

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Vivian de Almeida Gregori Torres, Bernardo Leandro Carvalho Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-031-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXXI Congresso Nacional do CONPEDI Brasília - DF (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

Em Brasília-DF, um local central para observar as relações entre Direito e Política, o Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II coordenado pelos professores Vivian de Almeida Gregori Torres (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul- UFMS) e Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT) recebeu uma série de relevantes trabalhos para apresentação ao longo do dia 27 de novembro de 2024.

As apresentações começaram com o artigo “DEMOCRACIA AMBIENTAL: A IMPORTÂNCIA DA RATIFICAÇÃO DO ACORDO DE ESCAZÚ PARA A EXPANSÃO DE UMA GESTÃO AMBIENTAL DEMOCRÁTICA NO BRASIL”

Neste artigo, Thaís Silva Alves Galvão e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, partindo de aproximações entre a teoria democrática de Robert Dahl e o Direito Internacional propõe a observação de uma democracia ambiental para o Brasil.

Essa proposta inclui, por exemplo, a tomada de participação de povos indígenas na tomada de decisões que versem sobre interesses sobre os seus territórios.

O trabalho defende a ratificação do Tratado de Escazú no Brasil.

Apesar de não ter sido ratificado pelo Brasil, o Tratado já foi mencionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como argumento para a análise da constitucionalidade de decretos presidenciais.

O trabalho, portanto, defende não apenas a ratificação, mas também a inclusão dos pressupostos do referido tratado

Na sequência, foi apresentado o trabalho “A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE À ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA”

Neste artigo, os autores Edson Barbosa de Miranda Netto e Mariana Barbosa Cirne utilizam a teoria de Jeremy Waldron para debater o controle de constitucionalidade brasileiro, sobretudo volta à atual crise democrática no Brasil.

O artigo volta sua atenção às possibilidades de aplicação dessa teoria estrangeira no Brasil.

As observações também são voltadas à crítica de uma suposta falta de legitimidade do Poder Judiciário, na medida em que os juízes não são eleitos.

Coloca, para essa análise, as 04 (quatro) condições que devem estar presentes para Jeremy Waldron, em seu propósito de controle de constitucionalidade, buscando questionar as possibilidades de presença dessas condições no Brasil.

A apresentação foi seguida da pesquisa “A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DAS FAKE NEWS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X LIBERDADE DE EXPRESSÃO”

Neste artigo, Luciana de Aboim Machado e Lídia Cristina dos Santos fazem um levantamento acerca das principais doutrinas que versam sobre a dignidade humana, passando de Kant aos contemporâneos, aproximando esse arcabouço teórico das práticas de mediação- destacando a relevante obra de Luís Alberto Warat - defendendo sua relevância para resolver conflitos envolvendo as fake News.

Dando sequência aos trabalhos, foi apresentado o artigo “CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS PODERES: UMA ABORDAGEM ANALÍTICA SOBRE AS TENSÕES E LIMITES ENTRE LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL”

Neste artigo, Gustavo Araujo Vilas Boas procura analisar as funções típicas e atípicas de cada um dos poderes, analisando-as a partir de casos práticos da democracia brasileira.

Desse modo, parte da teoria da tripartição de Montesquieu e busca analisá-la com os casos práticos trazidos ao artigo.

Utiliza as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente: a decisão sobre a equiparação entre os delitos de homofobia e racismo; a decisão sobre a possibilidade de uso medicinal da cannabis para fins terapêuticos; e o julgamento sobre o marco temporal na demarcação de terras indígenas.

Com exemplos práticos, portanto, traz casos práticos de tensões entre os poderes no Brasil para análise na pesquisa.

O artigo subsequente foi “DEMOCRACIA 4.0: AS REDES SOCIAIS COMO ARENA DO PODER”

Neste trabalho, Rafael Martins Santos repensa o exercício dos direitos fundamentais no Século XXI, evidenciando a transição do acesso ao direito, destacando a importância de se pensar a participação e representação do poder a partir das plataformas de rede social.

Destaca, nesse trabalho, a importância que a Tv Justiça protagonizou com a publicidades dos julgamentos do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que destacou o impacto de maior monta das plataformas de rede social com esse propósito.

Elenca casos de manifestação nas plataformas de rede social que pressionaram os poderes da República, destacando a relevância desses espaços virtuais.

Na ordem das apresentações, passou-se a apresentar o trabalho “A (I)LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA EM INOVAR NORMATIVAMENTE ANTE À INÉRCIA DO PARLAMENTO: RISCO À VIOLAÇÃO À SUPREMACIA DOS PODERES”

Neste trabalho, Eid Badr, Ana Maria Bezerra Pinheiro e Diana Sales Pivetta questionam se há um risco da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) quando decide com base no argumento da inércia do parlamento.

O artigo elenca diferentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) para analisar o limite de atuação do Poder Judiciário em respeito à separação dos poderes.

Na sequência, foi apresentada a pesquisa “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL: DA SÚMULA VINCULANTE ÀS DEMANDAS REPETITIVAS”

Neste trabalho, Carolina Mendes, Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque e José Henrique Mouta Araújo questionam a própria essência do sistema jurídico brasileiro, com declarada vinculação ao sistema jurídico da civil law, a partir da adoção da ideia de precedentes no Brasil, momento em que o Brasil, na análise dos autores, passa a ter traços de vínculos com o próprio sistema jurídico da common law.

Utilizando a obra de Dworkin, analisa a utilização da ideia de precedentes no Brasil, sobretudo a partir do viés da integridade do Direito.

Passa com esse propósito, por dispositivos do Código de Processo Civil e da Constituição Federal Brasileira, aliando esses elementos positivados com a prática dos tribunais.

O debate subsequente envolveu o artigo “CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA, O CONTRATO SEXUAL E A OCUPAÇÃO FEMININA DOS ESPAÇOS POLÍTICOS NO BRASIL”

Neste artigo, Christine Oliveira Peter da Silva não busca uma leitura feminista da Constituição, mas sim a refundação do Direito Constitucional a partir da teoria das excluídas.

Para tal, pela perspectiva das mulheres, questiona a presença de mulheres no Direito Constitucional, apresentando um ideal de representatividade feminina no Direito Constitucional.

O artigo revisita teorias contratualistas clássicas, buscando uma revisão a partir das propostas do constitucionalismo feminista.

O artigo subsequente apresentado foi “CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UMA REFLEXÃO SOBRE OS 20 ANOS DE EXISTÊNCIA”

Neste trabalho, Fernando Oliveira Samuel faz uma análise do protagonismo do Poder Judiciário a partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), destacando casos paradigmáticos, sobretudo: ADI nº 3367, que versou sobre a discussão sobre a separação dos poderes, que discutia a atuação do CNJ.

Ao longo do artigo, analisa as mais de 600 (seiscentas) resoluções do CNJ que invadem competência que não seriam propriamente do Poder Judiciário.

O trabalho, portanto, busca destacar a tensão no aspecto da separação dos poderes no tocante à edição de resoluções do CNJ.

Na sequência, passou-se à apresentação da pesquisa “AUSTERIDADE: A POLÍTICA FISCAL BRASILEIRA COMO EXPRESSÃO DA CONTRADIÇÃO ENTRE NEOLIBERALISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO”

Neste trabalho, Maria Júlia de Castro e Sousa, Vinícius Henrique de Oliveira e José Duarte Neto analisam as políticas fiscais brasileiras, verificando se suas tendências neoliberais são compatíveis com o Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição Federal de 1988.

O trabalho da sequência foi o denominado “A TEORIA PURA DO DIREITO COMO NORMA FUNDAMENTAL DE UMA JURISTOCRACIA”

Neste artigo, José Ernesto Pimental Filho, Eduardo Mateus Ramos de Moura e Gleydson Thiago de Lira Paes abordam o trabalho de Hans Kelsen a partir da ótica da “juristocracia”, defendendo a utilização de correntes históricas nessa observação.

Na sequência, o artigo apresentado foi “A CONFIANÇA NO DIREITO CONSTITUCIONAL PÓS-MODERNO. REQUISITO PARA REDUÇÃO DA INCERTEZA NO DIREITO”.

Neste trabalho, Farley Soares Menezes utiliza a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, sobretudo sua conceituação de confiança, para observar o Direito Constitucional Pós-Moderno.

Para tal, traça elementos gerais do pensamento sistêmico que podem ser usuais para a redução da complexidade e a formação da confiança no Sistema do Direito.

Elenca, para tal, casos práticos do Direito Tributário, aplicando a eles o arcabouço teórico da Teoria dos Sistemas.

Dando sequência aos trabalhos, foi apresentado o trabalho “A RELAÇÃO TENSIONAL ENTRE O DIREITO À CULTURA E O DIREITO AO SOSSEGO E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO: UM ESTUDO DO CASO “AARAIAL PERTINHO DE VOCÊ”

Neste artigo, a partir de um caso prático, Márcia Haydée Porto de Carvalho e Cláudio Santos Barros analisam a definição de princípios de Robert Alexy, sustentando a necessidade de haver um maior rigor técnico na aplicação de teorias importadas de outras culturas jurídicas.

No debate, após Alexy, mencionam as teorias de Hart e Dworkin, analisando suas diferenças no âmbito teórico, bem como sustentando como elas podem ser aplicadas em casos práticos.

O pleno exercício dos direitos culturais e o meio ambiente economicamente equilibrado são os dois princípios colocados em análise sobre suposta colisão no trabalho analisado.

Seguindo a ordem dos trabalhos, foi apresentado o artigo “A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PAPEL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ATUALIDADE”

Neste trabalho, Davi Niemann Ottoni, Matheus Oliveira Maia e Gabriel Gomes da Luz abordam a problemática da judicialização da política. Para tal, conceituam o Estado Democrático de Direito, elencando os principais documentos históricos que serviram para sua fundação e sedimentação. Traçam também linhas gerais sobre a dignidade humana e o controle de constitucionalidade, destacando sua relevância para os sistemas democráticos.

As apresentações continuaram com a pesquisa “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E REGRAS DE SIMETRIA: A PROBLEMÁTICA DAS LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS E MUNICIPAIS”

Neste trabalho, Claudio Ladeira de Oliveira e André de Sousa Roepke analisam as regras de simetria do sistema constitucional brasileiro, destacando a regulamentação constitucional da simetria e observando sua aplicabilidade no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), apontando dados de pesquisa feita em Constituições Estaduais e em Leis Orgânicas.

O artigo subsequente versou sobre o tema “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO VETO PRESIDENCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

Neste trabalho, Edson Barbosa de Miranda Netto, José Elias Gabriel Netto e Sara Barros Pereira de Miranda analisam criticamente o controle de constitucionalidade dos vetos presidenciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Em análise das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental em que ocorreu de fato o controle de constitucionalidade dos vetos presidenciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF) conclui que a análise do Tribunal foi feita em torno de aspectos formais, de cunhos legislativos; e que, portanto, não mereciam a crítica sem critérios que a eles foram feitos.

Na sequência, o artigo apresentado foi o denominado “UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROJETO DE LEI Nº 1904/2024”

Neste artigo, Mateus Gomes dos Santos Rocha e Maíra Villela Almeida abordam questões voltadas às finanças públicas a partir de um embate federativo. Faz-se essa análise a partir da estruturação dos Fundos de Educação., destacando os impactos federativos dessa observação. Destacam-se, na observação do artigo, os mecanismos de federalismo cooperativo elencados na estruturação das propostas analisadas.

Encerrando os trabalhos da tarde, foi apresentado o trabalho “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, DESCONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS DE 2019–2022 E LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA E CLIMÁTICA”, de Mariana Barbosa Cirne e Sara Pereira Leal abordando a relevância da judicialização de demandas para a tutela ambiental.

O Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II foi marcado por intensas e relevantes discussões sobre os temas nele envolvidos. O presente livro é um registro das qualificadas pesquisas que chegaram para debate ao longo do evento.

Esperamos que esses textos sirvam como fonte críticas para pesquisas e para inspirações para os próximos eventos do Conpedi.

Vivian de Almeida Gregori Torres (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul- UFMS)

Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT)

**DA (I)LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA EM INOVAR
NORMATIVAMENTE ANTE À INÉRCIA DO PARLAMENTO: RISCO À
VIOLAÇÃO À SUPREMACIA DOS PODERES**

**THE (I)LEGITIMITY OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN INNOVATING
NORMATIVELY IN THE FACE OF PARLIAMENT'S INERTIA: RISK OF
VIOLATION OF THE SUPREMACY OF POWERS**

**Eid Badr
Ana Maria Bezerra Pinheiro
Diana Sales Pivetta**

Resumo

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário brasileiro, com ênfase nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em criar direito positivo, inovando no ordenamento jurídico em razão da inércia do Congresso Nacional e da vedação ao non liquet, dissertando sobre o princípio da separação dos Poderes com destaque à primazia da preservação da independência e da harmonia entre os Poderes, bem como o risco de violação desse princípio constitucional diante do protagonismo do Judiciário, conhecido como ativismo judicial. Analisou-se ainda se a atuação heterodoxa por parte da Suprema Corte brasileira reverte-se de caráter hermenêutico puro ou criador do direito na ânsia de atender aos anseios sociais e promover a justiça quando diante da falta de previsão normativa, apresentando casos emblemáticos relacionados à temática. A metodologia aplicada foi o método dedutivo; quanto aos meios de pesquisa, utilizou-se o bibliográfico, com uso da doutrina, da legislação e da jurisprudência sobre o assunto; no tocante aos fins, a pesquisa compreende-se como qualitativa. Conclui-se que há uma linha tênue no que concerne à efetiva prática de atividade hermenêutica com base em normas e princípios constitucionais vigentes e a eventual postura inovadora no campo normativo por parte do julgador, aqui em estudo a Suprema Corte Brasileira.

Palavras-chave: Poder judiciário, Separação dos poderes, Inovação normativa, Violação, Inércia do legislador

Abstract/Resumen/Résumé

The present research aims to analyze the legitimacy of the actions of the Brazilian Judiciary, with emphasis on the decisions handed down by the Federal Supreme Court, in creating positive law, innovating in the legal system due to the inertia of the National Congress and the prohibition of non liquet, saying on the principle of separation of Powers with emphasis on the primacy of preserving independence and harmony between the Powers, as well as the risk of violating this constitutional principle due to the protagonism of the Judiciary, known as judicial activism. It was also analyzed whether the heterodox action on the part of the Brazilian Supreme Court reverts to a pure hermeneutic or law-creating character in the desire

to meet social desires and promote justice when faced with a lack of normative prediction, presenting emblematic cases related to the theme. The methodology applied was the deductive method; As for the means of research, bibliographical methods were used, using doctrine, legislation and jurisprudence on the subject; Regarding the purposes, the research is understood as qualitative. It is concluded that there is a fine line regarding the effective practice of hermeneutic activity based on current constitutional norms and principles and the eventual innovative stance in the normative field on the part of the judge, here under study the Brazilian Supreme Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial power, Separation of powers, Normative innovation, Violation, Legislator inertia

1. INTRODUÇÃO

O princípio da supremacia dos Poderes encontra-se positivado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, que estabelece serem Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, considerado ainda cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º, do referido diploma legal.

Dessa maneira, a cada Poder são atribuídas funções típicas e atípicas constitucional e regimentalmente, de modo que um Poder não venha a se exceder e extrapolar suas competências, adentrando nas dos demais, devendo haver entre eles um mecanismo de controle recíproco para que os direitos dos indivíduos sejam protegidos contra o abuso de um potencial poder absoluto.

Em razão dessa distribuição de competências, a presente pesquisa tem como objetivo analisar o protagonismo exercido pelo Poder Judiciário, em específico o Supremo Tribunal Federal, atuação proativa denominada por alguns doutrinadores como ativismo judicial, abordando seus aspectos positivos e negativos, na medida em que objetivam buscar a efetivação do exercício de direitos fundamentais ante à inércia do Poder Legislativo em editar leis, sob o argumento ainda da observância ao princípio da vedação ao non liquet e da inafastabilidade da atuação jurisdicional.

Ademais, será também analisado se a Suprema Corte tem legitimidade para inovar normativamente diante da falta de previsão normativa pela inércia do Poder Legislativo, haja vista que uma eventual invasão de competências e funções constitucionalmente previstas pode acarretar ofensa ao princípio da supremacia dos Poderes, tumultuando a convivência harmônica entre eles.

A temática é de significativa importância, tendo em vista que no cenário jurídico no contexto em que se encontra no país, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal vêm surtindo efeitos nas relações sociais em decorrência de afetar a sociedade em geral e não somente as partes litigantes, criando direitos e obrigações, trazendo consigo insegurança jurídica e risco de ofensa ao devido processo legislativo.

A metodologia aplicada foi o método dedutivo; quanto aos meios de pesquisa, utilizou-se o bibliográfico, com uso da doutrina, da legislação e da jurisprudência sobre o assunto; no tocante aos fins, a pesquisa compreende-se como qualitativa.

2. DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Decerto que o homem é um ser social, pois nasce e cresce em meio à vida em sociedade. Dessa forma, para que haja uma convivência harmoniosa, torna-se necessária a criação de normas que venham a regulamentar o comportamento dos integrantes de um grupo social para sua devida organização.

Nesse sentido, Figueiredo e Gibram (2017, p. 105) pontuam que é justamente em razão dessa necessidade de criação de regras de convivência que surgem mecanismos que assegurem sua observância, ou seja, de “instituições destinadas a garantir a ordem estabelecida, sendo elemento fundamental para a existência socialmente organizada de um grupo de pessoas”. A partir dessa ideia surgem as primeiras noções de poderes de Estado atualmente dispostos no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, vale ressaltar a concepção de que a nomenclatura “poderes” tem sido objeto de críticas por parte de autores como Martins (2022) e Souza (2019), que reverberam o fato de que o poder é uno e, portanto, não caberia qualquer divisão. Martins (2022) defende que o termo mais adequado seria *separação das funções estatais*, tendo em vista que o poder é exercido por órgãos aos quais são atribuídas funções distintas, pois o poder em si é uno e, por conseguinte, indivisível.

Coaduna do mesmo entendimento Dallari (2013, p.214), na medida em que esclarece que o poder do Estado é uno e que, por esta razão, o que ocorre, de fato, é a divisão das funções do Estado em órgãos independentes e harmônicos. Dessa maneira, entende que o termo “separação de poderes” significa, na verdade, a existência de “muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância”.

Considerado um princípio no ordenamento jurídico brasileiro, o referido princípio encontra-se positivado no artigo 2º da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, que estabelece serem Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, considerado ainda cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, da CFRB de 1988 (Brasil, 1988).

Por meio desse princípio, não basta que os Poderes sejam independentes, mas que sejam ainda harmônicos, de maneira que, consideradas e reconhecidas suas funções típicas e atípicas constitucional e regimentalmente, um Poder não venha a se exceder e extrapolar suas competências, adentrando nas dos demais, culminando, por conseguinte, na consagração do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Nesse sentido, Aragão (2013, p. 33) pondera que:

Embora a Teoria da Tripartição de Poderes pregue a independência de cada um deles, ela sustenta a ideia de que é necessário haver algum tipo de controle da atuação deles,

a fim de que não ocorram atos centralizadores e absolutistas. Foram criados, assim, os ‘freios e contrapesos’ para equilibrar o poder político de cada ente – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Araújo (2015, p. 60) destaca que cada poder tem garantias próprias e a harmonia entre eles deve ser a outorgada pelo constituinte originário, “como uma medida de equilíbrio fixado inicialmente no Estado constituído em 5 de outubro de 1988”.

Sob o ponto de vista de Peixinho (2008, p. 19), o princípio da divisão e separação de poderes, “não tem a função de assegurar a liberdade senão também de garantir a constituição”.

Vale salientar que a concepção de separação dos poderes decorre do rompimento com as monarquias absolutistas, trazendo em seu bojo a ideia de que, em Estados de Direito, é vedada a cumulação de todas as funções do Estado nas mãos de um único órgão, evitando-se, portanto, a centralização do poder, tendo em vista que “representa(ria) um risco à continuação do recém-conquistado regime democrático de governo, após séculos em que o mundo esteve sob períodos de prevalência das autocracias” (Nery Júnior, 2020, p. 2).

Na análise da separação dos poderes, importante evidenciar suas origens históricas para melhor compreensão, na medida em que se passa a ter uma visão panorâmica e ao mesmo tempo detalhada acerca do tema em estudo.

No que concerne às raízes, verifica-se ser um consenso atribuir ao pensador francês Montesquieu a consagração da teoria da tripartição de poderes com as devidas repartições no formato atualmente mais aceito nos ordenamentos jurídicos fundamentados pela democracia, tendo em vista ser de significativa contribuição e quem trouxe fundamentação sólida sobre a divisão de funções dos poderes do Estado, bem como deu contornos específicos a cada um deles.

No entanto, suas raízes históricas remontam ao período da antiguidade grega, quando Aristóteles (384 a.C. a 322 a.C.) concebia ser injusto e perigoso atribuir a apenas um indivíduo o exercício do poder pleno. Dessa forma, desenvolveu uma concepção tripartite de funções, constante de sua obra “A Política”, a qual tratava sobre os poderes políticos, sua estrutura e respectivas funções.

Na concepção do filósofo grego Aristóteles (2010, p. 170), toda cidade dispunha de três elementos, sendo que:

A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos: a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se a como de ser o poder judiciário.

Segundo Moises (2013), Aristóteles elaborou a teoria da divisão dos poderes do Estado por meio das funções deliberante, executiva e jurisdicional. A primeira estava relacionada aos debates e às tomadas de decisões a respeito dos negócios estatais, sendo recomendável que as deliberações fossem tomadas por todos os cidadãos. A função executiva, por sua vez, seria voltada ao atendimento das necessidades sociais, tais como os serviços militares, a inspeção de construções, a administração das rendas públicas, além da supervisão do fornecimento de gêneros alimentícios nos mercados. No que concerne à função jurisdicional, compreende os cargos dos juízes, tratando, inclusive, sobre a forma de seleção dos membros dos tribunais (por eleição ou sorteio).

John Locke (1632-1704) também tratou da separação dos poderes, abordando o tema na obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, em 1690, definindo as funções estatais por meio existência de quatro poderes do Estado: o legislativo, responsável pela edição de leis cuja finalidade é o bem do povo; o executivo, com a atribuição legal de executar e efetivar as normas em vigor; o federativo, com a incumbência de gerir a segurança e os interesses da sociedade sob o aspecto externo (guerras e relações exteriores), de competência do monarca; e, por último, a prerrogativa, de competência do rei, que detinha o poder de fazer o bem do povo sem subordinar-se às regras (Moises, 2013).

Importante destacar, entretanto, que a grande contribuição para a concepção atual a respeito do tema adveio das ideias de Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu (1689-1755), que em sua obra “O Espírito das Leis”, publicada em 1748, tratou da teoria da tripartição do poder, fundada na liberdade e na justiça, “sem as quais a sociedade se instalaria em bases instáveis”, sob o ponto de vista de Aragão (2013, p. 26), destacando que, para evitar abusos, é imprescindível que o poder contenha a ele próprio, sendo fundamental, portanto, a divisão.

Consoante Aragão (2013), Montesquieu defende a separação de poderes por meio da função legislativa, executiva e judiciária, representadas pelo parlamento, governo e tribunais, respectivamente, cabendo ao Poder Legislativo a elaboração, revogação e correção das leis; ao Judiciário, o julgamento de demandas pessoais e a punição por crimes; e ao Executivo, exercer a administração geral, funcionando como executor das normas.

No mesmo sentido, Piçarra (1989) ressalta que as funções do Estado devem ser divididas e atribuídas a órgãos diferentes e que deve haver entre eles um mecanismo de controle recíproco para que os direitos dos indivíduos sejam protegidos contra o abuso de um potencial poder absoluto, doutrinariamente conhecido como sistema de freios e contrapesos.

Vale salientar que, a despeito da existência de concepções distintas acerca da separação dos poderes, sejam de cunho tripartite ou quadripartite, é unânime o ponto de vista sobre a necessidade de estabelecimento de funções distintas, porém harmônicas entre si, de modo que não permitidos excessos e abusos de poder, bem como sejam protegidos direitos fundamentais.

3. DA VEDAÇÃO AO “NON LIQUET” E DO RISCO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES PELO PODER JUDICIÁRIO

Na concepção de Araújo (2018), o pensamento da sociedade vive em constante evolução, implicando em novos comportamentos e, conseqüentemente, exercendo influência no sistema de normas vigente à medida que surgem novos direitos e obrigações.

O Brasil traz como lema em sua bandeira “Ordem e Progresso”. O progresso implica em uma sociedade em desenvolvimento, ou seja, traz como consequência que o passar dos anos haja uma suposta evolução no pensamento da sociedade, implicando em novos comportamentos, o que faz com que surjam nossos direitos e obrigações. Araújo (2018, p.25)

Conforme pontua Diniz (2009), a evolução da vida em sociedade traz em si novos fatos e conflitos diários, de maneira que os legisladores trabalham diariamente na elaboração de novas leis, juízes e tribunais constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sociais sofrem mutações, em decorrência do caráter dinâmico que marca a vida social.

No mesmo sentido, Gonçalves (2015) ressalta que se revela impossível conceber a feitura de um ordenamento jurídico desprovido de imprecisões ou mesmo de omissões, tendo em vista que não seria possível imaginar um legislador capaz de tudo prever e normatizar, acrescentando ainda que a ideia de completude ou mesmo perfeição do ordenamento jurídico possui evidentes contornos de fantasia por parte dos positivistas.

Sob o ponto de vista de Diniz (2009, p.305):

O direito é lacunoso, sob o prisma dinâmico, já que se encontra em constante mutação, pois vive com a sociedade, sofre com ela, recebendo em cada momento o influxo de novos fatos e valores, não havendo possibilidade lógica de conter, em si, prescrições normativas para todos os casos.

Vale destacar que, não obstante a discussão outrora realizada em torno da problemática da completude ou incompletude do ordenamento jurídico, na concepção de Freire Júnior (2004, p.40), “o dogma da completude do sistema jurídico através do legislador está

sepultado, hoje somente é possível falar na completude do sistema a partir de uma Constituição principiológica que requer um novo papel dos intérpretes, especialmente dos juízes”.

Por conseguinte, diante da incompletude do ordenamento jurídico, aqui em análise o sistema normativo brasileiro, torna-se imprescindível lembrar que vige o princípio da inafastabilidade da atuação jurisdicional ou princípio do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal vigente, por meio do qual fica estabelecido que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988); bem como o da proibição do *non liquet*, haja vista que não cabe ao magistrado se eximir do dever de julgar em razão de lacuna ou obscuridade da lei, ou ainda da falta de previsão normativa.

Ademais, estabelece o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (Brasil, 1942).

O artigo 140, do Código de Processo Civil, prevê no mesmo sentido que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (Brasil, 2015).

Portanto, diante da assertiva de que no ordenamento jurídico existem lacunas legais, bem como a impossibilidade de o julgador poder se eximir de proferir decisão no caso concreto ante à lacuna ou obscuridade da lei, o próprio sistema legal brasileiro, por meio da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disponibiliza meios supletivos para a colmatação das eventuais lacunas e assim nortear a conduta do magistrado quando do julgamento em razão da aplicação e uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, nos termos do artigo 4º da LINDB (Brasil, 1942).

Vale destacar que, na concepção de Diniz (2009, p. 105), a integração de uma lacuna não se situa no plano legislativo nem tampouco é uma delegação legislativa ao juiz; ela não cria normas jurídicas gerais, mas individuais”.

Importante ressaltar ainda que não é possível juridicamente contrariar exigências constitucionais, tais como cláusulas pétreas e direitos fundamentais, como bem destaca Araújo (2018). Ademais, importante ainda preservar a observância do princípio da supremacia dos poderes, estabelecido no artigo 2º da Constituição Federal da República do Brasil de 1988 como medida de equilíbrio e harmonia entre os Poderes da União. (Brasil, 1988)

Vale destacar, nesse sentido, o ponto de vista de Sowell (2011), quando assevera que:

Certamente, as leis devem mudar na medida em que as condições na sociedade mudam. No entanto, existe uma diferença fundamental entre leis que mudam em função do eleitorado, o qual decide votar em representantes que promulgarão nova legislação que se tornará lei, não antes de ser anunciada previamente, e leis alteradas

individualmente por juízes que informam de imediato àqueles que se colocam diante deles no tribunal como sua nova interpretação sobre as leis será aplicada à vida deles.

Dessa maneira, considerando ainda a necessidade de preservação da segurança jurídica, é inconteste que deve haver extrema cautela por parte do julgador ou intérprete de modo que não seja ele levado por convicções pessoais ou mesmo políticas, na medida em que, sob o argumento da inexistência de prescrição normativa ou inércia do Parlamento na edição de normas aplicáveis ao caso concreto, venha o julgador a substituir a figura do legislador, causando, por conseguinte, séria afronta ao princípio da supremacia dos Poderes.

4. DA ATUAÇÃO HETERODOXA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATIVIDADE HERMENÊUTICA PURA OU CRIADORA DO DIREITO?

É perceptível que o país vem enfrentando um cenário de turbulências no âmbito sociopolítico que tem afetado as instituições públicas consideravelmente, bem como é notório que a sociedade tem passado por significativas transformações, implicando em novos comportamentos e obrigações, além da necessidade de uma atuação mais expressiva e célere por parte dos legisladores no sentido de editar novas normas para disciplinar as relações sociais de modo que venha a atender aos anseios sociais.

Em razão desse cenário contemporâneo brasileiro, verifica-se que o processo de evolução do pensamento da sociedade avança a passos desenfreados em comparação ao ritmo mais moroso da atividade legislativa, que não vem logrando êxito em acompanhar a celeridade das transformações comportamentais e surgimento de lides em razão de relações sociais conturbadas.

Dessa maneira, em razão dos princípios da inafastabilidade da atuação jurisdicional e da vedação ao “non liquet”, o Poder Judiciário enfrenta o sério dilema entre o dever de proferir decisões diante das lides a ele levadas e a falta de previsão normativa para determinados casos concretos.

Para Vargas (2015), verifica-se que, na prática, o Poder Legislativo brasileiro não tem exercido com eficácia sua função típica de legislar, tendo em vista que o Judiciário frequentemente se encontra diante de uma legislação omissa quando do julgamento de casos concretos sem a necessária previsão normativa a ser aplicada.

Na prática, nosso Poder Legislativo não vem exercendo com eficácia seu papel básico, qual seja, o de “legislar”. O tormento da questão evidencia-se no fato de o Judiciário constantemente se deparar com uma legislação omissa e retrógrada quando do

juízo dos casos concretos, ou mesmo com situações postas sem a necessária e adequada legislação. (Vargas, 2015, p.83)

Vargas (2015, p. 84) ressalta ainda que, na busca de atender aos anseios sociais em voga diante da inércia por parte do Legislativo e conseqüente ausência de previsão normativa para os conflitos e problemáticas sociais, “a Justiça vem exercendo atividade regulamentadora de forma ostensiva e, por diversas vezes, ultrapassa as fronteiras e limites do Judiciário para inovar em matéria legislativa”.

Fillipo (2015) tece críticas ao protagonismo do Poder Judiciário na implementação de valores por meio de suas deliberações na contemporaneidade, na medida em que destaca uma aparente contraposição aos ditames da lei na busca da efetividade das normas constitucionais, da tutela intransigente dos direitos fundamentais e da transformação social por meio do processo.

Busca-se a efetividade das normas constitucionais, a tutela intransigente dos direitos básicos do indivíduo e a transformação social pela via do processo, surgindo como consequência natural desse cenário o protagonismo do Judiciário na implementação de valores, ainda que suas decisões aparentemente se contraponham às leis. (Fillipo, 2015, p. 97)

Na concepção de Barroso (2022, p. 441), tal protagonismo por parte do Poder Judiciário advém da ocorrência do processo de judicialização da política, o que significa que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”, sendo, portanto, “uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instituições políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”.

Tal fenômeno apresenta como causas o reconhecimento do papel de um Judiciário forte e independente, de significativa importância para as democracias modernas; um determinado grau de desilusão com a política majoritária em razão da crise de representatividade e de funcionalidade do Parlamento; além da preferência por parte dos atores políticos que o Poder Judiciário seja a instância decisória para questões polêmicas, tais como uniões homoafetivas, interrupção da gestação ou demarcação de terras indígenas. (Barroso, 2022)

Para Fillipo (2015, p. 97), o cenário que traz as marcas do neoconstitucionalismo é, em princípio, benéfico, tendo em vista que se apresenta como fator indutor e concretizador da justiça por meio do processo, porém “acarreta inegável insegurança, na medida em que, ainda que todos os juízes estejam imbuídos do mesmo ideal, entendimentos mais díspares podem surgir acerca de temas idênticos”.

Da mesma maneira, na concepção de Sowell (2011), “intelectuais e juízes, tomados individualmente, podem vir a conceber inúmeras e distintas formas de interpretar a Constituição”, o que por si só tem o condão de oferecer graves riscos de afronta à segurança jurídica.

Passa-se então a enxergar-se uma linha bastante tênue no que concerne à efetiva prática de atividade hermenêutica com base em normas e princípios constitucionais vigentes e a eventual postura inovadora no campo normativo por parte do julgador, aqui em estudo a Suprema Corte Brasileira.

Sob o ponto de vista de Cappelletti (1999, p.21), o verdadeiro problema não se situa entre os conceitos e distinção da atividade interpretativa e da criação do direito por parte dos juízes, mas no que concerne ao “grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários”.

No mesmo sentido, Badr e Almeida (2018, p. 17) ressaltam que “a interpretação da norma constitucional deve ser guiada por parâmetros hermenêuticos bem estabelecidos, obedecendo ao *mesotes* aristotélico”, pois, caso contrário, corre sério risco de se perder, seja em razão da total incompatibilidade com a realidade fática, seja no campo dos abusos e excessos na atividade interpretativa.

Vale destacar que casos emblemáticos ocorridos no Brasil demonstram haver um certo ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, que, sob a alegação de falta de previsão normativa para proferir decisões em razão da inércia do Poder Legislativo, culminam na invasão de competências atribuídas pelo constituinte originário e, por conseguinte, oferecem grave risco de ofensa ao princípio da separação dos Poderes, estabelecido no artigo 2º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil vigente, considerado cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º, inciso III (Brasil, 1988).

Por conseguinte, o papel dos magistrados e tribunais passou a ser questionado pela sociedade em razão das mudanças causadas por suas deliberações e sentenças, pela forma de interpretação, haja vista que o modelo clássico do Poder Judiciário ostentava o papel de “boca da lei”, totalmente diferente do modelo contemporâneo em que o Judiciário tem postura mais ampla e ativa, sendo tal prática conhecida como ativismo judicial (Flórez, 2018).

Importante ressaltar que, não obstante o papel mais atuante do Judiciário conduzido por uma jurisprudência mais progressiva no que concerne aos direitos fundamentais, a priori como instrumentos concretizadores da justiça ante à inércia do Parlamento, a expressão ativismo judicial assumiu uma conotação negativa, depreciativa, uma vez que passou a ser equiparada ao exercício impróprio do poder judicial (Barroso, 2022).

Segundo Teixeira (2012, p. 48), a prática do ativismo judicial carrega consigo sentidos positivo e negativo, na medida em que “um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição”, na busca de uma postura concretizadora no que concerne a princípios constitucionais abstratos, tais como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, por exemplo.

No sentido negativo ou nocivo, por sua vez, Teixeira (2012, p. 50) destaca que o ativismo judicial consiste em uma patologia constitucional, pois, em vez de ser uma exceção à regra, “converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em ‘esfera pública’ de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano”. Além disso, o Judiciário vem a proferir decisões que se constituem em autênticas inovações normativas, atuando como legisladores, pois ultrapassam suas competências jurisdicionais, “costumam ser *extra petita*, geram instabilidade institucional e culminam na produção de insegurança jurídica”. (Teixeira, 2012, p. 47)

Sowell (2011) ressalta o sentido negativo e perigoso do ativismo judicial quando o conceitua como “um cheque em branco no qual se pode explorar, em qualquer direção, em qualquer questão, dependendo das predileções de cada juiz em particular”, pois gera instabilidade social e riscos à segurança jurídica.

Na concepção de Freire Júnior (2004, p.40), apesar de uma postura mais ativa por parte do Poder Judiciário vir a causar certo grau de tensão entre os Poderes instituídos, o que se defende não é a supremacia de quaisquer dos poderes, mas sim a supremacia da Constituição em si.

É certo que uma postura mais ativa do Judiciário implica em possíveis zonas de tensão com as demais funções do Poder, todavia não se defende uma supremacia de qualquer das funções, mas sim a supremacia da Constituição, que implica que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções.

Defende ainda Freire Júnior (2004, p.41) que a defesa da Constituição não é prerrogativa unicamente do Poder Legislativo, tendo em vista que “o legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição; o juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição”. Ademais, ressalta ainda que “é indispensável vislumbrar no princípio da separação de funções não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo, portanto, nesse novo momento o judiciário atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição.

Barroso (2022, p. 446) destaca também a conotação positiva concernente à prática do ativismo judicial, ressaltando que é uma atitude de escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, tendo em vista que, “normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Em posição divergente, Figueiredo e Gibran (2017, p. 114) entendem que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil dispõe sobre o princípio da Separação dos Poderes e estabelece expressamente que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Dessa maneira, o fato de o Poder Judiciário inovar normativamente implicaria em ofensa à expressa disposição constitucional.

Em contrapartida ao ativismo, o próprio artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe sobre o princípio da Separação dos Poderes, quando determina que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Assim, o fato de o Poder Judiciário legislar contraria expressamente o disposto na Constituição Federal, pois afasta a independência e a harmonia.

Por conseguinte, não pairam quaisquer dúvidas no que concerne à incumbência do Poder Legislativo na criação do direito positivo, no entanto é de fundamental importância a análise no que tange à essência das deliberações tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na atualidade, ainda que sob o argumento de efetivar políticas públicas e atuar como instrumento concretizador da justiça diante dos anseios da sociedade civil, se está, na verdade, inovando na seara do direito positivo, instalando insegurança jurídica, ofendendo ainda ao princípio da supremacia dos poderes, e, portanto, também violando a Constituição Federal de 1988.

Vale destacar que Barroso (2022, p. 145) esclarece que a interpretação constitucional é, na prática, levada a efeito pelos três Poderes do Estado. Entretanto, ressalta que há um traço distintivo no que se refere ao objeto de atuação de cada Poder, incumbindo ao Legislativo a criação do direito positivo, ao passo que ao Judiciário e ao Executivo compete a sua aplicação.

Embora já se reconheça que aplicar o Direito envolve sempre alguma dose de subjetividade e, em certos casos, de coparticipação do sujeito na criação da norma, convém ter em mente a diferença de grau existente entre as atividades de legislar originariamente e interpretar a partir de um texto existente.

Diniz (2009, p. 305) leciona que o magistrado não pode substituir a figura do legislador, na medida em que cria normas jurídicas individuais, que só produzem efeitos no

caso concreto, vindo a ascender ao patamar de normas jurídicas gerais somente após processo de recepção por uma lei.

O juiz cria normas jurídicas individuais que só valem para cada caso concreto, normas essas que só poderão ascender a normas jurídicas gerais somente após um posterior processo de recepção por uma lei. A instauração de um modelo jurídico geral é de competência do Poder Legislativo; só ele, em regra, poderá modificar as normas jurídicas, criando novas normas, aptas para atender e satisfazer as novas necessidades sociais. O juiz não pode substituir ao legislador.

Dessa maneira, não obstante haver argumentos contrapostos em ambas as direções no que diz respeito à legitimidade ou não por parte da Suprema Corte brasileira em inovar normativamente ante à inércia do Congresso Nacional, é consenso na doutrina que incumbe ao Poder Legislativo a criação do direito positivo, de inovação no ordenamento jurídico, elaborando normas jurídicas gerais, tendo em vista que “a lei é o ato tipicamente produzido pela função legislativa”. (Araújo; Nunes Júnior, 2001, p. 205)

5. DE CASOS EMBLEMÁTICOS NO BRASIL

Tendo em vista a problemática em análise sobre a legitimidade ou ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal em inovar normativamente, gerando impactos significativos no ordenamento jurídico à medida que cria direito positivo, serão destacados casos emblemáticos em que algumas decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira tem surtido efeitos gerais, em caráter *erga omnes*, e não somente aplicados nos casos concretos *inter partes*.

No dia 13 de junho de 2019, o Plenário da Suprema Corte brasileira entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional em razão de não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia e, por maioria, foi reconhecida a mora legislativa para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, decidindo também pelo enquadramento da homofobia como tipo penal definido pela Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo) até que o Parlamento venha a editar lei sobre a matéria.

Importante destacar que Martins (2022) teceu severas críticas no que tange à referida decisão, declarando que, ao aplicar a analogia criando novos tipos penais, quais sejam a homofobia e a transfobia, o Supremo Tribunal Federal violou o princípio da reserva legal em matéria penal.

A equiparação da união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva também faz parte do contexto analisado, tendo em vista que, em razão do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 com a Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental nº 132, a Suprema Corte conferiu interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, para firmar reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

A disposição do Código Civil que traz a expressão “união estável entre o homem e a mulher” não foi modificada textualmente, tendo sofrido interpretação pela Corte, sob o argumento de afastar uma vedação discriminatória que poderia ser extraída do dispositivo, surtindo efeitos *erga omnes* no ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange à temática da descriminalização do porte de drogas, no dia 26 de junho de 2024, o STF procedeu ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, com repercussão geral (Tema 506), decidindo por maioria que “o porte de maconha para consumo pessoal não é crime e deve ser considerado uma infração administrativa, sem consequências penais, como registro na ficha criminal, por exemplo. As sanções, nesse caso, seriam advertência sobre os efeitos das drogas e comparecimento a programa ou curso educativo” (STF, 2024, p. 2).

Vale destacar que o entendimento a ser firmado pela Suprema Corte brasileira surte, portanto, efeitos no ordenamento jurídico e na sociedade civil diante da falta de previsão normativa pelo legislador, com eventual ofensa ao princípio da legalidade e ao da supremacia dos Poderes.

Ademais, outro caso que acarreta mudança significativa no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu quando da alteração de entendimento no que concerne à execução provisória da sentença penal, na medida em que, ao julgar as ADCs nº 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que o cumprimento da pena somente pode ter início após o esgotamento de todos os recursos.

Na concepção de Badr e Mota (2022), a referida alteração de entendimento pode ter sido influenciada por questões de ordem política:

A alteração de entendimento, mesmo sem qualquer modificação na redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, que já estava em vigor quando o STF considerava válida constitucionalmente a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância e sem alteração significativa da composição da Corte Excelsa, pode indicar que a decisão foi contaminada por questões de ordem política.

Resta, portanto, notória a necessidade de se voltar a atenção à discussão das referidas temáticas, na medida em que decisões proferidas pelo Poder Judiciário, aqui em destaque o Supremo Tribunal Federal, podem acarretar impactos significativos no ordenamento jurídico brasileiro e na sociedade, com o condão de inovar normativamente ante à inércia do Poder

Legislativo, a quem incumbe o poder de legislar atribuído constitucionalmente pelo legislador originário.

Para Sowell (2011), “não pode haver qualquer estrutura judiciária confiável toda vez que juízes forem livres o suficiente para impor, como lei, suas próprias noções individuais sobre o que é justo, caridoso ou está mais de acordo com a justiça social”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal figura como órgão da cúpula do Poder Judiciário e tem como função típica apreciar os litígios a ele levados e proferir decisões que, a priori, vinculam somente as partes litigantes, podendo modular os efeitos de suas decisões para conferir-lhes *efeitos erga omnes*.

Em razão de seu dever de observar a supremacia da Constituição, assim como dos demais Poderes do Estado, deve atentar também à observância da segurança jurídica e aos princípios constitucionalmente assegurados, objetivando ainda promover a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Importante destacar que, embora o Poder Legislativo não venha acompanhado a contento o ritmo dos anseios, necessidades e clamores sociais no que tange ao exercício de seus direitos fundamentais, tem sido notório um certo protagonismo por parte do Judiciário em conferir novos direitos e obrigações sem a observância do devido processo legislativo, sob o risco de ofensa ao princípio da supremacia dos Poderes e ainda trazendo consigo insegurança jurídica às relações sociais, fato que instigou a presente pesquisa.

Verificou-se, pela análise de alguns casos emblemáticos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que há uma linha bastante tênue no que concerne ao limite da atuação do Poder Judiciário, em estudo a Suprema Corte brasileira, na medida em que, sob argumento de obediência aos princípios da vedação ao *non liquet* e da inafastabilidade da atuação jurisdicional, suas decisões têm criado direito positivo, inovando no ordenamento jurídico, a despeito de não ser essa sua função constitucional, mas sim função típica do Poder Legislativo, implicando em sério risco de violação ao princípio da supremacia dos Poderes.

Dessa maneira, considerando ainda a necessidade de preservação da segurança jurídica, é inconteste que deve haver extrema cautela por parte do julgador ou intérprete de modo que não seja ele levado por convicções pessoais ou mesmo políticas, na medida em que, sob o argumento da inexistência de prescrição normativa ou inércia do Parlamento na edição

de normas aplicáveis ao caso concreto, venha o julgador a substituir a figura do legislador, causando, por conseguinte, séria afronta ao princípio da supremacia dos Poderes.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil [recurso eletrônico]: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013

ARAÚJO, Camila Jatahy. Mutação constitucional. In: BADR, Eid. (Org.). **Hermenêutica Constitucional: Temas Atuais**. Manaus: Editora Valer, 2018

ARAÚJO, L.A.D; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A ideia de separa o de Poderes, a cláusula p treia e as mudanças constitucionais a partir de 1988**. In: Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, n  40, p. 59-66, abril-junho/2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101621>. Acesso em: 02 fev, 2024

ARISTÓTELES. **Política**. Tradu o Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010

BADR, Eid e ALMEIDA, Timóteo  gabo Pacheco de. Aspectos introdutórios sobre o adequado enfrentamento de Temas hermenêuticos complexos. In: BADR, Eid. (Org.). **Hermenêutica Constitucional: Temas Atuais**. Manaus: Editora Valer, 2018

BADR, Eid e MOTA, Kleilson Frota Sales (2022). **Execu o provisória da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdi o: conflito entre garantias constitucionais processuais individuais e a prote o do patrim nio público**. Disponível em: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/2045>. Acesso em 10 jul, 2024

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contempor neo: os conceitos fundamentais e a constru o do novo modelo**. 10. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022

BRASIL. Constitui o (1988). **Constitui o da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2024

BRASIL. **Lei n  10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jul. 2024

BRASIL. **Lei n  13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 jul. 2024

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942** (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 17 jul. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional e outros. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>. Acesso em: 28 jun. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 28 jun. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Reclamante: Defensoria Pública-Geral do Estado de São Paulo. Reclamado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: https://noticias-stf-wp-prd.s3.sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/wpallimport/uploads/2024/06/27103347/RE-635659-Tema-506-informacao-sociedade-rev.-LC-FSP-v2_27-6-24_10h11.pdf. Acesso em: 11 ago, 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

FILLIPO, Thiago Baldani Gomes de. **Precedentes judiciais e separação de poderes**. In: Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 97-114, abril-junho/2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101621>. Acesso em: 02 ago, 2024

FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. **O Ativismo Judicial, o princípio da Separação dos Poderes e a ideia de Democracia**. *Percurso*, [S.l.], v. 1, n. 18, p. 104-124, fev. 2017. ISSN 2316-7521. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728>. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/RevPercurso.2316-7521.v1i18.1728>. Acesso em: 15 jul. 2024.

FLÓREZ, Deicy Yurley Parra. **Ativismo Judicial: Qual o limite para a Atuação do Poder Judiciário?**. In: BADR, Eid. (Org.). **Hermenêutica Constitucional: Temas Atuais**. Manaus: Editora Valer, 2018

FREIRE JÚNIOR, A. B. **A separação dos poderes (funções) nos dias atuais**. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 238, p. 37-42, 2004. DOI: 10.12660/rda.v238.2004.44054. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/44054>. Acesso em: 11 jul. 2024.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **As Lacunas Jurídicas e o Mito da Completude do ordenamento jurídico**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/Em55C5rpRm29m1v6.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022

MOISES, C.R.P. A **“separação dos poderes” como garantia fundamental**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de Rio Grande do Sul, v.34, n.72, p. 107-131, 2013. Disponível em:<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2013;1001043351>. Acesso em 25 fev, 2024

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins. Fontes, 2000

NERY JÚNIOR, C. J. B. **Breve história do princípio da separação dos poderes nos paradigmas do Estado de direito**. Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 1–23, 2020. DOI: 10.35699/2525-8036.2020.14786. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e14786>. Acesso em: 28 ago. 2024.

PEIXINHO, M. M. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], n. 4, p. 13–44, 2008. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/3>. Acesso em: 12 ago. 2024.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989

SOUZA, W. A. de. **O princípio da separação de Poderes, limites ao poder do Estado e democracia**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, [S. l.], v. 31, n. 2, p. 42–56, 2019. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/107>. Acesso em: 1 ago. 2024.

SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. São Paulo: É Realizações Editora, Livraria e Distribuidora Ltda., 2011. E-book.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, v. 8, n. 1, p. 37-57, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 ago, 2024

VARGAS, Marco Antonio Martin. **A Judicialização da Política: o Judiciário exerce poder sobre o processo político?** In: Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 83-96, abril-junho/2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101621>. Acesso em: 02 ago, 2024