiras acepções perfazem, para Dworkin, uma discricionariedade em sentido fraco, sendo amparadas também por Hart. Apenas a terceira acepção indica, de acordo com Dworkin, o ponto de discordância. Ela corresponde à discricionariedade em sentido forte, implicando a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, em outras palavras, à ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma.<sup>41</sup>

Com ênfase na terceira acepção, torna-se visível que esta se encontra atrelada ao ponto da completude ou não do ordenamento jurídico, da natureza da lei ou tão somente moral dos princípios, aliás, versa quanto a competência ou incompetência do juiz para criar leis ao tomar decisões discricionárias, portanto, culminando em um ponto que não é pacífico.

Consoante ao pensamento hartiano, a discricionariedade da autoridade jurídica é aplicada somente aos casos que não estiverem contemplados pela norma de reconhecimento. Nesse sentido, restaria proibida a atitude discricionária de maneira arbitrária devido ao respeito dos limites impostos pelos parâmetros de regulação. Em apertada síntese, o viés positivista no modelo estudado não tende a valorizar o sentido forte da discricionariedade e essa posição se faz necessária para que haja garantia da segurança jurídica de não uso desmedido dos poderes do magistrado.

<sup>40</sup> DWORKIN, op. cit. Levando os... Pg. 50 - 51.

<sup>41</sup> IKAWA, Daniela R. **Hart, Dworkin e discricionariedade**. Lua Nova [online], n. 61, p 97-113, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2022. Pg. 98.

## 4.2 OS DESACORDOS POLÍTICOS NA CONCEPÇÃO DE UMA DECISÃO JUDICIAL SEGUNDO DWORKIN

Considerando o papel relevante do Poder Judiciário na estrutura normativa do direito, o célebre jurista norte-americano Ronald Dworkin destacava nas suas obras a importância de entender o que os magistrados, encarregados por solucionar os casos, pensam sobre a concepção de direito, a fim de compreender quais as maiores divergências encontradas entre eles.

Consequentemente, observa-se duas hipóteses em que os juristas discordam sobre o que dispõe uma decisão judicial. No primeiro caso, todos concordam com os fundamentos jurídicos, no entanto, entram em discordância devido a uma incerteza causada por não saberem se foram adequadamente utilizados na demanda em questão. Como bem explica Dworkin<sup>42</sup>, o outro possível ponto de discordância consiste na divergência a respeito dos próprios fundamentos de direito.

Para Dworkin, os desentendimentos quanto aos fundamentos do direito são os mais problemáticos. Isso porque para ele é indiscutível a ideia de que os magistrados “criam novo direito” quando decidem casos importantes. Nessa mencionada conjuntura, estabelecem princípios, regras e até preceituam inovações. Importante destacar que essas aludidas inovações são apenas exposições aprofundadas de um direito que já existe no ordenamento jurídico, porém que teve sua compreensão mais explorada.

Por esse motivo o teórico avalia que as discordâncias são em relação aos aspectos de “moralidade e fidelidade”, o que não se confunde com fundamentos precipuamente de direito. A discordância, portanto, pode aparentar ser sobre questões de direito, mas na verdade são sobre características subjetivas que servirão para orientar e conduzir o intérprete nas suas deliberações.

Igualmente, verifica-se a necessidade de se estabelecer critérios e parâmetros que sejam plausíveis para comparar e identificar as exímias decisões, promovendo, dessa forma, uma sábia avaliação acerca do desempenho dos magistrados. No entendimento de Dworkin<sup>43</sup>, com a ausência desses critérios previamente estabelecidos não é possível obter uma resposta congruente que seja capaz de explicar os consequentes desentendimentos teóricos, bem como as suas possíveis razões. Neste caso, a coletividade em geral ficaria submissa a essas alegações aparentemente tidas como jurídicas, mas que são na prática verdadeiras arbitrariedades.

---

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Passim.

<sup>43</sup> Ibidem.

Os abordados aspectos de moralidade que são tratados pela reflexão teórica apresentam várias peculiaridades. Logo, ainda que um sujeito seja capaz de alcançar uma legítima moralidade, o mesmo terá que enfrentar diversos percalços para conseguir obtê-la, posto que esta compreensão se encontra passível de mudanças, equívocos, devaneios e adversidades. Por efeito disso, os ensinamentos apontam no sentido de que deve existir um critério mínimo que estabeleça um vínculo entre essa verdade determinada, referente a condição de moralidade, e a possibilidade de um método que disponha de parâmetros para resolver esses aludidos dissensos.

Em vista disso, o juiz, ao realizar o julgamento de um caso complexo, utilizará de medidas subjetivas que serão aplicadas de forma específica na hipótese em questão, mas que, devido à inviabilidade de se adotar um critério moral que seja aceito com unanimidade, percebe-se em algum instante um nível de arbitrariedade, do mesmo modo que, por consequência, pessoas irão refutar e questionar essa referida decisão. A versada divergência é o que o teórico Ronald Dworkin intitula como “desacordos políticos”, isto é, situação em que não existe um consenso acerca dos dilemas interpretativos que constituem o direito.

Pode-se dizer que a teoria do direito possibilita que os denominados “desacordos”, até em condições extremas, aconteçam. Contudo, importante ressaltar que o direito é todo revestido e composto por circunstâncias sociais que se entrelaçam com pautas políticas e preceitos tidos como de moralidade, que são caros para uma sociedade democrática. Isto posto, torna-se impossível acolher qualquer pensamento teórico que considere o direito desassociado de todo este contexto mencionado.

#### 4.3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA DENTRO DA MOLDURA – UMA TEORIA SUSTENTADA POR KELSEN.

O direito por vezes possui na sua estrutura omissões e são elas que proporcionam uma atuação mais discricionária por parte do intérprete jurídico. Esse panorama é o que precisa ser observado para concluir se o desempenho mais ativo dos magistrados na elaboração de uma decisão judicial, que disponha de efeitos normativos, apresenta uma coerência ou não. Assim, Kelsen<sup>44</sup> nos ensina que: “o Direito vigente não é aplicável num caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso”. Em razão disso, tipicamente temos no ordenamento

---

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pg. 172.

jurídico brasileiro a aludida situação do juiz suprimir essas lacunas da norma por meio de uma regra jurídica imposta na sentença e que na sua percepção seja apropriada ao caso.

Constata-se que, devido às lacunas encontradas em algumas normas jurídicas, os integrantes do Poder Judiciário poderão dentro de uma demanda judicial, seja ela individual ou de repercussão geral, aplicar uma normatização para apreciar e satisfazer o litígio proposto. À luz de Hans Kelsen podemos entender que:

Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação.<sup>45</sup>

O Poder Judiciário, no momento em que concede o direito, precisa estabelecer uma acepção da norma jurídica, e compreender o seu sentido. Para Kelsen, existem duas formas de se interpretar: a primeira é feita pela instituição ou órgão que tem o dever de aplicar o direito, ou seja, pelo Poder Judiciário. Já a segunda é efetuada pela pessoa privada, principalmente através da ciência jurídica. Diante disso, a forma de hermenêutica que tem mais relevância, com o objetivo de avaliar a atuação do Supremo Tribunal Federal, é a primeira.

No instante em que realiza a aplicação da norma o intérprete dispõe inicialmente de uma incerteza do direito, que, em vários casos, nem sempre a lei de patamar superior rege a inferior, o que faz com que o julgador possua uma relativa discricionariedade. A oportunidade mencionada, que é mutável e discricionária, é qualificada por Kelsen como hermenêutica de moldura ou quadro hermenêutico, onde a norma de grau superior estabelece condições para se aplicar a norma de grau inferior.

Essa incerteza quanto ao direito pode se materializar de forma intencional ou não-intencional. Isso porque, no primeiro cenário, a norma não é capaz de fazer a previsão de todas as conjecturas possíveis, permitindo que exista uma discricionariedade por parte do intérprete para que seja adotada a decisão que for mais apropriada em cada caso. Portanto, essa primeira espécie de incerteza do direito é uma predileção feita pelo criador da norma.

No segundo cenário, a incerteza do direito ocasionada de forma não-intencional acontece quando há uma diversidade de sentidos dentro de uma norma jurídica em relação a uma mesma palavra ou frase. Nessa situação, o magistrado deve interpretar qual é o sentido correto para o caso concreto, pois as acepções não são homogêneas. Nos ensinamentos de Kelsen, essa circunstância acontece também quando duas ou mais normas se contrapõem,

---

<sup>45</sup> Ibidem, Pg. 174.

devendo o intérprete aplicar a que prevalece para o caso concreto. De tal modo, nas duas hipóteses o julgador deverá utilizar técnicas de interpretação.

A incerteza quanto ao direito no que se refere as citadas normas de grau inferior, sendo propositais ou não, contribuem para uma série de alternativas no tocante à aplicabilidade de uma decisão jurídica. Dessa maneira, o direito quando aplicado, produz uma moldura que compreende uma multiplicidade de cenários viáveis, de forma que a hermenêutica que se encontre incluída neste quadro será compatível com toda a lógica jurídica implementada.

Vale ressaltar que, conforme a teoria de Kelsen, a exegese de uma norma não direciona apenas a uma única e correta resposta, e sim a diversidade de resoluções que são equivalentes, no entanto, que incumbe ao magistrado optar por aquela que entende condizente com o litígio, possibilitando, assim, que o direito seja positivado. Logo, os mecanismos de hermenêutica que são utilizados, orientam o intérprete a uma solução viável, porém, que não é única.

Por fim, na sua obra Kelsen<sup>46</sup> considera que: “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito”. Assim, a exegese para estabelecer normas não se limita somente ao Poder Legislativo, pois o Poder Judiciário pode, em alguns casos, promover uma “norma” com sua aplicabilidade individual, como, a título de exemplo, na sentença, ou de efeitos gerais, tal como nas súmulas vinculantes que são publicadas.

#### 4.4 DA PRIMORDIALIDADE DE FUNDAMENTOS JURÍDICOS NAS DELIBERAÇÕES DO STF

Quando constatamos todos os acontecimentos jurídicos da última década, verificamos a necessidade de uma avaliação quanto aos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nas suas decisões, principalmente em relação aos vereditos que trazem algum impacto político para o país.

Essa ponderação a ser feita deve levar em consideração se os Ministros da Corte estão, de fato, sujeitos aos atos interpretativos para aplicar o direito ou se estão ultrapassando os limites de uma função discricionária que possuem, resultando na criação de direitos antes inexistentes em benefício meramente de uma predileção política.

Importante destacar que muitos casos que chegam à Suprema Corte brasileira não estão restritos somente às questões jurídicas, pois também reúnem disposições políticas. O grande exemplo disso foi o julgamento do Habeas Corpus 152.752/PR, que decidiu precedentes

---

<sup>46</sup> Ibidem, Pg. 249.

acerca da prisão em segunda instância. Na oportunidade, a ação constitucional foi proposta por Luiz Inácio Lula da Silva, após ele ter sido condenado nas duas primeiras instâncias da Justiça Federal. Com efeito, impetrou o remédio constitucional na sua forma preventiva para obstar o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Na prática, como mencionado, tal ação não se prendeu apenas aos aspectos jurídicos, visto que o seu paciente era um Ex-Presidente da República. Por esse motivo, o tempo de todos os atos do processo correu de forma distinta do que é geralmente comum nesses tipos de casos, dado a pressão da mídia e da sociedade, pois a definição processual iria interferir diretamente na vida política do país.

Perante o contexto, nota-se claramente que não estamos aludindo de um processo comum que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, mesmo que os Ministros tenham buscado apreciar o direito com neutralidade, existiram inegáveis influências políticas. Assim, o propósito do Habeas Corpus era afastar a posição adotada pela Corte até aquele momento, que considerava a prisão após a condenação em segunda instância como legítima.

Vale ressaltar que o princípio da colegialidade foi reportado diversas vezes pela Ministra Rosa Weber, para rechaçar a ideia de um julgamento isolado que confrontasse diretamente com o entendimento da Suprema Corte naquele momento. Dessa forma, a Ministra defendeu a prevalência de um posicionamento institucional em face de posições jurídicas individuais, nos seguintes dizeres:

Em resumo, compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional. O incremento da cultura constitucional e da legitimidade da jurisdição constitucional no corpo social e dos demais atores institucionais da democracia deve ser fomentado, precipuamente, por este Supremo Tribunal Federal.<sup>47</sup>

O parecer da Ministra Rosa Weber, que foi defendido em seu voto, visava uma segurança jurídica em oposição ao julgamento discricionário e individual de cada Ministro, com o objetivo de evitar decisões arbitrárias no âmbito da Suprema Corte. Isso em razão de que na justiça não pode haver brechas para inovações jurídicas através das decisões, pois estas podem exceder as técnicas e compreensões assentadas pela Corte. Ainda na sua decisão, a Ministra esclarece que:

Tal competência jurisdicional explica-se porque, embora a Constituição seja o fundamento de validade de todo o sistema e obrigatória aos seus destinatários, o seu significado, consideradas as situações concretas ou mesmo em contextos abstratos, comporta divergências, em especial pela indeterminação inerente à linguagem jurídica

---

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Relator: Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 abri. 2018.

e ao próprio Direito, notadamente às suas regras e textos. Daí a necessidade da atuação de uma instituição não eleita e imparcial para resolver os problemas de interpretação e aplicação da Constituição.<sup>48</sup>

Todavia, importante também dizer que o invocado princípio da colegialidade não significa enrijecer a jurisprudência de um Tribunal, posto que as decisões são pautadas, até certo nível, na discricionariedade do julgador, que é integralmente regida pelo princípio da razoabilidade, impedindo assim arbitrariedades ou deliberações isoladas.

No mais, a segurança jurídica deve ser preservada, mas não pode servir como único pretexto para se fixar entendimentos jurisprudenciais, uma vez que não temos no sistema jurídico brasileiro princípios constitucionais que sejam absolutos.

Percebe-se, então, que as decisões do Supremo Tribunal Federal necessitam ser, sobretudo, juridicamente fundamentadas, e independentemente de serem discricionárias ou não, as mesmas não podem, em hipótese alguma, dispor de critérios arbitrários.

A mencionada conjuntura deve ser contemplada até por situações em que se tenha uma omissão legislativa, ou que a norma seja imprecisa, e assim, parâmetros precisam existir para que todos possam saber se a decisão é adequada. Pela ausência dos citados parâmetros, não conseguimos mensurar se os votos dos Ministros condizem com a melhor solução possível para o caso.

A incerteza quanto ao direito aplicado decorre de um leque de possibilidades associado a uma divergência de posições, sendo este último fato denominado por Dworkin como os “desacordos políticos das decisões”. Por tal motivo, sendo o direito composto por questões sociais, é certo dizer que valores morais e políticos não podem ser apartados de uma decisão judicial, principalmente nos casos em que não se tenha parâmetros previamente estabelecidos.

É plenamente aceitável que exista no Supremo Tribunal Federal desacordos políticos entre os seus membros, e que as fundamentações de cada Ministro possam ser distintas, tendo em vista a margem de discricionariedade do julgador nas hipóteses em que a norma for omissa ou imprecisa. No entanto, ressalta-se que as decisões judiciais devem ser inteiramente fundamentadas através de uma coerência ou lógica jurídica, a fim de que a atuação da Suprema Corte brasileira não incorra em arbitrariedades.

Apesar da margem discricionária dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, as decisões judiciais precisam ser fundamentadas com critérios jurídicos, buscando a essência do direito, ainda que o fato a ser julgado não tenha uma norma rigorosamente positivada, pois é

---

<sup>48</sup> Ibidem.

imprescindível estabelecer preceitos para que desarranjos absolutamente desproporcionais não aconteçam nas demandas forenses.

É importante enfatizar que essas situações exigem um elevado nível cognitivo por parte dos magistrados, e que os mesmos precisam compreender que nem todo caso é idêntico, já que uma decisão pode ser justa para uma contenda jurídica, mas injusta para outra. Deste modo, concomitantemente, os critérios e fundamentos devem ser flexíveis e serão aplicados aos casos em que se amoldarem mais, conforme prediz a teoria de Kelsen.

## **5 A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO JUDICIAL COMO RESULTADOS DA RESISTÊNCIA DO PODER PÚBLICO EM CAUSAS SENSÍVEIS.**

Atualmente, por meio de uma reflexão teórica, constatamos uma variedade de posicionamentos acerca das funções da Suprema Corte brasileira, que muito se discute a respeito da politização da justiça, judicialização da política e as possíveis interferências

democráticas por parte do Poder Judiciário. A abordagem literária da presente pesquisa percorre por diversas posições e analisa todo o contexto apresentado, convalidando apenas as situações relacionadas com a vontade expressa da Constituição Federal.

Em consequência disso, existem teses favoráveis e contrárias a determinadas funções exercidas pela Suprema Corte brasileira. Os apoiadores de uma judicialização da política, como o Ministro Barroso, sustentam, por exemplo, que as Cortes Constitucionais:

Desempenham, também, em diversas situações, um papel representativo. Isso ocorre quando atuam (i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.<sup>49</sup>

O Ministro Luís Roberto Barroso favoravelmente ainda defende e afirma, a título de exemplo, que:

Se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.<sup>50</sup>

Embora se tenha na conjuntura da ciência jurídica posições bastante controversas, podemos entender, nas palavras de Marcos Faro de Castro, que a judicialização da política se realiza basicamente pelo seguinte motivo:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um 'direito' e um 'interesse político', sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma 'política de direitos'.<sup>51</sup>

Essa ocupação do judiciário em razão de lacunas institucionais é o motivo preponderante para fundamentar a aludida judicialização da política. Nessa direção, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes nos revela outros motivos que embasam esses acontecimentos, nestes termos:

Nessa senda, a judicialização da política é provocada por causas políticas e jurídicas. Entre as causas políticas, além das já citadas, estão: a) o descrédito nas instâncias políticas tradicionais; b) 'a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade

<sup>49</sup> BARROSO, op. cit. Contramajoritário, Repre...

<sup>50</sup> Idem. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=2](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2). Acesso em: 05 mar. 2022.

<sup>51</sup> CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, n.34, junho, 1997. Disponível em: [http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34\\_09.pdf](http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_09.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022.

do Poder Legislativo'; e c) a morosidade das instâncias políticas tradicionais e 'sua incapacidade de realizar propósitos tão audaciosos de uma Constituição', fazendo com que o judiciário passe 'a ocupar espaços vazios'.<sup>52</sup>

Com o objetivo de tentar explicar os motivos históricos e o surgimento desses fenômenos, alguns teóricos dizem que essa necessidade de defender e argumentar a judicialização de políticas públicas deu-se em razão de um “desenvolvimento urbano-industrial”. Para os pesquisadores que defendem essa tese, o judiciário podia usufruir no passado de uma alegada neutralidade axiológica, mas com as mudanças sociais este discurso não se sustentou.

Os avanços urbanos e industriais que ocasionaram uma descontrolada desigualdade social fez com que o discurso tradicional de neutralidade dos tribunais mudasse, contudo, verificando toda a conjuntura, o judiciário sempre deliberou analisando um contexto político. Sobre isso, Giovanna Paola Primor Ribas e Carlos Frederico M. Souza Filho esclarecem muito bem ao dizer que:

O Judiciário, no Brasil, na maioria das vezes foi um poder coadjuvante, por ser considerado neutro politicamente. Apesar da visibilidade que ganhou por seu empenho em resguardar valores desde o advento do novo direito constitucional, o Judiciário vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e sua jurisprudência às situações inéditas nas relações sociais, fruto do desenvolvimento urbano-industrial que fez surgir uma sociedade marcada por profundas contradições econômicas, que exige cada vez mais tutelas diferenciadas para novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos e coletivos. [...]

As funções judicantes forjadas a partir do Estado Liberal revelam-se hoje em descompasso com a realidade. A cultura judiciária desse período é fruto da dogmatização de princípios como a imparcialidade política e a neutralidade axiológica, integrados a um sistema que via no Judiciário um poder meramente declarativo e reativo. Ou seja, cabia somente aos juízes a proteção dos direitos civis e políticos dos cidadãos, muitos dos quais foram violados por regimes autoritários militares.

Com a crescente tensão marcada pela intensa migração interna, pela urbanização desenfreada, pelas desigualdades regionais, pela crise fiscal e pelo fracasso das políticas públicas, entre outras causas, o discurso institucional tradicional do Judiciário ficou fragilizado.

A partir da transição do regime ditatorial para o regime democrático, o Judiciário se vê obrigado a assumir funções inéditas, por vezes incompatíveis com a estrutura jurídico-política, típica do Estado Liberal, como o princípio da separação dos poderes, e que se reconhecidas implicariam a ruptura do discurso institucional tradicional. Se a solução judicial de um conflito é em essência um atributo de poder, na medida em que pressupõe não apenas critérios fundantes e opções entre alternativas, implicando também a imposição da escolha feita, pode-se dizer que todo julgamento sempre tem uma dimensão política. Essa relação entre direito e política vem sendo chamada pela doutrina de judicialização da política.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo Judicial: Por Uma Delimitação Conceitual À Brasileira**. Rio de Janeiro: Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito (UFF), v. 12, n.2, 2012. Pg. 111.

<sup>53</sup> RIBAS, Giovanna Paola Primor; FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal**. Revista: Direito, Estado e Sociedade, n.44, 2014. Pg. 37 - 38.

Em compensação, alguns autores como Lenio Streck, que não são adeptos a essa visão mais flexível que permite ao Judiciário entrar em assuntos que não são convencionais, justificam que “o juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença ocorreu por argumentos de princípio e não de política, de moral ou outro qualquer”<sup>54</sup>.

Para Antoine Garapon, a concepção de ativismo judicial “começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”<sup>55</sup>. Por essa razão, urge a necessidade de se verificar também essas contraposições, que uma parte dos juristas argumentam que os meios externos e os benefícios sociais da decisão são modos de se efetivar direitos constitucionais, enquanto os demais avaliam no sentido de que os magistrados devem se atentar estritamente ao texto legal para não incorrer em ativismo judicial.

Esses teóricos opositores se amparam na democracia representativa que vivemos, estabelecida pela Constituição Federal no artigo 1º, parágrafo único, no qual exige-se uma função de representatividade que são pertencentes somente aos agentes eleitos. Sob o preceito de Lenio Luiz Streck podemos entender que o poder de escolha “em uma democracia, não se pode depender da bondade ou da maldade de quem vai dizer o direito. Afinal, todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”<sup>56</sup>.

Nessa acepção, pode-se dizer ainda que a partir do momento que o Judiciário, através de suas decisões, impõe ordens aos demais Poderes sem respeitar o Princípio da Separação dos Poderes, acaba inevitavelmente concebendo a figura do “juiz político” que é completamente descomprometido com qualquer contexto público, pois, como explica Faustino Da Rosa Junior:

Não é responsabilizado pelo cumprimento da alocação de recursos efetuada pelos orçamentos e planos plurianuais, nem goza de qualquer espécie de representatividade política, ou mesmo compromisso político-partidário e/ou com algum programa de governo específico.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> STRECK, op. cit. Entre o ativismo..., Pg. 729.

<sup>55</sup> GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Pg. 54

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. **As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento**. In: DIDIER JR., Fredie. JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório**. Salvador: JusPodivm, 2015. Pg. 113.

<sup>57</sup> ROSA JUNIOR, Faustino da. **O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro**. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=833](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833). Acesso: 05 mar.2022.

O magistrado não deve atender o clamor popular e nem ir além do que é legítimo nas suas decisões para não cometer ativismo judicial.<sup>58</sup> Essa interferência social, que se dá com as transmissões de julgamentos na mídia, serão sempre passíveis de críticas, principalmente quando envolverem pessoas públicas.

Como bem explica Maria Luiza Quaresma Tonelli, os julgamentos deixam de ser essencialmente jurídicos e passam também a ser julgamentos políticos, “o que não é saudável para a democracia e nem para o judiciário. Julgamentos de grande repercussão podem colocar em dúvida a imparcialidade dos magistrados, dado o clamor popular provocado pela pressão da mídia, que nem é isenta nem imparcial”<sup>59</sup>.

Importante enfatizar que um julgamento político, que ocorre quando o magistrado atende o clamor popular e vai além do que é legítimo nas suas decisões, é diferente da função política que o Supremo Tribunal Federal detém por ser um dos Poderes da República, visto que o desempenho que as instituições estabelecidas pela Constituição Federal praticam no limite de suas atribuições, a fim de proteger o Estado e toda a sua coletividade, definindo o que consiste como interesse público e as formas para a sua efetivação, é o que caracteriza a função política.

Pode-se dizer que a função política retrata a concretização do poder de escolha em assuntos essenciais, com o intuito de proteger o Estado e fomentar o bem de toda a coletividade, o que não tem nada a ver com um julgamento político proposto em face de um clamor popular ou pela pressão da mídia.

Em outros termos, a função política do Supremo Tribunal Federal é mera consequência das suas decisões proferidas dado a posição que ocupa dentro da República. De outro modo, o julgamento político é um mal a ser combatido, visto que são fatos externos que interferem diretamente na condução e fundamentação da decisão judicial.

## 5.1 A INEFICIÊNCIA ESTATAL E O COMEÇO DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

De início, antes de se estimar todo o cenário político, social e jurídico algumas concepções precisam ser delineadas. A ausência de políticas sociais efetivas, que são implementadas através de políticas públicas, faz com que diferentes sujeitos ou entidades

---

<sup>58</sup> Durante palestra no 2º Fórum Nacional de Juízes Criminais (Fonajuc) o Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli (2018) afirmou que: "o clamor público definitivamente não deve ser o azimute a orientar uma decisão judicial". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/clamor-publico-nao-orientar-decisoes-justica-toffoli>. Acesso em 03 de mar. 2022.

<sup>59</sup> TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **Judicialização da política**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. Pg. 33.

recorram ao Poder Judiciário para viabilizá-las. Assim, procurando um significado para se definir o que vem a ser uma política social consegue-se perceber uma variedade de ideias, porém, todas elas nos levam a destacar que as políticas públicas são o verdadeiro método de se realizar uma política social, tendo em vista que se tratam de ações de governo estabelecidas com propósitos específicos.

Consequentemente, pode-se dizer que essa promoção social que coloca o Estado como agente é denominada pelas ciências sociais de “Estado do Bem-Estar Social”. Essa política social vastamente conhecida pelos teóricos da área, explanada em diversas obras, em regra, aborda consequentemente os fundamentos e os impactos inseridos na sociedade. Nesse sentido, aludindo sobre as razões dessa teoria é válido lembrar Celia Lessa Kerstenetzky, quando afirma que: “A ideia de uma origem do estado do bem-estar poderia sugerir ter sido ele precedido de um vazio de intervenção pública voltada para o bem-estar”<sup>60</sup>.

Conseguimos entender, nessa direção, que o começo dessas ausências de políticas sociais se consubstancia com a carência de políticas públicas e que nos levam a constatar também uma necessidade de amparo estatal para suprimir os problemas acarretados pela desigualdade social, bem como outras conjunturas sociais. Imediatamente após a origem e evolução da ideia de “Estado do Bem-Estar Social”, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tivemos a sua consolidação por meio da formação de inúmeros direitos sociais. Sobre isso, Mara de Oliveira, Rene Keller e Isabel N. Rodrigues nos explicam que: “A Constituição Federal de 1988 é considerada por muitos autores o encaminhamento legal à edificação e à operacionalização de um Estado de Bem-Estar Social (Estado Social)”<sup>61</sup>.

A atual Constituição brasileira representa um verdadeiro progresso social. Valendo dizer que a instituição de diversos direitos sociais representou um avanço para as políticas sociais forçando o próprio Estado a propor políticas públicas eficientes para a sociedade. Por conta disso, princípios constitucionais foram constituídos e leis garantidoras foram implementadas, assim como mecanismos jurídicos. Esses preceitos criados dão a possibilidade de se efetivar direitos sociais e, consequentemente, políticas sociais quando qualquer ente responsável, inclusive o Estado, for inerte ou omissos nas suas atribuições públicas. Quando o Poder Público não efetua espontaneamente as suas obrigações legais, frente a essa desídia, é permitido acionar o Judiciário.

---

<sup>60</sup> KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro; Editora Elsevier, 2012. Pg. 07.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Mara De; KELLER, Rene; RODRIGUES, Isabel Nader. **Concepções de bem-estar a partir de prismas diferenciados de análise**. In (org.): OLIVEIRA, Mara De; BERGUE, Sandro Trescastro. **Políticas Públicas: Definições, interlocuções e experiências**. Caxias do Sul: Educs, 2012. Pg. 43.

Todas essas circunstâncias só são possíveis quando estamos diante de uma nação em que se rege o “Estado Democrático de Direito”. Esse status favorece muito para os avanços das políticas e direitos sociais, posto que se faz necessário a preservação desses valores que são totalmente amparados pela Constituição Federal e que integram um sistema que possibilita novos progressos sociais.

A concretude das políticas sociais através das políticas públicas, a exemplo dos direitos sociais, pode ser requerida e instituída por meio de instrumentos jurídicos que são baseados na norma, jurisprudência e bibliografia jurídica, com o fito de se obter um desenvolvimento social e assegurar as garantias fundamentais aos indivíduos. Apoiando-se nessa ideia, podemos vislumbrar nos ensinamentos do Professor Erival da Silva Oliveira que:

Os direitos sociais vinculam-se a realizações proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, buscando a igualização de situações sociais desiguais [...]. Tal ação deveria ser realizada voluntariamente pelo Estado, porém, diante de sua inércia, é necessário acionar o Poder Judiciário para efetivá-los. Em grande parte dos casos é possível a utilização dos remédios constitucionais.<sup>62</sup>

Percebe-se que a judicialização de políticas públicas no sentido de se efetivar direitos sociais é amplamente aceita pela classe de juristas, visto que a própria Constituição Federal outorga essa possibilidade. A Constituição brasileira inclusive dispõe expressamente sobre alguns desses mecanismos processuais que são denominados de “remédios constitucionais”. Esses instrumentos fundamentais, apresentam-se também como “tutela constitucional das liberdades”, pois são os meios, mediante ações judiciais, postos à disposição de todos para se efetivar políticas sociais e direitos sociais quando negligenciados pelo Estado através da ausência de políticas públicas.

Diversos direitos sociais consagram intrinsecamente os direitos fundamentais, que são aqueles indispensáveis a todo e qualquer indivíduo. Para tanto, partindo da premissa que as políticas públicas são ações de governo estabelecidas com propósitos específicos, como a implementação de direitos sociais, se faz importante que o Poder Público, como responsável pela sua concretização, cumpra inteiramente e com rigidez o que determina a Constituição Federal e as leis pátrias, o que não ocorre, muitas vezes, na prática.

Essa possibilidade de judicialização é claramente aceita pela corrente teórica e jurisprudência majoritária, uma vez que é conferida pela Constituição Federal. Entretanto, como todo o contexto das demais competências essa atribuição também requer limites ainda

---

<sup>62</sup> OLIVEIRA, Erival da Silva. **Prática Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pg. 271 - 272.

mais quando nos referimos do Supremo Tribunal Federal. Isso porque suas decisões são, em tese, irrecorríveis e ocasionam impactos jurídicos de proporções nacionais. Ademais, a Suprema Corte brasileira como a guardiã e garantidora da Constituição precisa efetivar, quando provocada, direitos sociais e fundamentais consagrados no texto constitucional. Por essa razão, seu papel é ainda mais relevante nessas situações.

A aceitação da judicialização de políticas públicas se deu gradativamente e alcançou todas as instâncias do judiciário. Como exemplo disso podemos citar o julgamento do Recurso Especial (REsp) número 493.811, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, que tramitou no Superior Tribunal de Justiça (STJ). No acórdão deste recurso a Corte entendeu que, devido ao império da lei e a sua respectiva função de controle, o judiciário detém competência e autorização para analisar as razões de oportunidade e conveniência do gestor público.

Esse entendimento jurisprudencial foi consolidado aos poucos, como na aludida decisão do STJ, até chegar ao Supremo Tribunal Federal e ser devidamente pacificado no “mundo jurídico”. Diante disso, uma das decisões de mais repercussão nacional foi a proferida pelo Recurso Extraordinário nº 592.581-RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que corresponde à realização de obras em estabelecimento prisional, determinando que a Administração Pública efetivasse especificamente essa política pública e gerando diversos precedentes jurisprudenciais.

Essa decisão teve como fundamento que: a “Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial”, visando “assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal”<sup>63</sup>. Todavia, esse acórdão foi rechaçado por vários especialistas e por uma parte da sociedade que é nitidamente punitiva, como descreve Michel Foucault nas suas obras literárias. Os juristas que se posicionaram contra como fundamentação técnica alegaram que essa decisão acabou ferindo a separação de Poderes, já que a Administração Pública não pode ser forçada a cumprir determinada política pública quando não houver dotação orçamentária. No entanto, evidentemente essa premissa não se sustenta, posto que a dignidade humana está acima de qualquer burocracia orçamentária.

Denota-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal desenvolveu corretamente sua atribuição de “garantista”, pois perante um caso concreto efetivou por meio de sua decisão direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Nesta circunstância, nota-se que uma parcela se posicionou contra mais por aspectos aludidos como “morais” (devido não se

---

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. Relator: Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 ago. de 2015.

importarem com o tratamento dado aos presos) do que propriamente por critérios técnicos, o que aparenta em muitos casos ter sido utilizado como pretexto para se rejeitar tal ideia.

Observa-se que o princípio da separação dos poderes e o princípio da discricionariedade administrativa não são absolutos, visto que nas situações em que há o descumprimento de outros princípios fundamentais, ou então a sua inobservância, é possível realizar uma relativização desses preceitos constitucionais. Contudo, a atuação do Supremo Tribunal Federal também requer limites e outros princípios, como o princípio da impessoalidade, precisam ser observados.

## 5.2. A ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL E SEUS PROVÁVEIS MALEFÍCIOS PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA.

Inicialmente se faz importante conceituar como premissa básica que democracia reflete a ideia de governo da maioria ou governo do povo. Apesar disso, essa ideia é anacrônica, pois ditaduras sempre se utilizaram desse conceito. Podemos dizer que toda essa concepção simplista possui uma dimensão muito precária para explicar o que é democracia contemporânea.

Seguindo essa ideia, várias vertentes no que diz respeito à democracia foram surgindo, dentre elas temos a democracia delegativa, que é composta por uma sociedade desorganizada, engessada e que apenas participa nas eleições, posto que não pode fiscalizar, se organizar em associações, entre outras coisas. Ainda conseguimos identificar, por exemplo, a democracia frágil, que se caracteriza por não conseguir fazer com clareza uma descrição sobre soberania popular, e que entre suas várias facetas confunde democracia com eleições livres e periódicas. Neste fenômeno também pode haver uma fraca participação popular, se restringindo as eleições e, por consequência, a formação de partidos fracos, que resulta em atos de coleguismos e corrupções, além de atormentar as instituições que são terminantemente fracas. Em suma, todas estas e outras concepções teóricas nos fazem concluir que o emparedamento das instituições é algo grave e que deve ser combatido.

Outros fatores que também precisam ser impedidos dentro de um regime democrático, uma vez que a literatura jurídica os classificam como verdadeiros inimigos da democracia, são num primeiro momento a simplicidade, ou seja, o Estado aposta em soluções simples para questões complexas, desconsiderando que existe uma larga diferença entre algo complexo e algo complicado. Já como segundo momento, temos o populismo que traz a figura de um “mercador de soluções fáceis” que sempre discursa no sentido de que há o cidadão de bem e há o cidadão mau que precisa ser combatido. Dessa forma, como sustenta o professor

Georges Abboud<sup>64</sup>, revelou-se recentemente uma nova categoria chamada de “populismo outsider” onde, o candidato à disputa do poder, diz que já é rico e possui o próprio sucesso, se colocando como alguém de fora do sistema para ajudar o povo.

Sob outra perspectiva teórica, autores como Jessé Souza, defendem a ideia de que o termo “populismo” é uma manobra da elite para depreciar governos legitimamente populares.

Para ele:

A noção de populismo, atrelada a qualquer política de interesse dos mais pobres, serve para mitigar a importância da soberania popular como critério fundamental de qualquer sociedade democrática. Afinal, como os pobres, coitadinhos, não têm mesmo nenhuma consciência política, a soberania popular e sua validade podem ser sempre, em graus variados, postas em questão. O voto inconsciente corromperia a validade do princípio democrático por dentro. A proliferação dessa ideia na esfera pública, a partir da sua respeitabilidade científica e depois pelo aparato legitimador midiático, que o repercute todos os dias de modos variados, é impressionante. Os best-sellers da ciência política conservadora comprovam a eficácia dessa balela.

Isso justifica a proliferação de ideias como a de que o povo não sabe votar, que seu voto vale menos, posto que menos instruído, e vai funcionar, na prática, como condenação da democracia e da soberania popular.<sup>65</sup>

Todas essas situações já são por si só prejudiciais a democracia. Todavia, com vistas a fomentar uma melhor compreensão do regime democrático e, conseqüentemente, conceber uma base teórica para constatar como o ativismo judicial pode ser também um malefício para a democracia, temos antes que entender os elementos que compõem um governo democrático ideal.

A corrente teórica mais recente dispõe como primeiro elemento deste regime aquilo que se denomina como “accountability”, que traduzindo para a língua portuguesa significa “responsabilização”, visto que a responsabilidade sobre a democracia é inerente ao exercício de poder, remetendo a ideia de um Estado de modernidade. Por sua vez, temos como segundo elemento o que se denomina como “common ground” que exprime a ideia de que lados opostos podem conviver harmoniosamente, aceitando a ideia de uma oposição política sem querer exterminá-la e utilizando-se de mecanismos dentro da lei para tirar o outro grupo do poder, porém verifica-se uma base comum em todas as posições políticas.

Em seguida, como terceiro elemento, surge a dignidade humana que é uma premissa cultural e antropológica de uma sociedade democrática, pois proíbe a “coisificação” do Homem. Neste elemento, algumas reflexões são feitas em que se coloca como valor de dignidade, uma primeira dimensão de valor intrínseco, em que toda vida tem um valor a ser considerado, e para

<sup>64</sup> ABBLOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2021. Passim.

<sup>65</sup> SOUZA, Jessé de. **A elite do atraso: Da escravidão à Lava-Jato**. Editora Leya, Rio de Janeiro: 2017. E-book.

ilustrar o caráter global disso uma determinada reflexão teórica cita como exemplo, inclusive, o valor da vida de um “serial killer”, não fazendo distinção entre ninguém.

De outro modo, a segunda dimensão do valor da dignidade, expressa um valor extrínseco, onde juristas como Dworkin nos ensinam que há uma dimensão moral e outra dimensão da ética. Ao diferenciar essas duas características, Dworkin aponta no sentido de que a moral é intersubjetiva, e que se identifica ou ocorre entre uma relação de sujeitos, como não andar com seu veículo em alta velocidade para não colocar em risco a vida de outros. Nota-se que a moral pode ser imposta pelo Estado. Já na dimensão ética a relação é consigo mesmo, como por exemplo, com quem vou casar, qual religião quero seguir etc. Ou seja, na democracia o Estado não pode impor valores éticos e isso impossibilita, inclusive, que o judiciário faça o mesmo.

No final, como quarto elemento para se caracterizar um regime democrático ideal temos o papel contramajoritário que, como aludido anteriormente, é um dever do Estado não deixar ninguém para trás, protegendo todos. Também contribui para retirar a ideia de “coisificação da pessoa”. Nessa perspectiva, o controle de constitucionalidade pode ser, por vezes, um controle da maioria, mas em outras situações, pode servir como um controle contramajoritário quando, por exemplo, protege a liberdade religiosa.

Esses aspectos da democracia e as possíveis nuances que são constatadas para que o regime seja ideal nos dão uma noção de todo o sistema democrático e como ele deve ser efetivamente exercido. A partir disso, levando em consideração essa lógica proposta, conseguimos compreender o ativismo judicial e como ele atinge todo esse sistema apresentado. Assim, as etapas pautam-se em entender o que é ativismo judicial, o papel dos magistrados dentro de uma democracia, as proporções desse fenômeno e as suas possíveis consequências.

Pois bem, segundo Karine de Castro Kotlewski<sup>66</sup>, historicamente a expressão “ativismo judicial” apareceu pela primeira vez nos Estados Unidos da América quando a Suprema Corte americana entendeu, no julgamento do caso *Marnury v. Madison*, que era admissível o Poder Judiciário realizar controle de constitucionalidade sobre condutas ou decisões praticadas pelos demais Poderes, ainda que não se verificasse qualquer norma direta concedendo essa atribuição.

Desde então, passou-se a ter vários outros vereditos da Corte que se caracterizavam por serem ativistas, sob a ótica de que o Judiciário desempenhava uma importante função na garantia do bem-estar da sociedade. Tudo isso vinha acontecendo normalmente até que no ano

---

<sup>66</sup> KOTLEWSKI, Karine de Castro. **Ativismo, Jurisdição Constitucional e Estado Democrático de Direito Brasileiro: O Supremo Tribunal Federal entre Guardiões de Promessas e Legislador de Toga**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2018, passim.

de 1947 o historiador Arthur Schlesinger Jr. publicou uma matéria na Revista Fortune onde pela primeira vez a expressão “Ativismo Judicial” (judicial activism) foi utilizada, entrando no seio político, jurídico e popular, considerando, nas palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que: “os Estados Unidos são o berço do tema e do termo ativismo judicial”<sup>67</sup>.

Mais de meio século depois, ainda visualizamos inúmeras discussões sobre esse fenômeno e para cada situação um resultado diverso é apresentado. Toda essa situação acaba criando uma verdadeira pressão sobre o Poder Judiciário, posto que suas decisões sempre serão questionadas ante o pretexto de estar incorrendo em ativismo judicial. Sendo assim, pode-se dizer que ativismo judicial se caracteriza quando o magistrado assume uma posição na sua sentença que esteja fora dos seus limites funcionais outorgados pela norma jurídica. Contudo, a corrente teórica que tece considerações favoráveis para esse fenômeno entende, nas palavras de Luís Roberto Barroso, que: “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”<sup>68</sup>.

O renomado jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, ainda completa essa definição dizendo que: “Em algumas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”. Nesse sentido, consegue-se compreender que os juristas favoráveis defendem a concepção que a função do ativismo judicial é expandir a interpretação das disposições constitucionais, ampliando os seus efeitos.

Outra justificativa utilizada pelos teóricos que são favoráveis pode ser ilustrada nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos que afirma o seguinte:

O órgão do poder deve sempre conter o outro órgão do poder. A interferência de um órgão em outro é apenas admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, caso contrário de nada adiantará a constitucionalização do princípio em exame, porque ele existirá apenas nominalmente, sem qualquer relevância prática.<sup>69</sup>

Entretanto, outra grande parte de juristas rechaçam essa ideia. Nos dizeres de Cesar Leandro de Almeida Rabelo podemos entender que:

O mais importante é esclarecer que o ativismo judicial não se restringe a criação ou validação do direito, mas se caracteriza por todas decisões judiciais arbitrárias e

---

<sup>67</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Pg. 18.

<sup>68</sup> BARROSO, op. cit. Judicialização... Pg. 275 - 289.

<sup>69</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. Pg. 518.

solitárias [...], muitas vezes extrapolando a competência funcional do judiciário, em total descompasso com a Democracia [...].<sup>70</sup>

Ocorre que a ineficiência dos demais Poderes serve como fundamento basilar para que os teóricos, defensores deste fenômeno, justifiquem no sentido de que o Poder Judiciário não pode ser um mero interprete da “letra fria da lei”, enquanto que em sua volta desmandos são cometidos e direitos fundamentais são violados. Com esse entendimento *Ciro Di Benatti* define o ativismo judicial como:

[...] um comportamento proativo (e, por raras vezes, antecipador à função típica dos demais poderes constituídos no Estado), desempenhado pelo judiciário (especialmente, em termos da jurisdição constitucional), mediante procedimento interpretativo-constitucional, com a justificativa de suprir ou corrigir deficiências ou insuficiências posturais das demais funções estatais [...].<sup>71</sup>

De acordo com essa perspectiva, o saudoso jurista *Luiz Flávio Gomes* sustenta que a legitimidade do ativismo judicial pode se dar de duas formas, nos seguintes dizeres:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.<sup>72</sup>

Essa conjuntura implica dizer que o ativismo judicial se respalda na função do julgador de sempre decidir o mérito do litígio, não possibilitando, portanto, que o juiz deixe de resolver a demanda processual perante a alegação de que não há norma jurídica sobre a questão ou então, existindo, que a mesma possui lacunas. Para alguns teóricos o fundamento disso encontra-se no Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa parte do texto constitucional garante o direito de ação, contudo, também atribui com exclusividade ao Poder Judiciário o dever de julgar qualquer questão apresentada.

<sup>70</sup> RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **O Ativismo Judicial e sua Incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2012. Pg. 43.

<sup>71</sup> GALVÃO, *Ciro Di Benatti*. **Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais**. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNICEUB, vol. 5, n. 02, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3101/pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>72</sup> GOMES, *Luiz Flávio*. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, ano 14, n. 2164, Teresina, 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 11 mar. 2022.

Apesar desses argumentos firmados, torna-se relevante dizer que o ativismo judicial mesmo sendo muitas vezes apoiado por garantir direitos e buscar pautas progressistas, não se convalida sempre dessa forma. Isso porque este fenômeno acaba constantemente transgredindo as disposições constitucionais, bem como a legislação vigente. Essa situação gera um “criacionismo jurídico”, que é veementemente rechaçado por parte dos juristas. Assim, esclarece Lenio Streck:

[...] ativismo é sempre ruim. Razão de minha prudência: não vejo como positivo algo que não tem qualquer critério. Isto porque a caixa de pandora do “criacionismo jurídico” (que, fazendo uma paródia, é “antievolucionista”, acreditando na fé do intérprete e não na estrutura do Direito), de onde se tira todo tipo de decisionismo, de subjetivismo, livre convencimento, enfim, todo tipo de decisão ad hoc fundamentada em nada além da consciência daquele que escolhe. Direito vira “escolha a partir da opinião pessoal.”<sup>73</sup>

Levando em consideração todos esses aspectos abordados constata-se que o ativismo judicial se caracteriza, como uma situação de hermenêutica jurídica, considerando, ou não, os contextos sociais. Com isso, a incumbência jurídica torna-se política ao passo que impõe aos magistrados uma certa congruência. Nessa lógica, proteger estritamente o significado da norma é desprezar as circunstâncias sociais e políticas apresentadas, enquanto que, analisar e aplicar a norma sem utilizar critérios, diante de uma alegação progressista, é violar toda a tradição do sistema jurídico. Por seu turno, percebe-se que a atribuição do magistrado de julgar não se limita ao modo conservador ou progressista, posto que o dever se prende na obrigatoriedade de agir corretamente frente as lides e o conjunto normativo. Logo, tomar uma decisão baseando-se numa disposição de valores emocionais não reflete, objetivamente falando, qualquer legitimidade ao juízo aplicado.

Quando tratamos acerca das decisões judiciais inevitavelmente discorreremos sobre as suas motivações. Sobre isso, pode-se afirmar categoricamente que toda sentença necessita de uma fundamentação jurídica para ser válida. Quando falamos de ativismo judicial a análise dos fundamentos das decisões torna-se inteiramente relevante. De modo preponderante, as deliberações, definidas como sentenças ou acórdãos, são completamente munidas de argumentos, seja de princípio ou política. A respeito, ressalta-se Dworkin que diz:

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um

---

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O motim hermenêutico e os mitos do "bom" e do "mau" ativismo**. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>. Acesso em: 11 mar. 2022.

objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.<sup>74</sup>

Quando nos referimos à atuação do Poder Judiciário como um todo, o que inclui o Supremo Tribunal Federal, chegamos à reflexão de que a mesma, imperiosamente, precisa ser com ponderação. Não se pode negar também as contrariedades sobre o tema, visto que o ativismo judicial propicia um amplo espaço de atuação aos magistrados, que se usado de forma inadequada pode trazer prejuízos irremediáveis para o Estado Democrático de Direito, uma vez que a harmonia entre os Poderes da República é o que constitui uma democracia. Não obstante, impreterível mencionar que a sobreposição de um Poder sobre os demais é o que funda a ideia de uma ditadura ou de um Estado totalitário. Por essa razão, o assunto deve ser incansavelmente debatido e explorado para que limites e parâmetros sejam estabelecidos.

Sobre a importância de se determinar os aludidos limites, nas palavras de Eduardo Appio, conforme José Miguel Garcia Medina, entendemos que:

Existem, portanto, limites claros ao ativismo e a intervenção judicial no espaço político, quais sejam, (1) solucionar casos para os quais ainda não exista uma regra legislada pelo parlamento (ditos 'casos difíceis'); e (2) que nestes casos, a interpretação judicial da Constituição se dê com a estrita finalidade de assegurar que o Estado trate todos com igual consideração e respeito, por razões de princípio e tutela dos direitos individuais.<sup>75</sup>

Como anteriormente relatado, não se pode negar que muitas vezes a ineficiência do Estado é o que justifica a interferência do Judiciário nas demandas políticas e sociais. Da mesma forma, é indiscutível que em alguns casos a intervenção pode ser positiva, como por exemplo, quando a justiça impõe ao poder público a compra de medicamentos faltantes nas unidades de saúde ou concede a resolução de um caso não amparado pela lei. Nessas situações são indiscutíveis os benefícios proporcionados, porém a referida falta de critério ou ausência de parâmetros podem também ocasionar em abusos ou erros judiciais nocivos para a democracia.

A carência de padrões aplicáveis à atuação ativista do Poder Judiciário pode acarretar numa inversão de polaridades entre princípios morais e questões jurídicas, além de que situações ocorridas na esfera da Suprema Corte possuem um impacto muito maior à ordem democrática, visto que a entidade tem a responsabilidade de ser a maior guardiã da Constituição Federal. Em relação a toda essa conjuntura João Maurício Adeodato explica muito bem dizendo que:

---

<sup>74</sup> DWORKIN, op cit. Levando os..., Pg. 141.

<sup>75</sup> APPIO, Eduardo Fernando. Apud. MEDINA, José Miguel Garcia. **Ronald Dworkin e o ativismo judicial**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://josemiguelmedina.jusbrasil.com.br/artigos/121934201/ronald-dworkin-e-o-ativismo-judicial>. Acesso em: 12 mar. 2022.

Dentro desse debate sobre os limites à criatividade do Judiciário, pode-se considerar a preponderância da atividade judicante na concretização, sobretudo por parte das Cortes mais altas, como uma realidade prejudicial ao Estado Democrático de Direito, pois o Judiciário passa a ser o guardião do conteúdo moral do direito e, ao invés de a moral limitar o direito, como parece ser a intenção de jusfilósofos como Ronald Dworkin, pode acontecer exatamente o contrário: a inserção direta de princípios morais nas questões jurídicas, através de uma “moral do judiciário”, faz com que as fronteiras do que é jurídico e coercitivo ampliem-se a níveis preocupantes no contexto democrático.<sup>76</sup>

Diante disso, os julgamentos devem proceder de uma hermenêutica jurídica e da consequente análise de sua constitucionalidade, na procura de se estabelecer a congruência e integridade de juízo, visando defender o bem coletivo que conhecemos como justiça, no entanto, sem esquecer a responsabilidade de se construir avanços e melhorias ao direito. Essa incumbência é ainda maior quando aludimos acerca do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o mesmo está disposto como a última instância do Poder Judiciário e também é elencado pelo ordenamento jurídico pátrio como o verdadeiro guardião da Constituição, o que resulta numa influência social de proporções substanciais.

#### 5.2.1 As Eminentes Ameaças para a Legitimidade Democrática

Na estrutura institucional de cada Poder da República somente o Poder Judiciário não possui na sua composição agentes públicos eleitos. Assim, os magistrados de todas as instâncias são selecionados por outros critérios, como concurso público ou então nomeação por notável saber jurídico e reputação ilibada, e, portanto, não possuem a aquiescência popular. Apesar disso, como já mencionado, os magistrados e seus respectivos tribunais exercem poder político, principalmente quando invalidam as ações dos outros Poderes.

Quando conjecturamos uma situação em que um órgão como o Supremo Tribunal Federal, que não é eleito, pode se sobrepor a um ato praticado pelo Presidente da República, eleito por milhões de votos, ou então modificar e anular uma decisão do congresso nacional, composto por diferentes esferas de representatividade, conseguimos identificar a já aludida função contramajoritária. Nesse aspecto, quando a corrente teórica tenta embasar tais fenômenos visando detectar essa legitimidade que permite invalidar os atos dos outros Poderes democraticamente eleitos, duas fundamentações são constatadas: A primeira decorre de um caráter normativo, já a segunda possui um caráter filosófico.

---

<sup>76</sup> ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: IHJ, vol. 1, n. 2, 2004. Pg. 178.

Aduzindo sobre essas duas teorias percebe-se que a primeira, decorrente de um caráter normativo, advém expressamente da Constituição Federal que delega ao Poder Judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, essa competência. Assim, realizando uma análise sistemática acerca dos Estados regidos por uma ordem democrática podemos notar que a maioria deles reservam uma parte do poder político para que seja desempenhado por agentes públicos não eleitos, visando uma atuação estritamente técnica e imparcial.

As razões que explicam essa possibilidade procedem da ideia de que os magistrados apenas interpretam a norma, não possuindo uma discricionariedade política. Portanto, quando aplicam as normas constitucionais e infraconstitucionais estão somente promovendo decisões já estipuladas no âmbito legislativo, ou seja, por aqueles que de fato possuem representatividade.

É perceptível que essa atividade desenvolvida pela separação de Poderes deve ser colocada em prática com prudência e moderação, visto que a atuação dos magistrados não pode ser meramente mecânica e também, concomitantemente, deve ser ponderada para não extrapolar limites, incidindo em ativismo judicial. Igualmente, destaca-se algumas situações em que há expressões às vezes imprecisas, como é o caso da “dignidade da pessoa humana” ou então a “boa-fé objetiva”, em que o magistrado ao solucionar o caso concreto acaba tornando-se também um “criador de direitos”.

Já o fundamento filosófico para explicar essas atuações do Poder Judiciário é mais aprimorado, porém claramente compreensível. O denominado Estado constitucional democrático é resultado de concepções que se uniram, porém que não são a mesma coisa. Esmiuçando os conceitos, verifica-se que o “constitucionalismo” indica, no seu sentido, um poder com limites que conseqüentemente respeitam os direitos fundamentais, isto é, o Estado de direito como seu próprio fundamento.

Em contrapartida, a “democracia” pauta-se na ideia de soberania popular, o poder emanado pela maioria. Nesse sentido, podem ocorrer conflitos e tensões entre constitucionalismo (representado por vezes na figura dos direitos fundamentais) e democracia (revelado na vontade da maioria) necessitando de uma intervenção que estabeleça temperança nessa relação.

Frente ao contexto é possível afirmar que a Constituição Federal tem como preceito duas grandes funções. Entre elas, temos a de definir as diretrizes democráticas, garantindo toda e qualquer forma de participação política legítima, vontade da maioria e a alternância de governos. No entanto, a democracia não se concentra somente na ideia de um princípio majoritário. Fazendo alusão a uma hipótese exemplificativa, se um grupo ideológico, composto

por uma maioria, decide exterminar de alguma forma um grupo minoritário só pelo fato de estar em maior número, estes devem ser impedidos. Toda essa concepção é o que fundamenta a segunda grande função que é assegurar os direitos fundamentais, ainda que entre em colisão com uma eventual vontade da maioria.

Sobre essa proteção conferida pela Constituição o Supremo Tribunal Federal possui grande relevância, pois é o seu maior intérprete. Por esse motivo, seu principal papel é zelar pelas regras do jogo democrático e proteger os direitos fundamentais, atuando como um juízo de princípios que não deve levar em consideração razões públicas, políticas, ideológicas ou doutrinas religiosas.

Em síntese, quando uma jurisdição constitucional é muito bem utilizada, temos uma garantia para toda a ordem democrática ao invés de um risco. Apesar disso, uma constatação precisa ser feita. A relevância da Constituição e do Supremo Tribunal Federal como seu grande intérprete não deve afastar ou anular a política, vontade da maioria, tampouco o papel do Poder Legislativo. Importante dizer que alguns teóricos rechaçam a ideia de uma Constituição ubíqua, posto que, considerando os valores constitucionais, incumbe as leis, votadas pelo Legislativo e sancionadas pelo Executivo, determinar as múltiplas concepções que compõem uma sociedade plural.

Por todo esse contexto, o Supremo Tribunal Federal deve buscar ser sempre respeitoso com as decisões estabelecidas pelo Congresso Nacional, interferindo apenas nas questões que sejam cruciais para garantir a democracia e os direitos fundamentais. Assim, torna-se essencial que o protagonismo do cenário político nacional seja exercido por aqueles que detêm os votos. Como resultado, os tribunais e os seus respectivos magistrados não podem se achar presunçosos a ponto de impor suas preferências ou vontades, pois só desempenham suas funções com legitimidade quando conseguem fundamentar de forma racional as suas deliberações, alicerçando-se na Constituição Federal.

### 5.2.2 Os Principais Perigos de uma Politização da Justiça

Por muito tempo, durante a evolução da teoria crítica do direito, pensava-se que direito e política eram duas coisas que se entrelaçavam e no final se tornavam uma só. Apesar dessas extensas análises nos apontarem hoje no sentido de que é completamente inadmissível uma ideia positivista, em que o intérprete apenas aplica a letra fria da lei com toda neutralidade possível, essas concepções nebulosas já estão mais compreensíveis e as dúvidas quanto a isso não existem mais. Assim, pode-se afirmar com clareza que direito e política não se confundem,

mesmo que em determinadas demandas judiciais o magistrado seja levado a desempenhar suas funções de forma totalmente contrária à corrente positivista.

Toda essa visão deturpada do sistema propõe a ideia de que tudo o que é certo e justo está sujeito à vontade de quem possui o poder. Em consequência disso, atualmente dispomos de uma cultura que é pós-positivista, onde o direito de fato se entrelaça com a ética, transformando-se num expediente que concede legitimidade, objetivando sempre a devida justiça e garantindo a plenitude dos princípios inerentes a dignidade da pessoa humana. A respeito disso, os professores e juristas Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira discorrem muito bem ao afirmarem que:

Podemos resumir a definição pós-positivista de direito como aquela em que o fenômeno jurídico é analisado a partir da perspectiva da concretização, sendo o conceito de direito um “conceito interpretativo”. Com efeito, a segunda metade do século XX representa para o direito uma revolução nos níveis teórico e prático. No nível teórico, a necessidade do reconhecimento de uma especificidade do direito frente a política – em face dos movimentos que levaram ao totalitarismo da primeira metade do século – desloca o foco metodológico em direção à decisão judicial que garante uma autonomia maior do que a velha postura formal decorrente de uma pura teoria da legislação, recorrente no imaginário jurídico desde os movimentos que sucederam a revolução francesa e o posterior período codificador. No nível prático, tento em vista o espaço de reflexão colocado no âmbito da decisão judicial, as questões sobre interpretação passaram a ocupar o centro das atenções.<sup>77</sup>

Atualmente, nada soa tão pejorativo quando dizem que uma decisão judicial foi tomada por questões de cunho político e não pelos seus aspectos jurídicos. Essas construções de valores ideológicos nos revelam que efetivamente o pensamento pregado no passado já não vigora nos dias atuais.

Além do mais, não se pode deixar de reconhecer que essa barreira entre a política e o direito nem sempre é visível ou perceptível, o que obviamente faz com que ela não seja totalmente estática. Não obstante, alguns teóricos afirmam que há uma duplicidade de sentidos e que o direito se entrelaça com a política quando: a sua origem é resultado de uma vontade da maioria concretizada através da Constituição Federal e das leis pátrias; a sua aplicabilidade não pode ser desassociada do contexto político apresentado, dos impactos ocasionados na coletividade e dos anseios da sociedade; e por fim, os magistrados não são pessoas sem pensamentos e aspirações, ou seja, não são livres do seu inconsciente e de suas convicções e, por essa razão, pode haver uma atribuição de valores na decisão. Aliás, a Constituição Federal também faz uma conexão entre o meio político e o meio jurídico, visto que há um empenho

---

<sup>77</sup> ABBoud, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito** - 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Pg. 110 - 111.

para conceder o poder a setores que impulsionam o direito, como são, por exemplo, acerca da segurança pública, justiça e o bem-estar social.

Conforme se observa, a hermenêutica da Constituição brasileira terá sempre um aspecto político, ainda que determinada pelas probabilidades e limitações disponibilizadas pela ordem jurídica em vigor. Entretanto, é evidente que o direito não é o mesmo que política na perspectiva de se permitir predileções livres, parciais ou dotadas de algum partidatismo. O proselitismo é um forte rival do constitucionalismo.

Para ilustrar, suponhamos a hipótese de um empresário que faz uma doação de campanha ao partido político que está no poder. Nesse caso, o doador não pode dispor de um procedimento jurídico privilegiado e distinto daquele que não efetuou uma doação. De igual modo, a livre manifestação do pensamento não pode acautelar somente aqueles que pensam conforme a maioria, desamparando os demais que se enquadram como uma minoria.

Nessa orientação, o magistrado de uma Suprema Corte ou de uma Corte Superior, nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, não pode tomar as suas decisões com base na conveniência daquele que o nomeou. Ressalta-se que um veredito de modo algum torna-se político simplesmente pelo fato do juiz exercer um juízo de escolha ou uma discricionariedade jurídica. Isso porque, mesmo nas hipóteses que são possíveis mais de uma resolução, o magistrado deve se utilizar da que seja mais apropriada e certa no litígio em questão. Tais requisitos se tornam necessários devido à aplicabilidade do princípio da motivação, posto que o intérprete da norma deve servir-se de uma fundamentação lógica e convincente para que sua decisão seja considerada legítima pelas leis processuais vigentes.

Considerando todo o contexto histórico podemos compreender que durante a controvérsia para se criar ou não o primeiro tribunal constitucional no continente europeu, duas correntes teóricas entravam em uma verdadeira colisão de ideias. A primeira delas, liderada por Kelsen, defendia sua existência. Já a segunda, coordenada por Schmitt, era totalmente contrária à concepção de um juízo constitucional, que sustentavam seus argumentos no sentido de que a judicialização da política poderia se corromper na politização da justiça. No entanto, grande parte das nações democráticas adotaram esse sistema e a advertência feita não se efetivou, pois em quase todos os países constatamos êxitos. Tudo isso implica dizer que mesmo diante dos expressivos resultados algumas precauções precisam ser praticadas para que essa Corte não se sinta em uma posição egocêntrica de superioridade, afastando-se da realidade vivenciada por todos.

Vale destacar que o magistrado somente pode atuar em prol da Constituição Federal e das leis pátrias vigentes, mas nunca por predileções políticas pessoais; precisa também

respeitar as deliberações que são admitidas licitamente e efetuadas pelos demais Poderes, isto é, pressupor legitimidade jurídica das normas; e, por fim, apesar de existir a possibilidade de exercício de função política por parte do Judiciário, os magistrados não podem confundir tais atribuições e com isso julgar vereditos populistas, uma vez que também devem em determinadas situações desempenhar um papel contramajoritário. Assim, a preservação e efetivação de garantias fundamentais, ainda que frente a uma vontade política majoritária, é um requisito essencial para o exercício da democracia constitucionalista. Por esse motivo, a interferência muitas vezes do Poder Judiciário resolvendo alguma lacuna da lei ou até mesmo a declarando inconstitucional, caracteriza uma proteção para a democracia e não o contrário.

### 5.2.3 Uma Análise da Teoria da Capacidade Institucional Judiciária

Na configuração da maioria dos países democráticos o sistema adotado é o da separação de Poderes. Isso significa dizer que há uma repartição de competências para criar leis, fazer a gestão pública e julgar o direito. A primeira competência elabora ou produz o direito que precisa ser respeitado por todos. Já a segunda função, realiza e aplica esses direitos a todos, devendo ofertar serviços públicos de qualidade. Por último, a função de julgar impõe o direito trazido pela norma jurídica em situações de litígio. Nota-se, dessa maneira, que as competências são distribuídas para diferentes instituições que são autônomas e foram criadas especificamente para cumprir os seus fins.

Essa estrutura é o que fundamenta a fiscalização recíproca que deve haver entre os Poderes. Por conta disso, a atuação de cada Poder deve ser no sentido de coibir a aparição de uma instituição predominante que possa colocar em perigo a ordem democrática e as garantias fundamentais. Consequentemente, todos os Poderes precisam respeitar as normas constitucionais e desempenhar as suas funções com base nos seus princípios e nas suas disposições.

Desta feita, explorando o papel institucional, em situações de desentendimento quanto a hermenêutica de normas jurídicas, a definição caberá em regra ao Poder Judiciário. Contudo, essa premissa não quer dizer que seja qual for o assunto este será decidido por um tribunal, bem como não justifica ou valida uma presunção jurídica.

Constata-se na atual literatura constitucional que os juristas majoritariamente estão esmiuçando e analisando duas concepções que precisam ser mencionadas, quais sejam: a capacidade institucional e os seus efeitos sistêmicos. A primeira ideia, analisa qual dos Poderes encontra-se mais apto para proferir uma decisão sobre um certo assunto. Isso em virtude de que algumas questões científicas muito complexas podem não dar ao magistrado a devida

qualificação para decidir, já que não dispõe da compreensão técnica para entender completamente o caso. Em regra, o Judiciário exercerá a sua atribuição como órgão competente e definidor, porém em algumas hipóteses conseguirá ponderar de acordo com os posicionamentos levantados pelo Poder Legislativo ou Executivo, viabilizando alguma discricionariedade de juízo, desde que provido de uma razoabilidade nesta decisão.

Com relação aos efeitos sistêmicos, os teóricos juristas nos revelam que os magistrados estão somente preparados para resolver o litígio em questão, desempenhando o que se denomina como “microjustiça”. Isto significa dizer que o juiz pode não ter todas as explicações, nem dispor de tempo ou capacidade suficientes para analisar todas as consequências ou repercussões de seu veredito, que são na maior parte de interesses individuais, mas que podem atingir um determinado setor econômico ou até mesmo afetar um serviço público prestado.

Ressalta-se que não cabe nem mesmo responsabilidade política por predileções equivocadas. Uma referência que simboliza muito isso tem acontecido nas causas envolvendo a saúde pública, visto que conseguimos observar na grande maioria de sentenças ou acórdãos fundamentações dotadas de aspectos líricos quando envolvem fármacos ou tratamentos médicos.

É perceptível que o direito à vida, previsto no caput do artigo 5º da Constituição, trata-se de um direito fundamental, no entanto, nem todos os casos que dizem respeito à saúde pública merecem provimento sob a alegação de proteger um direito fundamental e, em consequência disso, algumas decisões podem comprometer a ininterrupção do serviço ou até mesmo prejudicar a destinação dos recursos financeiros e/ou materiais, principalmente no caso de municípios pequenos. Um exemplo muito evidente se constata na decisão do Ministro Celso de Mello, referente a uma medida cautelar na Petição (Pet) 1246/SC que tem sido constantemente utilizada como uma espécie de “preceito jurisprudencial”, senão vejamos:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.<sup>78</sup>

No citado trecho da decisão, compreendemos expressamente que na avaliação jurídica o direito à saúde, manifestado através do direito à vida, deverá sempre prevalecer em

---

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição (Pet) 1246/SC**. Relator: Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 jan. 1997.

relação às finanças públicas. Porém, essa definição não está, até o presente momento, totalmente esclarecida e por essa razão, produz ainda várias lacunas quanto a sua aplicabilidade.

O ordenamento jurídico normalmente permite que o Poder Judiciário possa intervir em causas complexas, mas tem momentos que isso não convém. Essas situações exigem uma autoanálise rigorosa acerca da capacidade institucional por parte dos magistrados, que devem sempre decidir-se no sentido de que seus poderes não sejam extrapolados, impondo com espontaneidade uma limitação a si mesmo.

A constatação dessa autocrítica se justifica também na percepção que o julgador deve ter quanto aos reflexos que sua decisão irá reproduzir, pois, se tratando de casos que envolvam uma margem de discricionariedade no âmbito Supremo Tribunal Federal, a opção adotada (dentro de um rol jurídico de possibilidades) poderá interferir na vida e no cotidiano da sociedade brasileira, o que igualmente indica e fundamenta a função política que a Suprema Corte possui.

### 5.3 OS EFEITOS PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA DEVIDO ÀS RECORRENTES INTERVENÇÕES JUDICIAIS EM PAUTAS DE REPRESENTATIVIDADE.

A noção do Judiciário estar cada vez mais presente como protagonista nas pautas de grande importância para o país tornou-se recorrente no cenário nacional. Desta maneira, revela-se necessário uma análise que aborde essa situação, avaliando os limites e justificando os excessos. Para tanto, é fundamental ponderar todo o contexto estruturante, verificando a competência de cada Poder e compreendendo as características das funções de cada um deles.

Versando sobre as mencionadas funções constata-se que a contramajoritária não se confunde com uma função de representatividade e nem com a função política, mesmo que em diversas situações, objetivando colocar em prática um papel representativo por parte do Judiciário, essas atribuições sejam dissimuladamente correlacionadas. Esse vínculo inexistente é utilizado como pretexto para colocar em prática uma condição que não pertence ao Judiciário.

A judicialização de políticas públicas ou de funções de representatividade significa, nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder Judiciário”<sup>79</sup>. Assim, conclui-se que a Constituição Federal construiu toda essa sistematização com o intuito de salvar-se, bem como manter a ordem democrática intacta. Todavia, com essa utilização equivocada realizada pela própria estrutura, restou por prejudicada a autêntica finalidade da

---

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 12, n. 96, fev/maio 2010. Pg. 08.

judicialização que no seu propósito deveria ser para defender a Constituição e as suas respectivas instituições.

Enfatiza-se que a judicialização é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, porém sua aplicação não se adequa a todos os casos, visto que muitos temas são causas de representatividade em que apenas os Poderes democraticamente eleitos podem decidir ou normatizar. Por essa razão, sua função baseia-se em assegurar os direitos e garantias vigentes, sendo, portanto, inapropriado normatizar ou exercer representatividade através das decisões.

Isso porque num regime democrático, a vontade popular é soberana e agentes públicos que não são eleitos não podem impor condições para a coletividade que não esteja minimamente expressa nas disposições constitucionais. A respeito disso, Roberto Gargarella faz as seguintes indagações:

¿Cómo puede ser que un minúsculo grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía (como sí lo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (al tener estabilidad en sus cargos, y estar libres, así, del directo escrutinio público) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular?<sup>80</sup>

A lógica decorrente de um Estado Democrático de Direito condiz com a soberania popular em decidir os rumos da política nacional, sem desconsiderar é claro que os Tribunais Constitucionais possuem uma importante função de auxílio para que excessos sejam evitados e a Constituição seja respeitada. Entretanto, esse papel do Supremo Tribunal Federal é unicamente institucional e se deriva estritamente da própria Constituição, o que não se confunde com uma autonomia política outorgada em mandatos pelo povo.

Não havendo representatividade de seus membros o Supremo Tribunal Federal torna-se o único entre os três Poderes que não tem legitimidade para se pronunciar em nome do povo. Nessa linha, também assevera Germana Belchior nos seguintes termos:

O Judiciário, em especial o STF, ante sua origem não representativa, é o órgão menos indicado para o papel de intérprete da vontade do povo, consubstanciada na Constituição e, por consequência, censor do Legislativo. Consoante o professor Rocha, “é inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de traduzir, exprimir, compreender e dar significação a esta vontade”.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Prólogo de Cass Sunstein. 1ª reimpr. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. Pg. 27.

<sup>81</sup> BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **STF, legitimidade e corte constitucional**. v. 28. n.1. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008. Pg. 136.

Fica evidente que a Suprema Corte brasileira não pode então interferir nas diretrizes democráticas, ante à falta de legitimidade representativa para tanto. Todavia, para refutar esses argumentos, uma parcela de teóricos sugere que o Supremo Tribunal Federal detém uma representatividade indireta, uma vez que a escolha de seus membros é feita pelo Presidente da República, com a aquiescência do Senado Federal.

Em contrapartida, a própria corrente teórica responde esse impasse quando questiona a ausência da Câmara dos Deputados no processo de admissão dos Ministros da Suprema Corte. Sobre isso defende Bruno P. Ruzon ao dizer que:

Em nossa Democracia Semidireta, em que a participação no processo legislativo é destinada apenas aos representantes escolhidos através do voto, e em raras exceções exercida pelo próprio povo, através do plebiscito, referendo ou iniciativa de lei, é a Câmara de Deputados que representa os brasileiros. O Senado Federal existe para representar os diversos Estados-membros. Surge a pergunta: Em qual momento a Câmara de Deputados interfere na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal? Não há resposta à questão, pois não há qualquer participação da Câmara na composição do STF.<sup>82</sup>

De fato, analisando a composição do Congresso Nacional que integra o Poder Legislativo Federal, cada uma de suas casas possui uma função institucional distinta, sendo isso perceptível inclusive no tempo dos mandatos. Isso porque, um Senador dispõe de oito anos no cargo após eleito enquanto que o Deputado Federal possui apenas quatro anos, ou seja, metade do tempo de um Senador. Tais diferenças são explicadas justamente pela finalidade de cada uma dessas casas do Poder Legislativo, uma vez que o Senado Federal, através dos seus agentes políticos eleitos, representa os Estados da Federação, já a Câmara dos Deputados representa o povo. Esse mecanismo imposto pela Constituição visa o equilíbrio das relações democráticas.

Levando em consideração esses aspectos especificamente estruturantes, logo não há que se falar em representatividade indireta do Supremo Tribunal Federal e a função do Senado Federal não é, em tese, representar a sociedade, mas sim os interesses dos Estados-membros. Seguindo essa lógica, o Senado apesar de ser representativo por ter seus membros eleitos, teoricamente não manifesta a vontade popular ao definir se aquele nomeado ao cargo de Ministro da Suprema Corte preenche ou não os requisitos para a sua admissão. Por isso, dizer que a nomeação e a consequente aprovação do candidato a Ministro do Supremo Tribunal Federal atribuem uma representatividade indireta, pois o mesmo foi escolhido por representantes eleitos, descreve uma narrativa viciada.

---

<sup>82</sup> RUZON, Bruno Ponich. **Inimigos da democracia: o Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Público, v. 1, n. 2, Londrina, 2006. Pg. 80.

A aludida falta de representatividade do Supremo Tribunal Federal e a sua interferência nas pautas representativas gera efeitos prejudiciais para a ordem democrática. Isso em razão de que muitas situações deste tipo acabam ocasionando uma insegurança jurídica, já que de certa forma a rigidez constitucional concretizada democraticamente é nesses casos relativizada. Toda essa conjuntura faz com que precedentes jurídicos sejam repentinamente mudados e uma instabilidade seja formada. Por esse motivo, através de uma análise jurisprudencial consegue-se constatar essa citada insegurança jurídica. De igual forma, outro ponto a ser abordado é a consecutiva inércia dos demais Poderes em causas sensíveis, uma vez que acabam se esquivando de pautas polêmicas deixando com que o Supremo Tribunal Federal as resolva.

### 5.3.1 Precedentes Jurisprudenciais de Relevância

Para falarmos de intervenções judiciais em pautas de representatividade que, conseqüentemente, acarretam em efeitos negativos para a democracia brasileira nada melhor que trazer a presente análise posicionamentos importantes de alguns Ministros e Ex-Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto e também mencionar alguns casos jurisprudenciais de relevância que demonstram uma clara omissão dos demais Poderes impondo à Suprema Corte brasileira a função de decidir sobre essas aludidas pautas de representatividade.

Como já relatado, o Supremo Tribunal Federal, que é a maior instância do Poder Judiciário, tem como sua principal atribuição a interpretação e guarda da Constituição Federal. Suas decisões, baseadas num efetivo controle de constitucionalidade, possuem como efeito o que se denomina de “*erga omnes*”, isto é, para todos e também o efeito vinculante. Pode-se dizer que elas afetam todo o ordenamento jurídico nacional. É possível afirmar também que pelo poderio que revestem essas decisões o resultado pode ter efeitos equivalentes à de uma lei, visto que atingem e vinculam a todos, assim como uma norma jurídica.

Sabendo disso, e ainda contando com a ineficiência que os outros Poderes às vezes demonstram, faz com que alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal venham a público e se manifestem a favor de uma viabilidade para que a Suprema Corte possa intervir em pautas de representatividade que no fim correspondem às funções dos outros dois Poderes. A respeito disso, pode-se citar a declaração do Ministro Celso de Mello que durante a posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2008, fez as seguintes afirmações:

É por isso que posso afirmar, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte – que não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República – desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição. Isso significa reconhecer que a prática de jurisdição, quando provocada por aqueles que atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.<sup>83</sup>

Com base na percepção do Ministro Celso de Mello, podemos compreender os motivos que têm levado o Supremo Tribunal Federal adotar certas posições e decidir questões em que deveria se abster por falta de representatividade democrática. Da mesma forma, visualiza-se também que até mesmo o ativismo judicial é justificado como forma de se efetivar as disposições constitucionais sob o viés de que a Constituição apresenta, por diversas vezes, temas que demandam por alguma regulação.

Em outra oportunidade, o Ministro Celso de Mello teceu fortes críticas à formulação legislativa no Brasil e corroborou afirmando que a injustificável inércia dos demais Poderes também fundamenta as decisões que a Corte vem adotando nos últimos tempos. Em entrevista que concedeu ao site Consultor Jurídico (Conjur) o Ministro fez as seguintes considerações:

A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros. Esse déficit de qualidade jurídica no processo de produção normativa do Estado brasileiro, em suas diversas instâncias decisórias, é preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República. É importante ressaltar que, hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implementação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo Constitucional. Isso lhe dá uma

---

<sup>83</sup> FILHO, José Celso de Mello. **Ativismo judicial é necessário na omissão do Poder Público. Discurso durante a posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do STF.** Consultor Jurídico, 23 de abril de 2008. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo\\_judicial\\_compensa\\_omissao\\_poder\\_publico?pagina=5](http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico?pagina=5). Acesso em 15 de mar. 2022.

consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional.<sup>84</sup>

Como visto, o argumento de que os demais Poderes são ineficientes ou inertes não pode servir de fundamento para de alguma forma legitimar a atuação do Supremo Tribunal Federal em pautas de representatividade, sob pena de comprometer a ordem democrática. Sendo assim, a alegação de que a Suprema Corte brasileira exerce um ativismo judicial para dar cumprimento aos dispositivos constitucionais, principalmente diante da inércia dos demais Poderes da República, não se sustenta, posto que o sistema não pode ser prejudicado em detrimento da atuação de pessoas que estão ocupando os cargos. Este é o verdadeiro sentido da democracia, que permite uma avaliação popular acerca do desempenho dos agentes eleitos e possibilita a troca periódica dos mesmos. Por isso, a concepção de que o Judiciário pode atuar em questões representativas não se mantém, dado que uma atribuição como essa, numa democracia, não pode ser exercida por alguém que dispõe de vitaliciedade, como é o caso de um magistrado da Suprema Corte.

Essa concepção de que o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel de proteger a Constituição, o que inclui efetivá-la nos casos de omissão dos demais Poderes, também é defendida por outros Ministros da Suprema Corte. A título de exemplo, podemos mencionar o Ministro Luís Roberto Barroso, que considera todos os Poderes em um Estado Democrático como representativo ao dizer que:

O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da Sociedade com as instituições judiciais. É certo que os métodos de atuação e argumentação empregados por juízes e tribunais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político.<sup>85</sup>

Verifica-se que a função política desempenhada por todos os Poderes da República sempre é atrelada a uma suposta representatividade. Todavia, a função representativa é aquela vinculada à soberania popular, o que se difere da função política, que até participa das regras

---

<sup>84</sup> IDEM. **Supremo Constituinte. Entrevista: José Celso de Mello Filho.** Consultor Jurídico. Entrevista concedida a Márcio Chaer em 15 de março de 2006. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes\\_papel\\_ativo\\_interpretacao\\_lei](http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei). Acesso em 15 de mar. 2022

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Pg. 82 - 83.

do jogo democrático, porém não ratifica uma decisão democrata. No tocante, partindo da premissa que a ineficiência estatal por si só não enseja na viabilidade de uma intervenção judicial, mas sabendo as posições adotadas que dão respaldo para muitas decisões, conseguimos citar alguns casos jurisprudenciais em que parte da corrente teórica se posiciona de forma contrária e considera como uma intervenção ilegítima ou exacerbada da Suprema Corte brasileira.

Alguns casos que podemos elencar são:

- a) Instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência – ADI 3105/DF;
- b) Criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do judiciário – ADI 3367;
- c) Pesquisa com células-tronco embrionárias – ADI 3510/DF;
- d) Interrupção da gestação de fetos anencefálicos – ADPF 54/DF;
- e) Restrição do uso de algemas – HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11;
- f) Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol – PET 3388/RR;
- g) Vedação ao Nepotismo – ADC 12/DF e Súmula Vinculante nº 13.<sup>86</sup>

Tais jurisprudências nos revelam uma intensa atuação do Poder Judiciário que, apesar de compor um dos Poderes do Estado Democrático brasileiro, não possui representatividade para decidir causas tão importantes para uma nação. Dentre as citadas situações exemplificativas podemos destacar o julgamento acerca da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, que na época teve grande repercussão nacional, inclusive com manifestações públicas de comunidades cristãs.

Até então, todo o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, independentemente da situação e sem a devida previsão na lei era considerado crime conforme dispõe o artigo 124 do código penal. Entretanto, na deliberação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54/DF, o Supremo Tribunal Federal acabou fazendo um adendo na lei ao desconsiderar como crime de aborto a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Naquela oportunidade, muitos movimentos progressistas elogiaram o veredito, porém grupos mais conservadores repudiaram esta determinação e se pronunciaram dizendo que a legislação brasileira é clara quanto à impossibilidade de se abortar nesta hipótese, já que as únicas excludentes que o código penal impõe são o aborto necessário

---

<sup>86</sup> SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA - 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República. Livro: Acesso à Justiça II. Anais eletrônicos do XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Funjab, 2013. Pg. 467 - 490.

(artigo 128, inciso I) para salvar a vida da gestante e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro (artigo 128, inciso II).

Analisando toda essa conjuntura e não entrando no mérito da questão, é certo dizer que uma nova hipótese excludente foi criada com esse precedente jurisprudencial. Este contexto é o que representa a grande controvérsia jurídica, tendo em vista que, ao menos em tese, isso deveria ser feito através de uma lei acrescentando, por exemplo, um terceiro inciso ao artigo 128 do Código Penal. Ressalta-se ainda que uma decisão dessa magnitude e importância não cabe a magistrados que dispõem de vitaliciedade em seus cargos, mas sim ao povo, através de seus representantes periodicamente eleitos. Assim, tratando-se de uma democracia quem deve definir se uma atitude é reprovável ou não para ser considerado crime é o povo e não a Corte Constitucional do país.

Vale dizer que, de fato, muitas decisões arbitradas pelo Supremo Tribunal Federal trouxeram significativos avanços para algumas pautas que careciam de regulamentação, como é o caso do já citado reconhecimento da união estável para pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Apesar disso, ainda que a causa seja legítima, o correto funcionamento das instituições democráticas deve ser sempre preservado, sob pena de se criar novos critérios discordantes com o que estabelece a Constituição e dar margem para que possíveis abusos ainda maiores possam ser cometidos. Como evidenciado em outra oportunidade, ainda que os magistrados sejam bem-intencionados nas suas atuações, pode-se dizer que não são eternos como as instituições e o legado que fica é a permissividade para que possíveis arbitrariedades aconteçam no futuro. Por essa razão que a finalidade de cada instituição deve ser protegida e assegurada perante qualquer cenário que se apresente.

### 5.3.2 A Consecutiva Inércia dos Demais Poderes em Causas Sensíveis

Quando nos referimos sobre intervenção judicial em causas de representatividade, uma das alegações utilizadas por aqueles que defendem essa possibilidade é que muitas vezes os outros Poderes são ineficientes ou inertes e isso, de alguma forma, justifica essa interferência. Não obstante, esses teóricos ignoram o fato de que a própria Constituição Federal oferece mecanismos que podem forçar os outros Poderes a tomar providências acerca daquela omissão ou negligência estatal.

É por conta de todos esses instrumentos que podemos dizer que a Constituição brasileira se caracteriza por ser analítica. Em situações de omissões legislativas temos, por exemplo, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quando

forçam o Poder Público a regulamentar determinada situação. No caso de alguma irregularidade constatada na Administração Pública, temos as ações civis públicas, as ações populares e os mandados de segurança, por exemplo. Dessa forma, afirmar que se faz necessário as constantes intervenções judiciais para que o provimento seja concedido é ignorar os meios resolutivos e coercitivos que o ordenamento jurídico nacional dispõe.

Outro ponto importante para se destacar é que a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal avoca para si a responsabilidade de resolver demandas que são amplamente controvertidas socialmente falando, acaba fomentando ou contribuindo de modo direto para que os demais Poderes permaneçam ainda mais inertes. Isso porque torna-se cômodo para os agentes políticos deixar com que magistrados deliberem acerca de assuntos que possam prejudicar a popularidade dos mesmos, como é o caso de pautas referentes ao aborto.

Nesta ocasião, aquilo que se justifica como fundamento para as consecutivas intervenções judiciais em causas representativas resulta também como um dos motivos que contribuem para que isso aconteça. Em outros termos, pode-se aduzir que essas intervenções judiciais promovem justamente aquilo que diz combater, isto é, a inércia dos demais Poderes por questões de comodidade política.

A grande adversidade verificada nas citadas decisões é que muitas possuem uma intenção nobre acerca da pauta que o Judiciário visa enfrentar ou assegurar. Um exemplo que reflete essa situação trata-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 26/DF que instituiu (ou estabeleceu) como crime a “LGBTfobia”. Destaca-se no referido julgado o seguinte trecho:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”).<sup>87</sup>

No caso em questão, o acórdão definiu que a concepção da figura do racismo excede as condições especificamente biológicas, pois refere-se a uma construção social que fundamenta uma desigualdade entre seres humanos pautando-se numa suposta inferioridade de alguns indivíduos frente aos demais. A intenção da decisão é auspiciosa, porém a própria

---

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF**. Relator: Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 jun. 2019.

deliberação deixa registrada a necessidade da aprovação de uma lei posterior pelo Congresso Nacional para regulamentar o tema.

Identifica-se claramente que a decisão é plenamente virtuosa, visando proteger pessoas que sofrem injusta agressão homofóbica e punindo de modo mais severo quem pratica essas condutas. Tal contexto é possível ser identificado até mesmo pela justificativa dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a título de exemplo, pontuou a Ministra Carmen Lúcia ao fundamentar sua decisão aduzindo uma pressuposta omissão legislativa e defendendo que: “A reiteração de atentados decorrentes da homotransfobia revela situação de verdadeira barbárie. Quer-se eliminar o que se parece diferente física, psíquica e sexualmente”.<sup>88</sup>

Vislumbra-se que as motivações dos votos de alguns Ministros não são pautadas em critérios regradados pela Constituição Federal, mas sim pelo impacto social da medida. Tudo isso em razão de que a Constituição brasileira dispõe no sentido de que o Poder Judiciário deve apreciar as matérias levadas a juízo, contudo precisa, concomitantemente, se ater às funções prescritas a ele pela norma constitucional, ou seja, julgar as leis, decretar alguma nulidade, o que não significa decidir no lugar dos outros Poderes. Esse também foi o entendimento do Ministro Gilmar Mendes ao concluir dizendo que: “voto no sentido de que, seja parcialmente provida esta ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias”.<sup>89</sup>

Compreende-se da aludida conjuntura que o voto do Ministro foi parcialmente provido, visto que reconheceu apenas a mora legislativa sem decretar uma regulamentação provisória. Apesar de ter sido um voto vencido, a decisão do magistrado levou em consideração a real finalidade da ação de controle concentrado e cumpriu o que estabelece o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal que determina que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”<sup>90</sup>. Por esse motivo é evidente dizer que somente a lei pode criminalizar uma conduta, uma vez que se refere a uma atribuição legislativa.

Este também é o entendimento de grande parte dos teóricos, que atribui para isso uma orientação dogmática, como bem assevera Luiz Fernando Coelho ao ser citado por Jorge Lobo:

A orientação dogmática decorre da concepção tradicional de que o direito está, todo ele, contido nas leis; assim, a função do intérprete passa a ser unicamente a de adequar

---

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> BRASIL. op. cit. Consti...

o fato à lei, mediante o processo lógico da subsunção, o qual tem o método racional-dedutivo por basilar.<sup>91</sup>

É evidente que a função do magistrado (ainda mais de um Ministro da Suprema Corte) não se mantém apenas como uma espécie de “aplicador” do texto de lei. Pelas razões anteriormente expostas, cada caso tem as suas peculiaridades e a medida mais justa a ser aplicada pode se diferenciar, além dos efeitos que a decisão também pode acarretar. Não obstante, ressalta-se que essas possibilidades exigem do juiz um elevado nível cognitivo que alguns teóricos, como Caio Mário da Silva Pereira, denominam de “interpretação científica”.

Entretanto, no sentido de delinear os conceitos verifica-se que essa hermenêutica realizada pelos Ministros da Suprema Corte não é sinônimo para que o Tribunal avoque para si responsabilidades que não são de sua competência. Por sinal, torna-se conveniente para os outros Poderes que são representativos não tratar de assuntos socialmente controversos. Devido a todas essas circunstâncias os magistrados precisam compreender muito bem os limites da sua atuação para não incorrer em certos ativismos que são prejudiciais para a democracia e que acomodam os demais Poderes. A respeito dessa relação entre os limites de atuação que precisam ser compreendidos pelo intérprete e os tipos hermenêuticos balizados pela reflexão teórica, podemos entender que:

Há uma “hermenêutica tradicional” e uma “interpretação científica”, recordando que, no Direito Romano primitivo, o intérprete se limitava aos elementos literais do texto, reflexo da concepção formalista da época, somente vindo a empenhar-se numa interpretação lógica em fase adiantada da civilização romana, quando o homem passou a expressar-se através de conceitos abstratos e gerais, asseverando, calcado em Ihering, que a interpretação é algo mais do que o conhecimento literal da linguagem da lei, para envolver também a perquirição da sua força e da sua vontade.<sup>92</sup>

Podemos entender com nitidez que as atribuições de um magistrado vão muito além de uma interpretação literal da lei. Contudo, essa condição precisa ser corretamente assimilada pelo juiz, posto que a “interpretação científica” não significa dar vazão para invocar competências de outros Poderes, tampouco promover a sua inércia.

Toda essa problemática que acaba possibilitando que o Poder Judiciário assuma equivocadamente funções que não lhe pertencem, no momento de aplicar o direito, é devidamente explicado por Misabel Abreu Machado Derzi, nos seguintes dizeres:

<sup>91</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Apud. LOBO, Jorge. **Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 72, 2019. Pg. 127.

<sup>92</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21ª ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2006. Pg. 196 - 198. Apud. LOBO, Jorge. **Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 72, 2019. Pg. 129.

Toda decisão judicial, no momento em que se firma em uma das alternativas possíveis de sentido (a melhor) dos enunciados legislativos (inclusive da Constituição), configura encontro do Direito. Se, supervenientemente, o Poder Judiciário altera o seu entendimento e muda a sua decisão, escolhendo uma outra solução (antes possível, em razão do leque de significados da cadeia de signos), cria nova norma, específica e determinada. Tal norma nova equivale a uma nova lei, pois a lei anterior, ainda vigente no sentido formal, tinha sido dotada de um só conteúdo, unívoco, pois sofrera o esvaziamento dos demais sentidos alternativos, por decisão do próprio Poder Judiciário.<sup>93</sup>

Entende-se que um dos motivos que propiciam ao Poder Judiciário criar novos direitos e deveres, além daqueles prescritos nos enunciados legislativos, é a hermenêutica jurídica e as suas diversas formas de aplicabilidade. Salienta-se que a margem de discricionariedade no momento de interpretar a lei requer limites e bom senso, porém a simples falta de regulamentação acerca de um tema que carece de solução, como é o caso, por exemplo, da “LGBTfobia”, não justifica o ativismo judicial realizado.

Ao mesmo tempo, destaca-se também que a lei penal é considerada como a “*ultima ratio*”, ou seja, só deve ser aplicada quando for capaz de coibir a situação produzida pelo ato ilícito, ou quando for suficiente para punir à altura a lesão ocasionada ao bem jurídico protegido. Dessa forma, somente a lei é capaz de contemplar os elencados critérios, pois os precedentes jurisprudenciais são precários e podem se transformar com o tempo, o que fomenta uma insegurança jurídica ainda maior.

Ademais, como anteriormente mencionado, nós temos dentro do ordenamento jurídico brasileiro instrumentos que auxiliam aqueles que recorrem ao Judiciário em busca de um provimento que não acontece, por vezes, devido a uma mora legislativa. Estes mecanismos trazem certa efetividade prática e não exigem, por exemplo, que o Poder Judiciário adentre as funções do Poder Legislativo, nem despertam uma possível inércia já que obrigam a sua posterior regulamentação.

Como exemplo podemos visualizar o Mandado de Injunção nº 712/2007 que tinha como objetivo viabilizar o direito de greve dos servidores públicos que é garantido pela Constituição Federal, mas que carecia de lei regulamentadora. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal ordenou que fosse aplicada a Lei nº 7.783 do ano de 1989 que dispõe sobre o direito de greve dos trabalhadores em geral, enquanto a omissão não fosse devidamente estabelecida por uma lei específica. Neste caso, o Ministro Ricardo Lewandowski defendeu que os efeitos da decisão apenas alcançassem os sindicatos representados na ação constitucional, pois se

---

<sup>93</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Noeses, 2009. Pg. 585-589.

porventura fosse aplicada a eficácia “*erga omnes*” o Supremo Tribunal Federal acabaria ocupando a competência do Poder Legislativo, além de contrapor a concepção original do Mandado de Injunção que é satisfazer somente a necessidade jurídica do caso concreto.

Em dois trechos da sua decisão, o Ministro fez excelentes colocações que nos permitem compreender que o remédio constitucional suscitado é suficiente para atender a mora legislativa sem que a Corte interfira nas atribuições do outro Poder, senão vejamos:

[...] Ademais, ao emprestar-se eficácia *erga omnes* à tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto.

[...] Embora comungue da preocupação de que é preciso dar efetividade às normas constitucionais, sobretudo àquelas que consubstanciam direitos fundamentais, estou convencido de que o Judiciário não pode ocupar o do Poder ao qual o constituinte, intérprete primeiro da vontade soberana do povo, outorgou a sublime função de legislar.<sup>94</sup>

Conforme se observa, a solução foi concedida ao reconhecer a mora legislativa (determinando a aplicabilidade de uma norma semelhante) e a repartição de competências nas condições definidas pelo Ministro foi apreciada. Logo, constata-se que é plenamente possível a Suprema Corte brasileira cumprir o seu papel institucional de ser a “guardiã da Constituição”, forçando o seu cumprimento, sem precisar interferir diretamente nas funções dos outros Poderes. Por essa razão que a composição da Corte exige dos seus membros um elevado nível de cognição, já que direitos constitucionais precisam ser efetivados (por meio de instrumentos corretos) sem que seja preciso renunciar outras garantias constitucionais como por exemplo, a separação e a harmonia entre os Poderes da República.

Da mesma forma deve ser quando o Poder Judiciário pratica o controle jurisdicional de políticas públicas, onde pode haver a interferência na discricionariedade da Administração Pública. Este alto nível de percepção e sensibilidade por parte do intérprete precisa servir para se alcançar uma conciliação entre a resolução do caso em questão com o respeito à repartição constitucional de competências.

É reconhecido e consolidado nos ensinamentos teóricos e na jurisprudência o entendimento favorável quanto à possibilidade de se realizar o controle jurisdicional de políticas públicas. Ainda assim, manifesta-se a necessidade de se limitar o modo como este fenômeno deve se constituir. É evidente que o princípio da separação de Poderes e a legitimidade democrática devem ser levados em consideração, porém vale frisar que nenhum princípio ou

---

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712**. Relator: Eros Grau. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 out. 2007.

preceito constitucional é absoluto e isso implica dizer que o descumprimento de direitos fundamentais, ou então a sua inobservância, torna possível uma relativização dessas duas situações.

No mesmo sentido, essa atuação do Supremo Tribunal Federal também requer limites e outros princípios, como o princípio da impessoalidade, precisam ser observados. A corrente teórica, via de regra, considera que a mera intervenção judicial no controle de políticas públicas não traduz necessariamente uma violação ao princípio da separação de Poderes. Isso porque é uma atribuição constitucional do Poder Judiciário resolver conflitos de interesses nos casos concretos, dando efetividade à vontade expressa da lei. Por consequência, é plenamente válido ter o Poder Público no polo de uma demanda judicial quando assim for solicitado, o que não se justifica é a iniciativa decorrer do próprio Judiciário sem que um pedido tenha sido feito.

Essas considerações também são defendidas por Tatiana Robles Serfejan ao afirmar que:

A intervenção do Judiciário para controle de políticas públicas não significa uma agressão ao princípio da separação de poderes. É papel constitucional do Judiciário, havendo conflito de interesses, decidir o caso concreto, fazendo valer a vontade da lei. “O fato de a decisão ser contrária ao Executivo não significa ter havido uma indevida ingerência de um Poder sobre o outro. Ademais, é característica marcante do Estado de Direito a submissão do Estado a jurisdição constitucional”.<sup>95</sup>

Compreende-se, então, que a concepção da separação de Poderes se restringe ao exercício do poder político através de um compartilhamento de funções. Todavia, no contexto contemporâneo essa segmentação passou por algumas modificações, dado o aprimoramento das formas de Estado, evoluções na tecnologia e novas características de insuficiências enfrentadas pela sociedade. Além do mais, uma das funções do Supremo Tribunal Federal é sopesar toda e qualquer demanda em que direitos constitucionais se confrontam e, conseqüentemente, entram em colisão.

É inquestionável que direitos fundamentais que são essenciais para a vida de qualquer pessoa deverão prevalecer quando se colidirem com questões organizacionais do Estado e suas espécies de Poder. Assim, também entende o Supremo Tribunal Federal que replicou por diversas vezes decisões nesse sentido. Um exemplo disso foi o Recurso Extraordinário (RE) nº 463.210-1/SP, em que o Município de Santo André - SP fundamentava a dispensabilidade de promover vagas em creches para crianças de até seis anos de idade como algo que envolvia a discricionariedade da Administração Pública na gestão do seu orçamento,

---

<sup>95</sup> SEFERJAN, Tatiana Robles. **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. Pg. 308 - 311.

sendo que qualquer intervenção judicial seria uma violação ao princípio da separação de Poderes. Como consequência a tese foi rechaçada e o município perdeu, visto que o direito à educação é assegurado pela Constituição Federal e o Poder Público não pode se desvencilhar de suas obrigações constitucionais. O Ministro relator Carlos Velloso defendeu isso com muita clareza em seu voto dizendo que:

Quanto à alegada ofensa ao princípio da separação de poderes, entendo não haver restado configurada, uma vez que a educação, nos termos do art. 205, caput, da Constituição da República ‘é direito de todos e dever do Estado e da família’. Prescreve, ainda, o art. 227 da Constituição que ‘é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.’<sup>96</sup>

Observa-se que todo o contexto apresentado até aqui demonstra nitidamente que este controle precisa ser firmado também nos preceitos estabelecidos pela vontade constitucional, isto é, o Supremo Tribunal Federal deverá atuar somente quando ficar comprovado que a Administração Pública ou então o Poder Legislativo oportunizou atos de omissões se escusando dos seus deveres institucionais ou designou suas decisões de modo incompatível com as disposições constitucionais.

Nessa toada, concomitantemente, se faz necessário também uma relação de equilíbrio, uma vez que a situação de proporcionar e admitir ao Judiciário o poder de penetrar no mérito das deliberações proferidas pelo gestor público, seja qual for o caso, produz exageradamente um poderio centralizado no domínio apenas de um dos Poderes da República, ocasionando um ensejo para a intitulada “governabilidade da toga”. Salienta-se, por fim, que os critérios práticos são flexíveis, já que a rigidez da norma constitucional não se confunde com uma taxatividade irrestrita de cada preceito, como é o caso das situações de colisão entre os princípios constitucionais.

---

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 463.210-1/SP**. Relator: Carlos Velloso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 07 nov. de 2005.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo exposto na presente dissertação foi possível contemplar o papel do Supremo Tribunal Federal no contexto da separação dos poderes diante do Estado Democrático de Direito instituído no Brasil. Assim foi constatado, inclusive através da análise de casos de repercussão, se essa atuação tem sido devida, e, ao mesmo tempo, observar os efeitos perante os demais Poderes, ou seja, visualizar como o Poder Executivo e Legislativo se comportam nessas determinadas situações. A justificativa que fundamenta a realização desta investigação surge da necessidade de se elucidar todas as atribuições controversas que a Suprema Corte brasileira dispõe, iniciando uma avaliação das suas posições e atuações na democracia brasileira sob uma perspectiva histórica, compreendendo toda a sua estrutura institucional e transpassando minuciosamente por cada função abstrata que a Corte detém devido às diversas permissões constitucionais.

Dessa forma, averiguou-se que a cada período da história o Supremo Tribunal Federal se colocou em várias posições diferentes e muitas vezes proferiu decisões divergentes com base no poder político que estava no comando da época, bem como pelas transformações sociais ocasionadas. Atualmente com o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem figurado como protagonista nas pautas de grande repercussão nacional. Tal característica se deve ao fato de que o Tribunal tem adquirido mais espaço no cenário interno com a judicialização da política, possibilitando conseqüentemente um crescente número de casos considerados como ativismo judicial e resultando, por vezes, numa politização da justiça.

Com o objetivo de se estabelecer uma compreensão no que se refere aos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal, o estudo realizado delimitou cada uma das funções abstratas e constituídas de subjetividade, uma vez que a aferição destas atribuições necessita de uma contextualização teórica por meio de uma análise dos ensinamentos literários e até mesmo pelos posicionamentos pacificados através da sua jurisprudência.

Nessa perspectiva, ficou demonstrado que o Supremo Tribunal Federal dispõe de uma função política que se caracteriza pela prática que as instituições estabelecidas na Constituição Federal desempenham no limite de suas atribuições, a fim de proteger o Estado e toda a sua coletividade. Essa política acontece também quando a Suprema Corte brasileira decide questões controversas que causam impactos sociais e define assuntos importantes para todos.

A relevância de se verificar a função política do Supremo Tribunal Federal está atrelada à explicação de outra função desempenhada pela Corte que é a sua função contramajoritária. Nesta segunda atribuição ficou demonstrado que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, possui a função de impor o cumprimento da Constituição, mesmo que isso possa ir de encontro com a vontade da maioria do povo naquele momento.

Como visto, a democracia não se resume apenas na vontade da maioria, pois às vezes essa preponderância é meramente circunstancial e pode ser alterada a cada governo eleito. Com a finalidade de se manter um alicerce de garantias que promove uma segurança jurídica interna e protege a todos, seja pessoas do grupo da maioria ou da minoria, um expediente mínimo e essencial precisa ser preservado, independente do cenário político que se apresente. Em vista disso, o Supremo Tribunal Federal assume uma posição de proteger direitos individuais mesmo que isso entre em colisão com interesses de uma maioria, uma vez que direitos fundamentais precisam ser conservados, tal como os direitos constitucionais sensíveis.

O dever de fazer valer a Constituição diante das mais variadas formas é o que explica, por exemplo, o aumento no número de casos de judicialização de políticas públicas. A inércia ou ineficiência estatal acaba, em determinadas situações, violando preceitos constitucionais mínimos que precisam ser garantidos pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, quando a Suprema Corte brasileira atua com o objetivo de proteger as normas fundamentais, ainda que impondo medidas aos demais Poderes, está fazendo valer duas funções que possui, isto é, a sua função política e contramajoritária.

Ocorre que, como constatado, os magistrados possuem uma margem de discricionariedade nas suas deliberações que, se utilizada sem critérios ou bom senso, pode levar o intérprete do direito a incorrer em arbitrariedades. Essa viabilidade de se estabelecer parâmetros para delimitar a atuação do juiz foi assunto de inúmeros debates entre os teóricos Dworkin, Hart e Kelsen. Contudo, ficou atestado durante a pesquisa que o Direito se trata de uma ciência social aplicada e, por isso, não tem como existir uma previsibilidade para tudo, como acontece nas ciências exatas.

Toda essa conjuntura proporcionou o surgimento de um fenômeno recente denominado como ativismo judicial. Os defensores de um judiciário mais ativista alegam que a figura proativa do juiz visa garantir direitos e buscar pautas mais progressistas. Entretanto, essa afirmação não se convalida, pois, este fenômeno já possibilitou em diversas oportunidades a transgressão do texto constitucional, assim como da legislação vigente. Sobre essa situação ficou evidenciado que grande parte dos juristas rechaçam a ideia, em razão de que asseveram uma probabilidade de se gerar um “criacionismo jurídico”, além de prejuízos ao Estado Democrático de Direito.

A regra que precisa ser observada, portanto, é a impossibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal em várias demandas, principalmente quando interfere na autonomia dos demais Poderes. Isso em virtude de que a investigação feita nesta dissertação também contemplou a incapacidade de atribuir uma representatividade aos Ministros da Suprema Corte brasileira, no qual podemos destacar como motivos determinantes a vitaliciedade do cargo, a inviabilidade de serem eleitos e o caráter técnico que precisa, eventualmente, exercer uma função contramajoritária, que não se aplica aos outros agentes políticos.

Por consequência, ficou corroborado que o Supremo Tribunal Federal tem tocado em assuntos em que deveria ter uma autorrestrrição, mas que alicerçados na sua função política e contramajoritária podem permitir (como hipótese de exceção) a intervenção nos outros Poderes quando direitos constitucionais sensíveis e/ou direitos fundamentais forem peremptoriamente violados.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito** - 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Pg. 110 - 111.

ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2021. Passim.

ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: IHJ, vol. 1, n. 2, 2004. Pg. 178.

APPIO, Eduardo Fernando. Apud. MEDINA, José Miguel Garcia. **Ronald Dworkin e o ativismo judicial**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://josemiguelmedina.jusbrasil.com.br/artigos/121934201/ronald-dworkin-e-o-ativismo-judicial>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=2](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2). Acesso em: 05 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 12, n. 96, fev./maio 2010. Pg. 08.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos Tribunais Constitucionais nas Democracias Contemporâneas.** Revista Direito e Práxis, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>. Acesso em 07 de jan. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pg. 113 - 114.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (orgs). In: **Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Pg. 275 - 289.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Pg. 82 - 83.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Pg. 149.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **STF, legitimidade e corte constitucional.** v. 28. n.1. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008. Pg. 136.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. Pg. 07.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 18ª ed, 2011. Pg. 295.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF**. Relator: Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Relator: Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 abri. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712**. Relator: Eros Grau. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição (Pet) 1246/SC**. Relator: Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 jan. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 463.210-1/SP**. Relator: Carlos Velloso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 07 nov. de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. Relator: Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 ago. de 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico** (Maria Paula Dallari Bucci, org.) São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. Pg. 518.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional: Tomo I**. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2003. Pg. 148.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 206.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Pg. 18.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, n.34, junho, 1997. Disponível em: [http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34\\_09.pdf](http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_09.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Apud. LOBO, Jorge. **Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 72, 2019. Pg. 127.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Editora Unesp, 2006. Pg.23

CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4ª ed. rev. ampli. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Noeses, 2009. Pg. 585-589.

DEUTSCH, Karl Wolfgang. **Política e governo**. Trad. Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Pg. 184-185.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pg. 50 - 51; 129 - 130; e 141.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000. Pg. 17.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo Judicial: Por Uma Delimitação Conceitual À Brasileira.** Rio de Janeiro: Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito (UFF), v. 12, n.2, 2012. Pg. 111.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, operatividade e efetividade.** 264 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000. Pg. 65.

FILHO, José Celso de Mello. **Ativismo judicial é necessário na omissão do Poder Público. Discurso durante a posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do STF.** Consultor Jurídico, 23 de abril de 2008. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo\\_judicial\\_compensa\\_omissao\\_poder\\_publico?pagina=5](http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico?pagina=5). Acesso em 15 de mar. 2022.

FILHO, José Celso de Mello. **Supremo Constituinte. Entrevista: José Celso de Mello Filho.** Consultor Jurídico. Entrevista concedida a Márcio Chaer em 15 de março de 2006. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes\\_papel\\_ativo\\_interpretacao\\_lei](http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei). Acesso em 15 de mar. 2022.

GALVÃO, Ciro Di Benatti. **Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais.** In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNICEUB, vol. 5, n. 02, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3101/pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p.54

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial.** Prólogo de Cass Sunstein. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. Pg. 27.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, ano 14, n. 2164, Teresina, 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 11 mar. 2022.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998. Pg. 420.

IKAWA, Daniela R. **Hart, Dworkin e discricionarietà**. Lua Nova [online], n. 61, p 97-113, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em: 3 de mar. 2022. Pg. 98.

KATO, Evandro Takeshi. **A Lei nº 8429/92 e a perda do mandado do chefe do executivo por decisão judicial em razão de ato de improbidade administrativa**. São Paulo. Tese de Doutorado da Universidade de São Paulo, 2004. Pg. 79.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pg. 172 - 249.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro; Editora Elsevier, 2012. p. 07.

KOTLEWSKI, Karine de Castro. **Ativismo, Jurisdição Constitucional e Estado Democrático de Direito Brasileiro: O Supremo Tribunal Federal entre Guardião de Promessas e Legislador de Toga**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2018, passim

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**. Curitiba: Editora Íthala, 2015. Passim.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão Judicial sobre Políticas Públicas: Limites Institucionais Democráticos e Constitucionais**. 2006. 159 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Pg. 96-97.

MANFREDINI, Karla Marcon. **Democracia Representativa Brasileira: O Voto Distrital Puro Em Questão**. 97 p. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Pg. 25.

NALINI, José Renato. **Constituição e estado democrático**. São Paulo: FTD, 1997. Pg. 37 - 201.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pg. 53

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Prática Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 271 - 272.

OLIVEIRA, Mara De; KELLER, Rene; RODRIGUES, Isabel Nader. **Concepções de bem-estar a partir de prismas diferenciados de análise**. In (org.): OLIVEIRA, Mara De; BERGUE, Sandro Trescastro. **Políticas Públicas: Definições, interlocuções e experiências**. Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 43.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 258 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, Pg. 113 - 114.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21ª ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2006. Pg. 196 - 198. Apud. LOBO, Jorge. **Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 72, 2019. Pg. 129.

RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **O Ativismo Judicial e sua Incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2012. Pg. 43.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. Pg. 45-46.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997. Pg. 35.

ROSA JUNIOR, Faustino da. **O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro**. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=833](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833). Acesso: 05 mar.2022.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas Do. **A legitimidade da função política do Poder Judiciário na democracia constitucional: Uma concepção orientada à concretização dos Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia,

Salvador, 2010. Pg. 21. Apud. BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. Pg. 12.

RUZON, Bruno Ponich. **Inimigos da democracia: o Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Público, v. 1, n. 2, Londrina, 2006. Pg. 80.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007. Pg. 14-18.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo – RDA (FGV), out/dez., 1978. Pg. 02.

SEFERJAN, Tatiana Robles. **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. Pg. 308 - 311.

SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **O que se entende por bloco de constitucionalidade?** Jusbrasil, 2009. Disponível em: <https://lfjg.jusbrasil.com.br/noticias/1996854/o-que-se-entende-por-bloco-de-constitucionalidade-aurea-maria-ferraz-de-sousa>. Acesso: 30 ago. 2022.

SOUZA, Jessé de. **A elite do atraso: Da escravidão à Lava-Jato**. Editora Leya, Rio de Janeiro: 2017. E-book.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. Pg. 120 - 121.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA - 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República. Livro: Acesso à Justiça II. Anais eletrônicos do XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Funjab, 2013. Pg. 467 - 490.

STRECK, Lenio Luiz. **As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento**. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. **Direito probatório**. Salvador: JusPodivm, 2015. Pg. 113.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.** Revista Espaço Jurídico: Journal of Law. Joaçaba, v. 17, n. 3, set/dez. 2016. Pg. 721-732.

STRECK, Lenio Luiz. **O motim hermenêutico e os mitos do "bom" e do "mau" ativismo.** Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>. Acesso em: 11 mar. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pg. 18-19.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Pg. 116 - 120.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **Judicialização da política.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. Pg. 33.

## **ANEXO 01 – JURISPRUDÊNCIA DO STF:**

### **1) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) Nº 26/DF. RELATOR: CELSO DE MELLO.**

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente

se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019.

## **2) HABEAS CORPUS Nº 152.752/PR. RELATOR: EDSON FACHIN.**

EMENTA: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes

do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada.

**A C Ó R D Ã O** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), conheceu do habeas corpus. Em seguida, devido ao adiantado da hora, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia (Presidente), decidiu pela suspensão do julgamento, e, tendo em vista requerimento feito da tribuna pelo advogado do paciente, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), deferiu liminar para que seja expedido salvo-conduto ao paciente até o julgamento deste habeas corpus, que se dará na sessão de 04.04.2018. Plenário, 22.03.2018. E na seqüência, na sessão plenária do dia 04.04.2018, o tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou questão de ordem, suscitada da tribuna pelo advogado do paciente, no sentido de que, havendo empate na votação, a Presidente do Tribunal não poderia votar. Ao final, o Tribunal indeferiu novo pedido de medida liminar suscitada da tribuna, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e cassou o salvo-conduto anteriormente concedido. Brasília, 4 de abril de 2018.

### **3) MANDADO DE INJUNÇÃO (MI) Nº 712/PA. RELATOR: EROS GRAU.**

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua autoaplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos

trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.

**DECISÃO:** Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), que conhecia do mandado de injunção e dava solução à omissão legislativa, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 07.06.2006. Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Eros Grau (Relator), Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto, Cármen Lúcia e Cezar Peluso, que conheciam e julgavam procedente o mandado de injunção para determinar a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, e do voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, julgando-a procedente em parte, nos termos do voto proferido, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Em seguida, o Tribunal, por maioria, apreciando questão de ordem suscitada, indeferiu o pedido de tutela antecipada, vencidos os Senhores Ministros Relator, que a suscitara, Cezar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes. Ausentes, ocasionalmente, neste ponto, o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, e, na segunda parte da sessão, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 12.04.2007. Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Não votou o Senhor Ministro Menezes Direito por suceder ao Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, que proferiu voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.

#### **4) PETIÇÃO (PET) 1246/SC. RELATOR: CELSO DE MELLO.**

A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células miooblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, §1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls.2/30).O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense- longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente à família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo

de morte inevitável (fls. 76). Publique-se. Brasília, 31 de janeiro de 1997. Ministro CELSO DE MELLO Vice-Presidente, no exercício da Presidência (RISTF, art. 37, I)

##### 5) RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 463.210-1/SP. RELATOR: CARLOS VELLOSO.

DECISÃO: - Vistos. O acórdão recorrido, proferido pela Câmara Especial do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado: "EMENTA: Ação civil pública aforada pelo Ministério Público para assegurar matrícula de criança em creche do Município de Santo André - Sentença concessiva - Apelação que nega a responsabilidade pela vaga - Inviabilidade - Inteligência do art. 211, § 2º, da CF - **Recursos** não providos" (fl. 112). Rejeitaram-se os embargos de declaração opostos (fl. 128). Daí o RE, interposto pelo MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, com alegação de ofensa aos arts. 2º; 7º, XXV; 165/169; 206; 208; 211, §2º, sustentando, em síntese, o seguinte: a)"Forçando a demanda de crianças em creches inexistentes, o Poder Judiciário constrange o Poder Executivo Municipal ao cumprimento de decisões judiciais inaplicáveis e absolutamente dependente de **recursos** financeiros que o Município não tem, e que não podem ser supridos pelo Poder Judiciário" (fl. 134); b) impossibilidade material e jurídica de se atender aos pedidos formulados em centenas de ações idênticas promovidas pelo Ministério Público; c) a Constituição de 1988 estabelece tão-somente o dever da Municipalidade de prestar o ensino fundamental. Admitido o **recurso** (fls. 169-173), subiram os autos, que me foram conclusos em 28.10.2005. Decido. Em caso semelhante, RE 402.024/SP, proferi a seguinte decisão: "O acórdão recorrido decidiu: '(...) A matéria debatida nestes autos diz respeito à obrigação da Municipalidade em disponibilizar ou não vagas em creches para crianças de zero a seis anos de idade. Sustenta a apelante que tal obrigação não existe para ela, pois a Constituição Federal, em seus arts. 208 e 211, lhe impôs apenas a entrega do ensino fundamental e não o de educação infantil. A tese da municipalidade-apelante, a partir da Emenda Constitucional nº 14/96, perdeu todo o seu sabor acadêmico, já que com sua promulgação, ficou assentado no § 2º, do art. 211, da CF que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.' Então, se a CF impôs ao Município prover com prioridade o ensino fundamental e a educação infantil é porque lhe ordenou o dever de observar com primazia essas áreas educacionais, sendo que por educação infantil há de se entender o ensino de crianças de zero a seis anos de idade, quer com o rótulo de creche ou de pré-escola. Aliás, isso é o que está expresso no inciso IV, do art. 54, do ECA que acentuou o dever do Estado em assegurar às crianças de zero a seis anos de idade 'atendimento em creche e pré-escola.' (...)' (Fls. 93/94). Nos embargos de declaração, pretendeu o Município o prequestionamento dos artigos 2º, 206, caput e inciso VII, 208, I e VII e seus parágrafos, e 249, todos da C.F. (fls. 97-98). Sustenta-se, no RE, ofensa aos arts. 2º; 165; 169; 206, I, VI e VII; 208, I e II, redação da EC 14, e 211, § 2º, primeira parte, todos da C.F. Primeiro que tudo, verifica-se o não-prequestionamento das questões constitucionais dos arts. 165 e 169 e dos incisos I e VI do art. 206. Esclareça-se que a interposição dos embargos de declaração, vale dizer, a sua simples interposição realiza o prequestionamento de questões que vinham sendo debatidas e que o acórdão se omitiu. É o que deflui das Súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal. Examinemos o **recurso**. Destaco do parecer do ilustre Subprocurador-Geral, Prof. Geraldo Brindeiro: '(...) 11. Conquanto tenha entendido o E. Desembargador Denser de Sá que a admissibilidade do apelo extremo se restringiria ao art. 211, § 2º é forçoso reconhecer que também o art. 208 foi prequestionado, como se verifica do decisum do Tribunal a quo: 'Sustenta a apelante que tal obrigação não existe para ela, pois a Constituição Federal, em seus arts. 208 e 211, lhe impôs apenas a entrega do ensino fundamental e não o de educação infantil. A tese da municipalidade-apelante, a partir da Emenda Constitucional nº 14/96, perdeu todo o seu saber acadêmico, já que com sua promulgação, ficou assentado no § 2º, do art. 211, da Constituição Federal que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.' 12. É indubitoso que a questão em tela é normatizada por normas infraconstitucionais, como a Lei 9.424, de 24 de dezembro de 1996 e a Lei 9.394 de 20.12.96, cujo desrespeito não enseja **recurso extraordinário**, uma vez que a ofensa porventura ocorrente dar-se-ia de maneira reflexa à Constituição Federal, o que inviabiliza o conhecimento do **recurso extraordinário**, como assentado em pacífica jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no **Recurso Extraordinário** nº 347.205 - São Paulo, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 11.04.2003. 'AGRAVO REGIMENTAL EM **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** MATÉRIA AFETA À NORMA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO E REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO **EXTRAORDINÁRIO**. Para que o **recurso extraordinário** possa ser conhecido a vulneração à norma constitucional há de ser direta e frontal e não a que exige o prévio exame da legislação ordinária e reexame de provas. Agravo regimental não provido.' 13. No mérito, improcedente afigura-se a alegação de ofensa ao art. 208 da Constituição, porque somente o ensino fundamental seria de observância obrigatória pelo Estado; bem como a apontada vulneração ao art. 211, § 2º, da Constituição, ao argumento de que seria atuação do Município prioritária quanto ao ensino fundamental, que viria em primeiro lugar no texto, e em segundo plano estaria a educação infantil. 14. Ora, o acórdão recorrido não contrariou tais disposições e sim acolheu-as, uma vez que o art. 208, IV, da Constituição expressamente estabelece que 'o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças

de zero a seis anos de idade'. 15. Por sua vez, o art. 211 determina que 'a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino' e em seu parágrafo 2º esclarece que a atuação dos municípios se dá prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Como visto, não houve violação a esse dispositivo, mas sua concretização. 16. Quanto à alegada ofensa ao princípio da separação de poderes, entendo não haver restado configurada, uma vez que a educação, nos termos do art. 205, caput, da Constituição da República 'é direito de todos e dever do Estado e da família'. Prescreve, ainda, o art. 227 da Constituição que 'é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.'. 17. Nesse passo, sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. 18. Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é pelo não-conhecimento do presente **recurso extraordinário**. (...)' (Fls. 164-166) O RE é, na verdade, inviável. A uma porque, com a edição da EC 14, de 1996, ficou estabelecido que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil' (C.F., art. 211, § 2º, com a EC 14/96). A duas, não há falar haja o acórdão contrariado o disposto no art. 2º, C.F. É que cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos polos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos poderes, convido esclarecer que, conforme lição de Balladore Palieri, constitui característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à Jurisdição. Finalmente, esclareça-se que o acórdão, para julgar procedente a ação, utilizou-se de mais de um fundamento suficiente. É que o acórdão invocou, também, o art. 54, IV, do ECA. Trata-se de disposição infraconstitucional, que não autoriza a interposição do **recurso extraordinário**, porque integra o contencioso de direito comum, certo que o recorrente não atacou o fundamento infraconstitucional mediante **recurso** especial. No **recurso** especial, que não foi admitido, limitou-se o recorrente a alegar ofensa ao art. 535, II, CPC. Incide, no caso, portanto, a Súmula 283-STF. Aliás, em caso similar, AI 410.646-AgR/SP, agravante o Município de Santo André, Relator o Ministro Nelson Jobim, decidiu o Supremo Tribunal federal: 'EMENTA: Ação civil pública. Garantia de vaga em creche para menor. Ausência de prequestionamento. (Súmula 282 e 356). Fundamento do acórdão recorrido não afastado (Súmula 283). Regimental não provido.' (DJ de 19.9.2003) Outros casos similares, RE 411.518/SP e RE 401.673/SP, recorrente o Município de Santo André, Relator o Ministro Marco Aurélio, aos **recursos** foi negado seguimento, em 03.3.2004 e 26.3.2004, respectivamente. Do exposto, nego seguimento ao **recurso**." Do exposto, reportando-me ao precedente mencionado, nego seguimento ao **recurso**. Publique-se. Brasília, 07 de novembro de 2005. Ministro CARLOS VELLOSO – Relator.

#### 6) RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 592.581/RS. RELATOR: RICARDO LEWANDOWSKI.

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, dar provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, assentar a seguinte tese: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o

princípio da separação dos poderes”. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Brasília, 13 de agosto de 2015.

## **ANEXO 02 – SÚMULAS DO STF:**

### **1) Súmula Vinculante n. 11:**

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

### **2) Súmula Vinculante n. 13:**

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em

qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.