



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

CAROLINE SATHLER LINO SOARES

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR
POSITIVO NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
POR OMISSÃO Nº 26**

**DIREITO
CARATINGA
2019**

CAROLINE SATHLER LINO SOARES

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR
POSITIVO NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
POR OMISSÃO Nº 26**

**Monografia realizada pela disciplina
Trabalho de Conclusão de Curso II,
pela Faculdade Doctum de Caratinga –
MG.**

**Professor orientador: Frederico
Fernandes Dutra.**

**DIREITO
CARATINGA**

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso O Supremo Tribunal Federal e sua atuação como legislador positivo, elaborado Caroline Sathler Lino Soares foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de


BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 04 de DEZEMBRO 2019



Prof. Frederico Fernandes Dutra


Prof. Rodolfo de Assis Ferreira


Prof. Ivan Barbosa Martins

Agradeço a minha mãe pelo amor incondicional
e aos meus irmãos pelo apoio inestimável.

RESUMO:

A crise de representatividade e funcionalidade pública alimenta a atuação do Judiciário por aumentar as demandas da sociedade. Contudo, ressalta-se a ameaça à legitimidade democrática, uma vez que um órgão não eletivo sobrepõe-se aos que exercem mandato popular. Em um primeiro momento voltamos à Teoria da Separação de Poderes e sua evolução, e como essa se faz essencial para um Estado Democrático de Direito. Observamos ainda como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a representatividade por meio da tripartição de Poderes e como esta vem sendo exercida atualmente. Nesse ínterim, falamos do Princípio da Reserva Legal previsto Constitucionalmente como forma de garantir a representatividade social e a liberdade individual. Não obstante, analisamos os métodos trazidos pela hermenêutica: analogia e interpretação extensiva. Por fim, passamos para uma análise específica da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que equipara a homofobia ao crime de racismo

Tradução:

The crisis of representativeness and public functionality feeds the action of the judiciary by increasing the demands of society. However, the threat to democratic legitimacy is emphasized, since a non-elective organ overlaps with those who exercise popular mandate. At first, we return to the Theory of the Separation of Powers and its evolution, and how this is essential for a Democratic Rule of Law. We also observe how the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 guarantees the representation through the tripartition of Powers and how it is being exercised today. In the meantime, we are talking about the Constitutionally Provided Legal Reserve Principle as a means of ensuring social representativeness and individual freedom. Nevertheless, we analyze the methods brought about by hermeneutics: analogy and extensive interpretation. Finally, we move on to a specific analysis of the Supreme Court ruling in Direct Action for Unconstitutionality by Default, which equates homophobia with the crime of racism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	3
CAPÍTULO I - O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	5
1.1 O poder Constituinte originário e a Constituição de 1988.....	5
1.2 A teoria da separação dos poderes e sua evolução	8
1.3 Democracia representativa	11
CAPÍTULO II - HERMENEUTICA JURÍDICA	15
2.1 Interpretação e hermenêutica das normas jurídicas	15
2.2 Princípio da Plenitude do Ordenamento Jurídico e o Princípio da Reserva Legal	18
2.3 Analogia e a Interpretação Extensiva.....	20
CAPÍTULO III - O ATIVISMO JUDICIAL.....	24
3.1. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial.....	24
3.2. O crime do racismo e o crime da homofobia equiparado.....	29
3.3. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo.....	32
CONCLUSÃO.....	35
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	37

INTRODUÇÃO:

A presente monografia sob o tema “O Supremo Tribunal Federal e sua atuação como legislador positivo” aborda a crise de representatividade e funcionalidade pública que alimenta a atuação do Judiciário que está atento as demandas sociais. Contudo, esse ativismo judicial ameaça a autonomia dos poderes Legislativos e Executivo. Nesse ínterim, ressalta-se a ameaça à legitimidade democrática, uma vez que um órgão não eletivo sobrepõe-se aos que exercem mandato popular.

Em um primeiro momento voltamos à Teoria da Separação de Poderes e sua evolução, e como essa se faz essencial para um Estado constitucionalista e democrático. Observamos como a Constituição da Republica Federativa do Brasil (CF) de 1988 adotou a tripartição de Poderes e como esta vem sendo exercida atualmente.

Não obstante, estudamos as regras da hermenêutica jurídica, trazendo os conceitos de analogia e interpretação extensiva, destacando a relevância de observar suas regras para aplicação do Direito. Ainda, foi ressaltado princípios como a plenitude do ordenamento jurídico e a reserva legal no Direito Penal. Por fim, maneira ilustrativa, citamos a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, em que se observa o ativismo e sua interferência negativa para o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o estudo aqui apresentado mostra como o ativismo judicial já é algo praticado no Brasil há muitos anos, e atualmente tem tomado proporções extremas nos fazendo refletir sobre suas conseqüências.

Essa crescente atuação do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, vem devido à crise de representatividade do Legislativo e funcionalidade do Executivo. Esse atual cenário político-social brasileiro faz com que as demandas sociais que não são satisfeitas pelo parlamento se satisfaçam através do poder judiciário, órgão que possui uma capacidade institucional limitada.

Diante disso, ressalta-se a reflexão de Montesquieu no que diz respeito à separação de poderes:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.¹

Diante disso, temos que o judiciário não é um órgão eletivo, este possui um papel técnico, de interpretar a Constituição e de proteger os direitos fundamentais, não possui função política – de razão política. Assim, observamos que a atuação intensa do Judiciário não possui legitimidade democrática, uma vez que a democracia é vista na representatividade exercida na política.

Ademais, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal ao agir de forma ativista, especialmente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, deixa de observar princípios básicos do Direito. Destaca-se que a hermenêutica jurídica trás regras quanto à atuação do aplicar do Direito de forma limita sua atuação, impedindo que o mesmo inove no ordenamento jurídico. Ainda, destaca-se a previsão constitucional de reserva legal quanto ao Direito Penal, princípio que visa garantir a representatividade social e proteger os cidadãos da atuação estatal.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS:

Tendo em vista a importância do tema abordado e consequência da atuação do Supremo Tribunal Federal é relevante analisar alguns conceitos centrais com o objetivo de ressaltar a observância dos princípios do Estado Democrático de Direito trazidos pela Constituição.

Nesse íterim, devem ser considerados os seguintes conceitos “separação de poderes”, “democracia representativa”, “reserva legal” e “ativismo judicial”. No que diz respeito à teoria da separação de poderes, observamos que trata-se da:

Distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político

¹ MONTESQUIEU apud DOURADO, AUGUSTO e ROSA. Edvânia A. Nogueira, Natália Figueiroa e Crishna Mirella de Andrade Correa. Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro. V Congresso Internacional de História – 2011. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>. Acessado em 10/05/2019.

como garantia de equilíbrio político que evita, ou pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder.²

Ademais, tal princípio busca evitar a usurpação do poder de forma que protege a liberdade individual, destaca-se o defendido por Montesquieu:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.³

Dessa forma, defende-se a atuação representativa do Poder Legislativo, uma vez que:

Tal é a condição primeira de legitimidade da vida política, ou seja, aquela que marca a sua fundação através de um pacto legítimo, onde a alienação é total e onde a condição de todos é a de igualdade.⁴

Diante disso, como forma de preservar os direitos individuais e a condição de igualdade, a Constituição prevê o princípio da reserva legal, especialmente no âmbito do direito penal. Destaca-se a definição do doutrinador Luiz Regis a respeito do princípio da reserva legal:

A criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa.⁵

O princípio busca limitar a atuação do Judiciário, fazendo com que o juiz tenha uma limitação ao aplicar o Direito, uma vez que é submetido a existência da lei formal.

² LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 21. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 523.

³ MONTESQUIEU apud DOURADO, AUGUSTO e ROSA. Edvânia A. Nogueira Dourado, Natália Figueiroa Augusto e Crishna Mirella de Andrade Correa Rosa. Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro. V Congresso Internacional de História – 2011. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>.

⁴ WEFFORT, Francisco C. Os Clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “Os Federalistas”. 01ºVol. – Ática: São Paulo: 1997. P.151.

⁵ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: vol 01 – 16. Ed. rev. e apl. – São Paulo: Thomson Reuters, 2018. P.77.

Assim, segundo o pensamento do atual Ministro Luiz Roberto Barroso, o ativismo judicial é como:

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.⁶

Por fim, o Judiciário, tendo uma função técnico jurídica deve sempre observar que:

cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso.⁷

⁶ BARROSO, Luíz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível:

https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso: 10/04/2019.

⁷ MOREIRA, Mellissa Carvalho. Reflexões acerca do ativismo judicial: os riscos da atuação extralegal do Poder Judiciário. Disponível em: <file:///C:/Users/Caroline/Downloads/18100-Texto%20do%20artigo-70266-1-10-20190219.pdf>. Acessado em 15/10/2019

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

1.1 O poder Constituinte e a Constituição de 1988:

A Constituição é uma lei fundamental de um poder soberano que é elaborada através de representantes eleitos e reunidos em Assembléia Constituinte.⁸ Nesta, a vontade nacional, resumida da vontade da maioria, manifesta-se através do poder constituinte.

Como leciona Canotilho:

O poder constituinte se revela sempre como uma questão de 'poder' ou de 'autoridade' política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.⁹

Dessa forma, a Carta Magna é o código que traça os limites do poder do governo, no qual só pode ser modificado pela própria soberania nacional organizada em poder constituinte. "Qualquer ato de governo, de manifestação do poder de mando, só pode encontrar legitimidade dentro dos princípios traçados pela Constituição."¹⁰ Ou seja, o poder só é legítimo se previsto na Constituição.

Destaca-se o conceito do doutrinador Guilherme Pena de Moraes:

Constituição é um sistema de normas jurídicas, produzidas no exercício do poder constituinte, dirigidas precipuamente ao estabelecimento da forma de Estado, da forma de governo, do modo de aquisição e exercício do poder, da instituição e organização de seus órgãos, dos limites de sua atuação dos direitos fundamentais e respectivas garantias e remédios constitucionais e da ordem econômica e social.¹¹

Como lecionado pelo doutrinador a Constituição é, em resumo, uma norma que estrutura o Estado, que delimita e prevê o exercício dos poderes políticos e garante os direitos fundamentais dos cidadãos.

⁸ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. Atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. – 31. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pg.215.

⁹ J.J. Gomes Canotilho. Direito Constitucional. 7ed. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2003.Pg.65

¹⁰ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. Atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. – 31. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pg. 227.

¹¹PENA DE MORAES, Guilherme. Direito constitucional: teoria da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

O poder constituinte possui diversas classificações, dentre poder originário e poder derivado. Parte-se, nesse ínterim, para o poder constituinte derivado reformador.

Destaca-se o entendimento de Paulo Bonavides:

O poder de reforma constitucional exercitado pelo poder constituinte derivado é por sua natureza jurídica mesma um poder limitado, contido num quadro de limitações explícitas e implícitas, decorrentes da Constituição, a cujos princípios se sujeita, em seu exercício, o órgão revisor.¹²

Consoante entendimento de Bonavides o poder reformador é limitado aos princípios trazidos pela Constituição inaugurada pelo poder constituinte originário. Assim, temos que o poder reformador não tem o poder de modificar os ideais trazidos pela vontade nacional ao elaborar a lei maior.

Diante todo exposto, além das formas clássicas trazidas pela doutrina e pela legislação de alteração da constituição, ressalta-se também a mutação constitucional. Esta ocorre quando o poder judiciário altera o sentido ou ampliação das normas constitucionais através de uma 'interpretação' consoante os princípios da Constituição, mas sem modificar o texto. Assim define a Professora Márcia Helena Bosch:

Mutação constitucional representa na verdade uma alteração da constituição sem alteração do seu texto, ou seja, as mudanças das circunstâncias sociais que não modificam o texto (a letra) da constituição, mas lhe atribuem significado diferente do até então atribuído.¹³

Ainda, consoante o pensamento de Márcia, temos que:

A mutação constitucional se apresenta como um procedimento natural, fruto da evolução da sociedade, presente sempre que se fizer necessária uma nova interpretação da constituição, cujo texto não se altera com a mutação, sendo vedado ao intérprete extrapolar o processo hermenêutico e aplicar a constituição fora do que determina seu texto e seu espírito, valendo-se (inevitavelmente) do processo de mutação constitucional, o que caracterizaria uma verdadeira ruptura constitucional.¹⁴

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. – 33. Ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2018. Pg.202.

¹³ BOSCH, Marcia Helena. Mutação Constitucional e Ativismo Judicial. Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_tutela_coletiva_artigo_marcia_ativismo.pdf. Acessado em 20/09/2019.

¹⁴ BOSCH, Marcia Helena. Mutação Constitucional e Ativismo Judicial. Disponível em: https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_tutela_coletiva_artigo_marcia_ativismo.pdf

Nesse íterim, vale ressaltar o lecionado por Kildare Gonçalves Carvalho no seu livro Direito Constitucional:

Ao promover a interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal acaba por operar mudança na Constituição, pois não se limita apenas a pronunciar ou não a inconstitucionalidade, mas até mesmo diz o que o texto constitucional não diz.¹⁵

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal, atua como interprete da Constituição de forma extensiva, chegando a ultrapassar até mesmo os limites impostos pela hermenêutica constitucional. Kildare Gonçalves lecionada ainda sobre o perigo de pequenas interpretações resultarem na formação de uma Constituição paralela, obtida por via interpretativa.¹⁶

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, veio de um movimento que buscava a restauração da democracia, superando assim um regime ditatorial que perdurou por 21 anos, instaurado em 1964 até 1985.

Diante dessa situação, a Constituição de 1988, titularizada de Constituição Cidadã, tem princípios claros a respeito da democracia, da garantia dos direitos individuais, coletivos e dos direitos fundamentais.

Nesse íterim, ressalta-se uma das principais características da Constituição de 88, sua rigidez quanto à sua alterabilidade.

Rígidas são aquelas constituições que exigem, para a sua alteração (daí preferirmos a terminologia alterabilidade), um processo legislativo mais árduo, mais solene, mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais. [...] A rigidez constitucional da CF/88 está prevista no art. 60, que, por exemplo, em seu § 2º estabelece um quorum de votação de 3/5 dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais.¹⁷

¹⁵CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. – 17 ed. ver. Atual. e ampl. – Belho Horizonte: Del Rey, 2011.

¹⁶ Idem.

¹⁷ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

A rigidez constitucional refere-se à forma/procedimentos dificultosos para alteração do texto constitucional originário, assim como o previsto no art. 60 da CF/88.

Quanto à rigidez, destaca-se a interessante reflexão dos doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

A Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, mas pouco estável, haja vista a quantidade de alterações que, em pouco tempo, já sofreu, mediante algumas dezenas de emendas aprovadas pelo Congresso Nacional. Por outro lado, a Constituição inglesa, que é do tipo flexível, não-escrita, conserva intactos os mesmos princípios há séculos. Em verdade, a estabilidade da Constituição tem mais a ver com o amadurecimento da sociedade e das instituições do Estado do que propriamente com o processo legislativo de modificação do seu texto.¹⁸

A reflexão nos permite observar que apesar de ser difícil a alteração do texto constitucional brasileiro o mesmo já sofreu inúmeras modificações, o que nos faz concluir que rigidez não é sinônimo de estabilidade do texto constitucional.

1.2 A teoria da separação dos poderes e sua evolução:

O primeiro a pensar na separação de funções no ente estatal foi Aristóteles e foi Montesquieu que aprimorando tal pensamento. A teoria de separação de poderes, que basicamente prevê a distribuição de poderes para evitar que fiquem todos a cargo de um soberano, nasceu para contrapor o absolutismo.

A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita, ou pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação de poderes encontra-se a tese da existência de nexos causal entre a divisão de poder e a liberdade individual.¹⁹

¹⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 4. ed., São Paulo: Método, 2009.

¹⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 21. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 523

Como lecionado por Pedro Lenza à distribuição de poderes tem como principal função evitar o abuso de poder e o desrespeito as liberdades individuais. Diante disso, observa-se que a distribuição funcional do poder ainda hoje é a base da organização de governo nas democracias.²⁰

Nesse diapasão, destaca-se uma importante reflexão extraída dos textos de “Os Federalistas” sobre a separação dos poderes. Para James Madison, “não se nega que o poder é, por natureza, usurpador, e que precisa ser eficazmente contido, a fim de que não ultrapasse os limites que lhe foram fixados”.²¹ Ainda, “controlar os detentores do poder porque, como observa Madison, os homens não são governados por anjos, mas sim por outros homens, daí porque seja necessário controlá-los”.²²

Na obra de Francisco Weffort, em que resume os pensamentos de “Os Federalistas”, observa-se que James Madison, autor de diversos artigos do grupo, ressalta que os homens não são confiáveis no poder, porque sempre tenderão a usurpação do poder. E por isso, é essencial uma forma de controlá-los, e quanto a isso, ao estudar a teoria da separação de poderes, sugeriu:

A defesa da aplicação deste princípio encontra-se construída a partir de medidas constitucionais, garantias à autonomia dos diferentes ramos de poder, postos em relação um com os outros para que possam se controlar e frear mutuamente, referidas, em última análise, as características nadas virtuosas dos homens, seus interesses e ambições pessoais por acumular poder.²³

O autor defende a separação de poderes, de forma que os mesmos tenham autonomia, mas que sofressem com o controle dos outros, uma vez que o homem no poder sem controle seria uma ameaça a liberdade individual e aos direitos fundamentais.

Ainda, Madison defende que qualquer defeito que se mostra a repartição de poderes “deve ser corrigido alterando-se a estrutura interna do governo, de modo que as diferentes partes constituintes possam, através de suas mutuas

²⁰ Idem. P. 523

²¹ MADISON apud WEFFORT, Francisco C. Os Classicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquiel, Rousseau, “Os Federalistas”. 01ºVol. –Ática: São Paulo: 1997. P.249.

²² Ibidem.

²³ MADISON apud WEFFORT, Francisco C. Os Classicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquiel, Rousseau, “Os Federalistas”. 01ºVol. –Ática: São Paulo: 1997. P.251

relações, ser os meios de conservar cada um em seu devido lugar.”²⁴ Nesse momento, o autor esclarece que o que garante o sucesso da separação de poderes é o sistema de freios e contrapesos, uma vez que os próprios poderes iram controlar e fiscalizar uns aos outros.

Como no Brasil, diversos estados modernos adotaram a teoria de tripartição de poderes exposta por Montesquieu, contudo, de forma mais abrandada, como prevê o art. 02º da CF/88 “São Poderes da União independentes e harmônicos entre si”²⁵.

Juntamente com a adoção da tripartição de poderes o Brasil adotou o mecanismo de freios e contrapesos, em razão da interação dos Poderes, de forma que os Poderes interferem e controlam reciprocamente uns aos outros.

Dessa forma, os Três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – possuem funções típicas, inerentes a sua natureza, e funções atípicas, inerentes a natureza de outro poder. No entanto, as funções atípicas são previstas constitucionalmente, de forma que não ferem o princípio da separação dos poderes.

O Poder Judiciário, por exemplo, possui como função típica a função jurisdicional, de julgar e dizer o direito. E como função atípica tem a função legislativa ao legislar sobre o regimento interno de seus tribunais e a função executiva ao administrar os Tribunais, conceder férias, licença aos magistrados e serventuários, consoante art. 96 da CF/88.

Nesse diapasão, temos o princípio constitucional da indelegabilidade de atribuições, de acordo com Pedro Lenza:

Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou de natureza típica do outro, quando ouve expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário.²⁶

A independência dos poderes supõe separação. Trazendo conseguinte a regra da indelegabilidade de funções, não se admitindo que esses órgãos criados possam a seu critério, delegar funções uns para os outros. Isto porque

²⁴ MADISON apud WEFFORT, Francisco C. Os Classicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquiel, Rousseau, “Os Federalistas”. 01ºVol. –Ática: São Paulo: 1997. P.272.

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

²⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 21. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 537.

as funções são separadas e entregues a órgãos distintos por uma vontade soberana, representada pelo poder constituinte. Consoante ao professor Luiz Alberto David Araújo, “Não seria possível manter-se a independência entre os Poderes se, na vicissitude da atividade pública, um deles pudesse ordinariamente delegar suas funções para que o outro as exercesse”²⁷.

Diante disso, observa-se que para os poderes atuarem de forma harmoniosa é necessário que cada um aja de forma independente, não sendo possível a delegação de suas funções.

Por fim, observa-se que os princípios da Separação de Poderes são a harmonia, independência e a indelegabilidade. O que significa que os poderes devem respeitar uns aos outros, que os poderes não são subordinados aos outros e que, via de regra, não pode delegar seu poder ao outro.

1.3 Democracia representativa:

O pensamento de Francisco Weffort, em ‘Os Clássicos da Política’, que aponta como problema da democracia, “o maior risco de que ela degenere em tirania radica-se no poder que confere à maioria.”²⁸ Ou seja, o problema da democracia é adotar o princípio da decisão por maioria, fazendo com que as minorias não tenham voz.

Madison, em “As Republicas e as facções”, aponta que a principal solução para a maioria não abusar do poder é a instauração da República, que por dois pontos principais traz vantagens. “Primeiro, fazendo com que as funções de governo sejam delegadas a um número de cidadãos e, segundo, aumentando a área e o número de cidadãos sob a jurisdição de um único governo.”²⁹ Para Madison, a solução para se evitar o abuso de poder era a representatividade, assim ele explica que:

À primeira vista, a primeira distinção, ao instituir a representação, traz, automaticamente, as respostas procuradas por Madison. Em função do "filtro" que institui, entregando o

27 ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. 2.ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 224

28 MADISON apud WEFFORT, Francisco C. Os Clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. Editora Ática: São Paulo, 1997. P.253.

29 MADISON apud WEFFORT, Francisco C. Os Clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. Editora Ática: São Paulo, 1997. P.254.

leme do Estado a homens imunes ao partidarismo, sempre aptos a discernir e optar pelos verdadeiros interesses do povo, a representação eliminaria o mal das facções.³⁰

O autor defende que as facções, grupos de certas pessoas que anseiam pelo poder, são o problema das Repúblicas, dessa forma ele acredita que instaurando a representação do povo no Poder, eliminaria a força das facções.

Ainda, Madison continua dizendo:

À segunda característica distintiva das repúblicas deve-se a principal contribuição para evitar o mal das facções. Sob um território mais extenso e com um número maior de cidadãos cresce o número de interesses em conflito, de tal sorte que ou não existe um interesse que reúna a maioria dos cidadãos, ou, na pior das hipóteses, será difícil que se organize para agir. Ou seja, através da multiplicação das facções chega-se à sua neutralização recíproca, tornando impossível o controle exclusivo do poder por uma facção. Impede-se, assim, que qualquer interesse particular tenha condições de suprimir a liberdade.³¹

Para Madison, a República é um governo popular capaz de atender tanto os interesses da maioria como os interesses da minoria, uma vez que o povo seria representado por pessoas que visariam o interesse de toda sociedade.

Nesse ínterim, cabe esclarecer que, consoante Machado Paupério, “existirá República toda vez que o poder, em esferas essenciais do Estado, pertencer ao povo ou a um Parlamento que o represente.”³² Ademais, como definiu Rui Barbosa:

República não é a coexistência de três poderes, mas a condição que, sobre existirem três poderes constitucionais, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, os dois primeiros derivam, realmente, de eleição popular.³³

Ou seja, a República é o sistema de governo que busca a representatividade, essencialmente por meio de eleições.

Kildare Gonçalves defende que representação política “consiste numa relação de direito público pelo qual certos agentes recebem de uma parcela da

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Machado Paupério, apud. MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. Atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe. – 31 Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. P. 210.

³³ Rui Barbosa, apud. MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. Atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe. – 31 Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. P. 210.

sociedade poderes específicos com as concorrentes responsabilidades” e ainda diz que o “fundamento jurídico da representação política é o procedimento eleitoral que vem definido na Constituição e nas leis”.³⁴

Assim, temos que a representação política se dá pelo procedimento eleitoral que elegem um representante com a responsabilidade de representação.

Temos que nenhum estado contemporâneo assume a adoção de um regime político que não seja rotulado como democrático. Nesse diapasão, observa-se que na era moderna não existe democracia sem regime político representativo. Diante disso, ressalta-se que regime representativo “designa o sistema constitucional (no sentido mais técnico de regime político) no qual o povo se governa por intermédio de seus eleitos”³⁵, ainda, destaca-se que:

O regime representativo repousa na presunção legal de que as manifestações da vontade de certos indivíduos têm a mesma força e produzem os mesmos efeitos como se emanassem diretamente da Nação, em que reside a soberania.³⁶

Observamos que o regime representativo se dá pelo sufrágio universal, onde os eleitos representam a sociedade, de onde se emana o poder, e por isso possui presunção legal.

Nesse sentido, o doutrinador Friede Reis também leciona que o regime representativo:

É uma literal tradução do regime político democrático e um conseqüente resultado da moderna concepção constitucional, em que insere o Estado em seu conceito técnico-jurídico de Nação e juridicamente organizada.³⁷

Para Friede Reis o regime representativo é um regime político democrático que define o atual constitucionalismo, e que faz do Estado ser organizado.

³⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. – 17 ed. ver. Atual. e ampl. – Belho Horizonte: Del Rey, 2011. P.189

³⁵ FRIEDE, Reis. Curso de Ciências políticas e Teoria Geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais. – 5 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013. P.227

³⁶ Ibidem.

³⁷ FRIEDE, Reis. Curso de Ciências políticas e Teoria Geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais. – 5 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013. P.227

Oportuno destacar ainda que o processo legislativo no regime representativo busca ser o mais verdadeiro e próximo aos ideais e interesses da sociedade, uma vez que os representantes foram escolhidos para tal função, o que traz segurança jurídica para a sociedade.

O Poder Legislativo brasileiro, sendo, portanto, instrumento da democracia representativa, encontra-se atualmente em crise institucional, uma vez que os cidadãos não acreditam na concreta representação da população e sim, na busca de interesses individuais e partidários.

Diante disso, com o enfraquecimento da confiança da população em sua representação, o Poder Legislativo sofre um declínio funcional, fazendo com que outros Poderes sejam mais provados para atuarem efetivamente pela busca do interesse social.

No entanto, a atuação de um Poder em funções típicas de outro Poder apresenta um risco ao sistema de democracia representativa, uma vez que as funções dos Poderes foram distribuídas constitucionalmente visando à efetiva representação do Povo, o que nos faz questionar sobre a fragilidade da democracia brasileira

2. HERMENEUTICA JURÍDICA:

2.1. Interpretação e hermenêutica das normas jurídicas:

A interpretação da norma jurídica é a atividade mental desenvolvida pelo jurista na criação de hipóteses que visa aproximar a norma da verdade. O doutrinador Reis Friede leciona que:

A interpretação é, assim, por efeito conclusivo, a crítica interna da lei, que lhe permite uma verdadeira “transparencia”, com o conseqüente *conhecimento científico da norma jurídica, em todas as suas dimensões*, em pleno e necessário complemento ao próprio estudo na norma jurídica em termos gerais.³⁸

O entendimento de Friede é que a interpretação é uma crítica à lei que leva ao conhecimento científico da mesma. Nesse sentido destaca-se que:

³⁸ FRIEDE, Reis. Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999. P.134.

O conhecimento não pode, de forma alguma, extrapolar para tudo aquilo que não condiz com a realidade perceptível, na medida em que não é, em nenhuma hipótese.³⁹

Ou seja, a interpretação se limita ao que é real, verdadeiro, não podendo o interprete ultrapassar tais limites, fazendo isso estaria buscando concretizar ilusões de seu imaginário.

As leis positivas são criadas em termos gerais, de forma que sua aplicação estende-se a todos. Contudo, a função do aplicador da lei “passa a ser, então, a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto”⁴⁰ para possibilitar a aplicação do Direito.

Ressalta-se que existe uma técnica própria que é utilizada pelos juristas para interpretar uma norma jurídica, essa técnica foi criada com bases em princípios da sociologia, filosofia e da hermenêutica.

Nesse diapasão temos que a interpretação e a hermenêutica são conceitos que não se confundem, destaca-se o doutrinado por Reis Friede:

O conceito próprio da *interpretação* não se confunde com o da *hermenêutica*, pois a *interpretação* é, em essência, mera aplicação da *hermenêutica*, uma vez que somente descobre e fixa os princípios que regem a última. A *hermenêutica* pode ser, portanto, entendida como a verdadeira teoria científica da denominação da arte da *interpretação*.⁴¹

Como lecionado por Friede à interpretação é a aplicação da hermenêutica e seus princípios, uma vez que esta é uma técnica científica. Toda lei, independente de sua dificuldade de aplicação, foi criada para ser interpretada. Diante disso, destaca-se que existem pessoais mais capacitadas para essa função de interpretação, que muitas das vezes é dificultada pelo próprio legislador.

Friede destaca-se que:

A tarefa do interprete é extrair o real conteúdo da norma jurídica expressa no texto da lei que a vincula. Para tal é necessário que seja reconstituído o pensamento legislativo de forma objetiva, desapaixonada, equilibrada e até ousadamente, mas não

³⁹ Idem. P.133.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Idem. P.137.

revolucionariamente, uma vez que o intérprete deve manter-se sempre fiel á essência da lei.⁴²

Ainda, Friede ensina que “a lei deve ser interpretada de modo que o resultado se apresente autônomo, tal como é o pensamento e a vontade da norma nela contida”⁴³. Para o doutrinador interpretar é pensar na lei de forma objetiva para extrair a realidade que o legislador quis regulamentar de modo que não inove no ordenamento jurídico.

O aplicador da lei possui uma série de princípios e técnicas de interpretação que o auxília no melhor caminho para aplicar com segurança as normas jurídicas na sociedade.

De início, destaca-se três fontes de interpretação, a autêntica que é o estudo de uma posição preliminar do legislador quanto à norma criada, a doutrinária que consiste na busca pelo conhecimento através de manuais e estudos técnico-jurídico, e por fim, a judicial, que é a análise das jurisprudências quanto a aplicação de determinada norma.⁴⁴

Ademais, observa-se que os meios para se interpretar também possuem grande relevância, sendo destacado pelos doutrinadores cinco métodos, são eles: interpretação gramatical, interpretação racional, interpretação sistêmica, interpretação histórica, interpretação teleológica e interpretação integral.

A interpretação gramatical consiste pela busca da literalidade do texto normativo, ou seja, entender o que o legislador escreveu de forma objetiva. Entende-se que esse método de interpretação é a primeira a se fazer, no entanto, não se deve considerar a mais importante.

A interpretação racional é a que se utiliza após a interpretação gramatical, tendo suma importância para hermenêutica, uma vez que observam diversos métodos de raciocínios para se interpretar como por exemplo argumentos contrario senso.

⁴² FRIEDE, Reis. Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999. P.138.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Idem. P.140/141.

Quanto à interpretação sistemática consiste “no propósito de resolver eventuais conflitos de normas jurídicas, examinando-a sob a ótica de sua localização junto ao direito que tutela”⁴⁵.

No que tange a interpretação histórica destaca-se a sua importância junto à sociedade, uma vez que esta interpretação analisa toda evolução daquele direito, apesar de um texto gramatical antigo ou complexo.

A interpretação teleológica consiste em estudar o meio social onde se criou e onde se aplicará a lei, de forma que a norma cumpra com seu propósito na sociedade.

Por fim, a interpretação integral, trata-se de um procedimento que prevê que inicialmente o aplicador do direito deve realizar a interpretação literal, em seguida a lógica, sistêmica, histórica e teleológica. Assim, deve considerar todos esses métodos juntos para chegar no verdadeiro significado da lei, cuidando sempre para não inovar no ordenamento jurídico.

2.2. Princípio da Plenitude do Ordenamento Jurídico e o Princípio da Reserva Legal:

O Direito vive numa constante evolução juntamente com a sociedade, contudo, a lei formal nem sempre consegue acompanhar as inúmeras situações do cotidiano de uma sociedade.

Destaca-se a reflexão de Sergio Cavaliere Filho:

O Direito é para a Sociologia Jurídica uma ciência essencialmente social, oriunda da sociedade e para a sociedade. As normas do Direito são regras de conduta para disciplinar o comportamento do indivíduo no grupo, as relações sociais; normas ditadas pelas próprias necessidades e conveniências sociais. Não são regras imutáveis e quase sagradas, mas sim variáveis e em constante mudança, como o são os grupos onde se originam.⁴⁶

⁴⁵ FRIEDE, Reis. Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999. P.143.

⁴⁶ FILHO, Sérgio Cavaliere. Programa de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Forence, 2006. P. 17.

No entanto, o Princípio da Plenitude do Ordenamento Jurídico defende que as lacunas do sistema jurídico devem ser sempre preenchidas por meio de outras fontes do Direito, observando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Como Princípio da Plenitude do Ordenamento Jurídico entende-se que:

É princípio fundamental de qualquer ordem jurídica que, em caso algum, poderá o juiz deixar de sentenciar, sob pretexto de que inexistente norma jurídica preformulada, aplicável ao caso concreto que lhe foi submetido à apreciação⁴⁷.

Dessa forma, quando o Poder Judiciário for provado, não pode o juiz deixar de aplicar o Direito alegando lacuna na Ordem Jurídica. Assim prevê a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB em seu “art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”⁴⁸

A ordem enumerada no artigo é a preferencial para a hermenêutica, diante disso, o intérprete só usará os costumes se o uso da analogia não for suficiente para suprir a lacuna legislativa, e os princípios gerais só será utilizado se os costumes não forem suficientes.

Contudo, quanto ao Direito Penal, devemos sempre pensar nas limitações que a própria matéria nos impõe. O Direito Penal moderno se assenta em determinados princípios fundamentais próprios do Estado Democrático de Direito, destaca-se inicialmente o Princípio da Reserva Legal. Tal princípio está previsto na Código Penal e na Constituição de 1988, conforme se vê, respectivamente:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)⁴⁹

⁴⁷ DUARTE, Clencio da Silva. A Plenitude da Ordem Jurídica. Disponível em: file:///C:/Users/Caroline/Downloads/2439-Texto%20do%20artigo-6986-1-10-20170801%20(1).pdf. Acessado em 04/11/2019.

⁴⁸ BRASIL, Lei nº 4.657 de 04 de dezembro de 1942. Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acessado em 04/10/2019.

⁴⁹ BRASIL, Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em: 04/10/2019.

Art. 5º - XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal,⁵⁰

O doutrinador Luiz Regis Prado quanto à definição desse princípio ressalta que:

A criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa.⁵¹

Ou seja, para se considerar um fato típico criminalmente é necessário que, anteriormente, seja criada uma lei formal prevendo essa tipicidade.

Destaca-se que este princípio vem para limitar o poder punitivo estatal e proporciona segurança jurídica e garantias individuais. Nesse ínterim, vale ressaltar o pensamento do Luiz Prado sobre o fundamento atual do Princípio da Reserva Legal:

Seu fundamento radica na proteção dos valores segurança jurídica, liberdade e igualdade, por meio da vinculação dos Poderes Públicos à lei precisa e concreta, o que garante que seja o legislador quem adote as decisões básicas na matéria, exclui a arbitrariedade no exercício do poder punitivo do Estado e assegura o tratamento igualitário na lei e na aplicação da lei.⁵²

Vemos que para o doutrinador o Princípio da Reserva Legal garante o tratamento igualitário e aplicação da lei, uma vez que não pode o juiz agir arbitrariamente quando existe a previsão na lei penal.

Ainda, ressalta-se a relevância do bem tutelado quando se trata da reserva legal no Direito Penal, é a liberdade pessoal. Por isso que a representatividade é algo a ser destacado, como diz Luiz Prado:

O motivo que justifica a escolha do Legislativo como único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática (representatividade popular – art. 1º, parágrafo único, CF), fazendo com que seu exercício não seja arbitrário.⁵³

⁵⁰ BRASIL, Constituição da Republica Federativa no Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 05/10/2019.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: vol 01 – 16. Ed. rev. e apl. – São Paulo: Thomson Reuters, 2018. P.77.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

Assim, temos que o Princípio da Reserva Legal possui grande relevância no Direito Penal, uma vez que busca a aplicação da lei de forma igualitária e ainda observa a representação da sociedade.

2.3. Analogia e a Interpretação Extensiva:

Como mencionado anteriormente, o ordenamento jurídico pode apresentar uma série de omissões, e diante disso o aplicador do Direito deve usar da hermenêutica para buscar na lei penal a solução para o caso concreto. Isso nos leva a refletir sobre uma problemática quanto à interpretação analógica e a interpretação extensiva no direito penal.

Nesse íterim, destaca o lecionado pelo doutrinador Carlos Maximiliano quanto ao processo de analogia:

Tal processo prevalece no Direito pátrio desde época remota. Sempre se entendeu incumbir aos magistrados preencher as lacunas do Direito; porque a universalidade deste é tão essencial como a sua unidade.⁵⁴

Ainda, consoante a doutrina de Maximiliano:

Passar, por inferência, de um assunto a outro de espécie diversa é raciocinar por analogia. Esta se baseia na presunção de que duas coisas que têm entre si um certo número de pontos de semelhança possam consequentemente assemelhar-se quanto a um outro mais.⁵⁵

O autor entende que utilizar da analogia é presumir que a verdade de um serve também para outro uma vez que ambos possuem pontos semelhantes.

Vale destacar o pensamento de Ferrara sobre o uso da analogia do processo interpretativo:

A analogia não é a criação de direito novo, mas a descoberta de direito existente. O juiz, aplicando normas por analogia, não formula, com livre atividade, normas jurídicas, mas desenvolve normas latentes que se encontram já no sistema. O Direito é, pois, não só o conteúdo imediato das disposições expressas, mas o conteúdo virtual das normas não-expressas, mas ínsitas no sistema.⁵⁶

⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. –Rio de Janeiro: Forense, 1999. P.209.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ DUARTE, Clenício da Silva. *A plenitude da Ordem Jurídica*. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2439/1328>. p.62. Acessado em: 14/10/2019.

O autor entende que a analogia não é a criação de nova norma jurídica, mas a descoberta de normas implícitas no ordenamento jurídico.

Ainda nesse raciocínio, o doutrinador Coviello, diz que é necessário observar certos requisitos para aplicar a analogia:

- 1) é necessário, antes de tudo, que se trate de um caso que o legislador jamais previu: se tivesse sido previsto, ainda que não-claramente compreendido na letra da lei, tem lugar a interpretação extensiva;
- 2) a relação não-contemplada, embora diversa daquelas contempladas, deve, no entanto, apresentar semelhança com uma delas, deve ter um elemento de identidade;
- 3) O elemento de identidade não deve ser qualquer um, mas o elemento de fato que o legislador tomou em consideração para estabelecer uma dada norma relativamente à relação contemplada, à qual se quer comparar aquela não-contemplada.⁵⁷

O autor defende que só se pode usar da analogia se o fato analisado não tenha sido previsto pelo legislador e que tenha um elemento de identidade que o legislador levou em consideração quando estabeleceu a norma.

Ainda, segundo Prado, a analogia “tem de haver-se com casos em que o legislador não pensou, e vai descobrir uma nova norma inspirando-se na regulamentação de casos análogos”⁵⁸. Observa-se que no procedimento analógico cria-se uma nova norma jurídica.

Cabe neste momento ressaltar as limitações da utilização do processo analógico no Direito Penal. Destaca-se o lecionado por Maximiliano:

Interpreta-se a lei penal, como qualquer outra, segundo os vários processos da Hermenêutica. Só compreende, porém, os casos que especifica. Não se permite estendê-la, por analogia ou paridade, para qualificar faltas reprimíveis, ou lhes aplicar pena, não se conclui por indução, de uma espécie criminal estabelecida para outra não expressa.⁵⁹

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Vol. 01 – 16 Ed. rev. atual. e ampl.-São Paulo: Thomson Reuters, 2018. P.115.

⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. –Rio de Janeiro: Forense, 1999. P.321.

O autor compreende que não cabe o uso da analogia para enquadrar uma conduta não prevista na lei existente. Parte-se do pressuposto que o direito penal é essencialmente típico, só o legislador pode “ampliar o catálogo de crimes”⁶⁰.

Diferente da interpretação analógica a interpretação extensiva consiste em:

Uma reintegração do pensamento legislativo, visto que as omissões dos textos legais “nem sempre significam exclusão deliberada, mas pode tratar-se de silêncio involuntário, por imprecisão da linguagem.”⁶¹

Ou seja, para se usar da interpretação extensiva precisa de um norma jurídica para poder extrair dessa o espírito da mesma, mesmo que não esteja prevista em sua literalidade.

Contudo, quando se trata do direito penal existe um limite a ser observado:

Tendo em vista o primado do princípio da legalidade (art.1º, CP), é força destacar que toda interpretação encontra limites na letra da lei, de modo que a interpretação extensiva somente deverá ser empregada para incluir no âmbito de um preceito penal comportamentos que o seu teor literal admita.⁶²

O autor Luiz Regis Prado destaca que o limite a interpretação extensiva é a própria lei, ou seja, não se deve interpretar ao ponto de criar comportamentos além do que já previsto.

Ao contrário disto, a interpretação analógica não busca encontrar o espírito da lei, uma vez que o caso concreto não está previsto na lei e nem no seu espírito.

Diante disso, temos que a interpretação extensiva é aquela que busca o espírito da lei limitando ao seu texto, e a analogia é um processo de criação normativa, o que é vedado no direito penal quando se trata de normas incriminadoras.

Assim, temos que o magistrado na hora de aplicar o direito de observar as técnicas de interpretação trazidas pela hermenêutica, de forma que não ultrapasse sua função jurisdicional.

⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. –Rio de Janeiro: Forense, 1999. P.321.

⁶¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Vol. 01 – 16 Ed. rev. atual. e ampl.*-São Paulo: Thomson Reuters, 2018. P.115.

⁶² *Ibidem*.

3. O ATIVISMO JUDICIAL:

3.1. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial:

O Supremo Tribunal Federal, instância maior do Poder Judiciário, e foi instaurada pela Constituição de 1988 como marca do neoconstitucionalismo. Sobre isso destaca-se o pensamento do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional.⁶³

Continuando seguindo o pensamento do Ministro:

O conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.⁶⁴

Tendo a Suprema Corte o dever principal de interpretar a Constituição, destaca-se a doutrina de Favoreu sobre o assunto:

É uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos.⁶⁵

Como destacou o doutrinador, o Supremo Tribunal Federal e outras cortes de instância superior são especializadas no texto constitucional, e devem ter sua atuação independente de outros poderes.

A suprema corte ganhou mais visibilidade devido à crise de representatividade do Poder Legislativo e de funcionalidade que assola o Poder Executivo. A instabilidade dos outros Poderes se tornou ainda mais crítica com os escândalos de corrupção envolvendo parlamentares, o que só fez crescer a

⁶³ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: http://www.luizrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acessado em 22/10/2019.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ FAVOREU, Louis. AS CORTES CONSTITUCIONAIS: trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p.14.

procura pelo judiciário como refugio para justiça e segurança jurídica da sociedade.

Assim também afirma o Ministro Roberto Barroso:

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.⁶⁶

Barroso afirma ainda que:

O intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios⁸ – não de política – e de razão pública⁹ – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.⁶⁷

Observamos que o pensamento do Ministro se volta para a função do Supremo como instância máxima do Judiciário, tendo uma função técnico jurídica e não política.

Nesse íterim, destaca-se o pensamento de Souza Junior sobre a atuação atual da Suprema Corte:

O descrédito nas lideranças legislativa e executiva do país que em regra tem o expediente de tratar de temas que emergem como necessidades sociais à medida que a sociedade se relaciona, reforçam a recorrência ao Supremo Tribunal Federal para a resolução de casos que, constitucionalmente não seriam de sua alçada, mas que lhe recai a análise e concretização considerando sua função maior e final de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.⁶⁸

Como mencionado, diante uma sociedade insegura quanto à sua representativa no poder, a Supremo Tribunal vem exercendo subsidiariamente

⁶⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. p.6.

⁶⁷Idem. P.12.

⁶⁸ SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra. O ativismo judicial no supremo tribunal federal na garantia do direito à saúde. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/1222/2/Artur%20Bezerra%20De%20Souza%20Junior.pdf>. Acessado em 20/10/2019.

funções do Executivo e especialmente do Poder Legislativo visando à garantia dos direitos fundamentais.

Contudo, a crítica ao ativismo judicial se dá quando o STF:

Exerce o poder no sentido de substituir o exercício de uma função que constitucionalmente caberia a outro poder, pela Tripartição de Poderes vigente no Estado Democrático de Direito brasileiro.⁶⁹

Ocorre que, mesmo com a usurpação do poder pelo Judiciário em face do Legislativo e Executivo, tais atos aparentam ter presunção de legitimidade, pois os mesmos atendem ao interesse social que até então estava sendo ignorado pelos outros Poderes.

É errônea e perigosa a visão da sociedade do que diz respeito ao ativismo judicial, pois:

A imagem de um órgão constitucionalmente capaz de promover o que é mais justo, na visão da sociedade, se sobrepõe ao próprio respeito formal de independência e harmonia geradas pelo princípio da tripartição de poderes.⁷⁰

Diante dessa situação, vemos que os ideais democráticos se encontram ignorados pela própria sociedade, uma vez que a visão da mesma se baseia na busca pela “justiça” independente dos meios para se alcança - lá.

Ademais, destaca-se o pensamento do Ministro Roberto Barroso que aponta três grandes críticas ao ativismo judicial, sendo estas o risco para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

Para Barroso o risco a legitimidade democrática se encontra nos membros do Poder Judiciário, uma vez que estes não possuem a função de representar a vontade popular.

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que

⁶⁹ JUNIOR, CORDEIRO e CREMONEZI. Vidal Serrano Nunes Junior, Fabiana Aparecida Menegazzo Cordeiro, Heloisa Cremonezi. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) instrumentalizado pela súmula vinculante, pela ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e pelo silêncio. ED. 38. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/73421/49607>.. Acessado em: 20/10/2019.

⁷⁰Ibidem.

caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos.⁷¹

Trata-se aqui de defender a representação popular, uma vez o Poder Legislativo possui a função de legislar e lutar pela vontade social, não cabe ao Judiciário intervir e prejudicar a atuação do legislador.

Quanto à politização indevida da justiça destaca:

Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana.⁷²

Temos que direito e política sempre estiveram relacionados, contudo o Ministro defende que não se confundem, uma vez que é o direito legítimo para buscar a justiça.

Por fim, é de extrema relevância destacar a limitação institucional do Judiciário para atuar em certas ocasiões. A decisão final acerca da interpretação de normas constitucionais é do Supremo Tribunal Federal, contudo, nem toda matéria deve ser levada a um tribunal.

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico.⁷³

Ainda, Roberto ressalta a relevância das conseqüências de decisões pelo Judiciário:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de

⁷¹ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acessado em 10/10/2019.

⁷² Idem. P.13

⁷³ Idem. P.15.

determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.⁷⁴

Essa observação nos remete a tardia democracia brasileira, que ainda luta para efetividade do Estado Democrático de Direito e, sobretudo para garantir direitos fundamentais mínimos ao cidadão. Perante essa realidade, é natural que se busquem os direitos não tutelados pelos outros Poderes no Poder Judiciário, que possui uma atuação objetiva e concreta.

No entanto, a atuação do Poder Judiciário na função de outros poderes, mesmo que para garantir direitos fundamentais, mostra um desequilíbrio governamental, uma vez que existe o princípio da separação de poderes, e este é uma das bases do Estado Democrático de Direito.

3.2. O crime do racismo e o crime da homofobia equiparado:

Uma das atuais decisões do Supremo Tribunal Federal que mostra claramente as práticas ativistas da corte é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26. Postulava-se primordialmente nesta impetração o reconhecimento de que “a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo”⁷⁵.

A Suprema Corte, por 8 votos a 3, entendeu que a legislação que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, Lei de nº 7.716 em vigor desde 1989, também deve ser aplicada para quem praticar condutas discriminatórias homofóbicas e transfóbicas.

Inicialmente, destaca-se parte da fundamentação do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder

⁷⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acessado em 10/10/2019.P.16.

⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Criminalização da Homofobia. Relator: Mis Celso de Melo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acessado em: 30/10/2019.

Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.⁷⁶

O Min. Lewandowski entende que não é possível decidir pela criminalização de uma conduta, uma vez que só a lei formal tem esse poder e que é o Poder Legislativo que detém essa função.

Ainda, em seu voto o Ministro destacou um precedente da Segunda Turma do STF, ao decidir o RHC 121.835 Agr/PE, Rel. Min. Celso de Mello:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF).⁷⁷

Como demonstrado pelo Ministro Celso de Melo em outro julgamento, o princípio da reserva legal no direito penal é imprescindível, uma vez que é previsto constitucionalmente.

Vale destacar ainda, sobre o julgamento da ADO 26, a manifestação do Senado Federal:

O Poder Legislativo exerceu e exerce, no tema em questão, seu dever no Estado Democrático de Direito. Ambas as Casas Legislativas da União apreciaram e apreciam a matéria e, inclusive, aprofundaram a discussão, inclusive com a participação popular. Assim, nota-se que os motivos do não atendimento imediato do pleito de criminalização, que parte da premissa equivocada que a Constituição determinaria, não pode ser imputado ao Congresso Nacional, não sendo, em homenagem à harmonia e independência dos poderes, caso de uma medida de declaração de omissão constitucional.⁷⁸

⁷⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Criminalização da Homofocia. Relator: Mis Celso de Melo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acessado em: 30/10/2019.

⁷⁷Idem.

⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Criminalização da Homofocia. Relator: Mis Celso de Melo. Disponível em:

A manifestação do Senado Federal é clara no sentido de que a matéria em análise no julgamento já foi apreciada em ambas as Casas Legislativa e ainda estava sendo apreciadas, e por isso não era cabível a apreciação de um pleito que busca criminalizar um conduta.

Destaca-se também o posicionamento do Amicus Curiae Convenção das Igrejas Evangélicas Meonitas:

Não cabe ao Poder Judiciário, nem ao próprio Supremo Tribunal Federal, invadir a competência legislativa exclusiva do Congresso Nacional, como é no caso das legislações penais (...) Sendo assim, temos como juridicamente impossíveis os pedidos deduzidos na inicial, ante a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal funcionar como legislador positivo, situação que, caso ocorra, ferirá de morte o princípio da separação dos poderes e seria salutar o reconhecimento da preliminar ora invocada ante a inviabilidade jurídica dos pedidos deduzidos na inicial.⁷⁹

Posicionou-se o Amicus Curiae de acordo com a previsão da Constituição da República, uma vez que a criação de tipo penal é competência exclusiva do Poder Legislativo, não sendo possível o Judiciário, nem por meio da Suprema Corte atuar como legislador positivo.

Ainda, ressalta-se o posicionamento do Advogado Geral da União:

No caso dos autos, entretanto, não existe qualquer comando constitucional expresso que exija tipificação criminal específica para a homofobia e transfobia. Não há que se falar, portanto, em obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público; desse modo, ainda que, em tese, a criminalização possa ser tida como legítima, ela não é obrigatória. Daí se infere que o requerente não pretende assegurar o exercício de um direito previsto na Constituição, mas objetiva, em verdade, um regramento específico, uma tipicidade especial para condutas de homofobia e transfobia. Ocorre que os direitos garantidos pela Constituição Federal referem-se apenas à necessidade de punição de todas as formas de discriminação e racismo (fim) e não à legislação específica de um tipo especial de conduta (meio).⁸⁰

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acessado em: 30/10/2019.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Criminalização da Homofobia. Relator: Mis Celso de Melo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acessado em: 30/10/2019.

O posicionamento do Advogado Geral da União pondera sobre a falta de previsão constitucional que exija a tipificação da conduta, concluindo que o Congresso não é, portanto, obrigado a legislar sobre o assunto.

Contudo, com todos os argumentos acima exposto, invocando a Separação de Poderes e a previsão constitucional, a Suprema Corte decidiu da seguinte forma:

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. (...) ⁸¹

Dessa forma, entendeu a Corte que existe a omissão do Congresso Nacional e que toda prática de homofobia e transfobia devem ser enquadradas nos tipos penais da Lei 7.716/89 – Lei do Racismo.

3.3. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo:

O Supremo Tribunal Federal possui a primordial função de interpretar e proteger os dispositivos previstos na Constituição. Contudo, não foi dado a esta um carta em branco para que a Corte atue livremente.

Contudo, o sistema político brasileiro passou a admitir uma intervenção do Judiciário no Poderes Executivo e Legislativo que deixou de ser mero aplicador da lei, passou para uma atuação mais ativista e com maior liberdade

⁸¹ Ibidem.

de interpretação e atuação. Isso se deu, como bem exemplificado anteriormente, com o exercício da jurisdição constitucional de forma ampliada.

Como ressalta Mellissa de Carvalho Moreira:

O exercício da jurisdição constitucional se ampliou tanto em termos de alcance, pela possibilidade de aplicação da Constituição em casos não expressamente contemplados, como também a ampliação de sua aplicação, por meio de interpretações extensivas da norma.⁸²

Vimos que a aplicação da Constituição em todas as áreas faz com que o Supremo Tribunal Federal, como interprete da Constituição, tenha o poder de analisar e julgar qualquer matéria.

Destaca-se também outro posicionamento da Mellissa de Carvalho:

Ainda que se admita uma postura e atuação mais ampla e livre ao Judiciário, não é concebível admitir que tal atuação ocorra de forma afastada do ordenamento jurídico, de forma que o magistrado não pode sobrepor sua vontade, ainda que seja a vontade da maioria, ultrapassando as possibilidades hermenêuticas e a dimensão formal do texto legal. A atuação do intérprete não pode ser contrária ao próprio parâmetro normativo que se presta a interpretar e aplicar, sob pena de possibilitar uma tirania da maioria.⁸³

O pensamento da autora retrata bem o perigo das atuações ativistas do Supremo Tribunal Federal, uma vez que atuam fora das regras da hermenêutica e inovam o ordenamento jurídico com suas próprias percepções.

Ademais:

Ao interpretar normas e princípios abstratos, o juiz participa do processo de criação do direito, e neste aspecto reside o risco de que, ao fazê-lo, adotem fundamentos valorativos e subjetivos, em detrimento dos meios de deliberação dos representantes políticos eleitos.⁸⁴

⁸² MOREIRA, Mellissa Carvalho. Reflexões acerca do ativismo judicial: os riscos da atuação extralegal do Poder Judiciário. Disponível em: file:///C:/Users/Caroline/Downloads/18100-Texto%20do%20artigo-70266-1-10-20190219.pdf. Acessado em 15/10/2019.

⁸³ MOREIRA, Mellissa Carvalho. Reflexões acerca do ativismo judicial: os riscos da atuação extralegal do Poder Judiciário. Disponível em: file:///C:/Users/Caroline/Downloads/18100-Texto%20do%20artigo-70266-1-10-20190219.pdf. Acessado em 15/10/2019.

⁸⁴ MOREIRA, Mellissa Carvalho. Reflexões acerca do ativismo judicial: os riscos da atuação extralegal do Poder Judiciário. Disponível em: file:///C:/Users/Caroline/Downloads/18100-Texto%20do%20artigo-70266-1-10-20190219.pdf. Acessado em 15/10/2019.

Continuando com o posicionamento de Mellissa:

Grande parte da problemática reside na utilização de argumentos externos à Constituição, se afastando do ordenamento e adotando argumentos ideológicos e valorativos. O que é confirmado pelo próprio Min. Barroso, que afirma que a mudança de entendimento do tribunal se deu por “*relevantes fundamentos jurídicos, pragmáticos e empíricos, isto é, comprováveis factualmente*”.⁸⁵

Por isso, o magistrado, uma vez correndo o risco de aplicar seus valores subjetivos e não o espírito da lei, deve sempre se guiar pelas regras da hermenêutica e observar os princípios do ordenamento jurídico.

Por fim, vimos que os julgamentos ativistas da Suprema Corte violam claramente diversas previsões constitucionais e princípios do Direito, colocando em questão a democracia, a tripartição dos Poderes e a segurança jurídica.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto, temos que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição com a função de proteger e interpretar o que nela está previsto. Contudo, esse abrandamento das matérias que podem ser abordadas pela Suprema Corte é algo que deve ser ponderado, uma vez que nem todas as matérias devem ter a apreciação judicial.

Com isso, vimos que o Supremo Tribunal Federal tem atuado em funções típicas do Legislativo, fora da previsão constitucional, desrespeitando o Princípio da Separação de Poderes e, quanto a ADO nº26, inobservância até mesmo o princípio de reserva legal em matéria penal.

Discussões acerca dessa atuação do Judiciário nos remetem a fragilidade e recente democracia brasileira, vimos isso quando observamos que os cidadãos têm a percepção de que provocar o judiciário, que dará uma resposta para seu caso, é mais vantajoso do que buscar a representatividade de seus ideais e a tutela de seus direitos pelas vias adequadas.

⁸⁵ Idem.

Perante essa realidade, vimos que a crise de representatividade do Poder Legislativo agrava ainda mais a situação, pois o Judiciário passa a receber ainda mais demandas buscando a tutela de seus direitos.

Assim, o Judiciário, especialmente o STF, não deve ceder às pressões sociais, até mesmo quando o Poder com a função específica pareça estar inerte. Esse dever do Judiciário, de atuar de forma técnica e não política, se encontra respaldado na sua limitação institucional para certas matérias e nos princípios da democracia representativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 224

BARROSO, Luíz Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível:

https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso: 10/04/2019.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acessado em 22/10/2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

BRASIL, Lei nº 4.657 de 04 de dezembro de 1942. *Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acessado em: 04/10/2019.

BRASIL, Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em: 04/10/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Criminalização da Homofobia. Relator: Mis Celso de Melo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acessado em: 30/10/2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. – 33. Ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2018. Pg.202.

BOSCH, Marcia Helena. *Mutação Constitucional e Ativismo Judicial*. Disponível em:

https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_tutela_coletiva_artigo_marcia_ativismo.pdf. Acessado em 20/09/2019.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional*. 7ed. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2003.Pg.65

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*, Direito Constitucional Positivo. – 17 ed. ver. Atual. e ampl. – Belho Horizonte: Del Rey, 2011. P.189

DOURADO, AUGUSTO e ROSA. Edvânia A. Nogueira Dourado, Natália Figueiroa Augusto e Crishna Mirella de Andrade Correa Rosa. *Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro*. V Congresso Internacional de História – 2011. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>. Acessado: 10/09/2019.

DUARTE, Clenício da Silva. *A plenitude da Ordem Jurídica*. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2439/1328>. p.62. Acessado em: 14/10/2019.

FAVOREU, Louis. *AS CORTES CONSTITUCIONAIS*: trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p.14.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forence, 2006. P. 17.

FRIEDE, Reis. *Curso de Ciências políticas e Teoria Geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. – 5 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013. P.227

JUNIOR, CORDEIRO e CREMONEZI. Vidal Serrano Nunes Junior, Fabiana Aparecida Menegazzo Cordeiro, Heloisa Cremonezi. *O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro instrumentalizado pela súmula vinculante, pela ação de descumprimento de preceito fundamental e pelo silêncio*. ED. 38. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/73421/49607..> Acessado em: 20/10/2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. P. 537.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. –Rio de Janeiro: Forense, 1999. P.321.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. Atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe. – 31 Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. P. 210

MOREIRA, Mellissa Carvalho. *Reflexões acerca do ativismo judicial: os riscos da atuação extralegal do Poder Judiciário*. Disponível em: <file:///C:/Users/Caroline/Downloads/18100-Texto%20do%20artigo-70266-1-10-20190219.pdf>. Acessado em 15/10/2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 4. ed., São Paulo: Método, 2009.

PENA DE MORAES, Guilherme. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Vol. 01 – 16 Ed. rev. atual. e ampl.*-São Paulo: Thomson Reuters, 2018. P.115.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra. *O ativismo judicial no supremo tribunal federal na garantia do direito à saúde*. Disponível em:

<https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/1222/2/Artur%20Bezerra%20De%20Souza%20Junior.pdf>. Acessado em 20/10/2019.

WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"*. Editora Ática: São Paulo, 1997. P.254.