

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ISABELA LEMOS BUDIB

**O ATIVISMO JUDICIAL PRINCIPALISTA À LUZ DO GARANTISMO: UMA
ANÁLISE DO MANDADO DE INJUNÇÃO SOB AS CORRENTES CONCRETISTAS**

FLORIANÓPOLIS

2022

ISABELA LEMOS BUDIB

**O ATIVISMO JUDICIAL PRINCIPALISTA À LUZ DO GARANTISMO: UMA
ANÁLISE DO MANDADO DE INJUNÇÃO SOB A CORRENTE CONCRETISTA**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori.

FLORIANÓPOLIS

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Budib, Isabela Lemos

O Ativismo Judicial Principialista à luz do garantismo :
uma análise do Mandado de Injunção sob as Correntes
Concretistas / Isabela Lemos Budib ; orientador, Luiz
Henrique Urquhart Cademartori, 2022.
102 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Mandado de Injunção. 3.
Constitucionalismo Garantista. 4. Constitucionalismo
Principialista. 5. Ativismo Judicial. I. Cademartori, Luiz
Henrique Urquhart. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O Ativismo Judicial Principialista à Luz do Garantismo: Uma Análise do Mandado de Injunção sob as Correntes Concretistas”, elaborado pela acadêmica Isabela Lemos Budib, defendido em 14/03/2022 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 14 de março de 2022.



Documento assinado digitalmente
Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Data: 17/03/2022 20:45:55-0300
CPF: 662.955.300-44
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor Orientador

Sérgio Urquhart Cademartori
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
Alexandre Morais da Rosa
Data: 24/03/2022 13:17:17-0300
CPF: 757.184.059-72
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Alexandre Morais da Rosa
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
Daniel Rocha Chaves
Data: 18/03/2022 19:52:34-0300
CPF: 023.297.883-20
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Daniel Rocha Chaves
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Isabela Lemos Budib.

RG: 1593557-4.

CPF: 049.642.781-40.

Matrícula: 18104578.

Título do TCC: O Ativismo Judicial Principialista à Luz do Garantismo: Uma Análise do Mandado de Injunção sob as Correntes Concretistas.

Orientador(a): Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori.

Eu, Isabela Lemos Budib, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 14 de março de 2022.



Documento assinado digitalmente
Isabela Lemos Budib
Data: 13/03/2022 15:01:43-0300
CPF: 049.642.781-40
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

ISABELA LEMOS BUDIB

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus pelo dom da vida e por propiciar a realização de todos os meus propósitos acadêmicos.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, por generosamente alimentar em mim o interesse pela hermenêutica jurídica; por me proporcionar enriquecedores e inspiradores debates; por compartilhar comigo seus excepcionais conhecimentos e por direcionar, com excelência, esta pesquisa.

Agradeço aos membros da banca, Profs. Drs. Sérgio Urquhart Cademartori, Alexandre Morais da Rosa e Me. Daniel Rocha Chaves por gentilmente terem aceitado o convite de avaliação da minha monografia e pelas considerações que, indubitavelmente, engrandecerão este trabalho.

Agradeço ainda ao Mestrando José Nilton de Menezes Marinho Filho por, atenciosamente, ter se disponibilizado a participar da apresentação deste trabalho, com o fito de realizar sugestões, que, com certeza, lhe trarão melhorias.

Agradeço ao meu avô, Juarez Jorge Budib, por ter me ensinado o valor do estudo, da honestidade, da perseverança e da humildade; por ter acreditado e investido tanto em mim; e por não ter jamais medido esforços para realizar os meus sonhos. O destino foi inexorável, mas o amor sempre subjugará as barreiras de sua partida.

Agradeço à minha avó, Suely Dióz Lemos, por ter vivenciado, ao meu lado, toda a árdua jornada da graduação, sendo sempre a palavra que me encoraja, o colo que me acalenta e a felicidade que me contamina.

Agradeço ao meu pai, Mário Márcio Salomão Budib, pelos investimentos e pela confiança na minha capacidade e à minha mãe, Maria Cristina Dióz Lemos Budib, por nutrir em mim o amor pelos estudos; por ser a luz que me guia e a amabilidade que faz a vida valer a pena.

Agradeço à minha irmã, Camyla Lemos Budib, por me fornecer primordiais conselhos acadêmicos; por ser meu ponto de paz e meu exemplo de dedicação e de benevolência.

Agradeço aos demais familiares e a todos os amigos que sempre me incentivaram e vibraram por minhas conquistas.

Agradeço, por fim, em nome de todos os meus mestres, à esplêndida Universidade Federal de Santa Catarina por ser a moradia de tantos sonhos, inspirações e aprendizados.

“Ocorre que, em suma, a tutela dos direitos por parte dos juízes [...] na medida em que não tenham sobre os ombros uma legislação suficientemente precisa e unívoca, contradiz no melhor dos casos a sua sujeição à lei [...], e se revela no pior dos casos de todo impossível. Sobre este aspecto a crise hodierna da lei, que é crise, por um lado, da razão jurídica e, por outra visão, do Parlamento e da política, se reflete sobre a seara judicial, minando-lhe a legitimidade na mesma medida em que parece acrescer-lhe, precariamente, o poder discricionário e a centralização.”

(FERRAJOLI, 2002a, p. 736).

RESUMO

A presente monografia possui como temática central a relação entre o ativismo judicial, vigente nas correntes concretistas de efeitos do mandado de injunção e os constitucionalismos garantista, de Luigi Ferrajoli e principialista, de Robert Alexy. Nesse sentido, a problemática exsurge sob a forma do seguinte questionamento: "os julgamentos concretistas do Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de injunção, são, em relação ao ativismo judicial, incitados pelo principialismo, ao passo que, sem corresponder à falha teórica garantista, desrespeitam a teoria ferrajoliana?". Posto isso, o objetivo geral consiste em demonstrar que a atuação do Judiciário como legislador positivo é estimulada pelo tripé principialista da integração entre o direito e a moral, dos sopesamentos judiciais e da configuração da maior parte das normas como princípios, que são efetivados em variados graus. Mais do que isso, o trabalho visa a comprovar que as posições concretistas, ao violarem os princípios da separação dos poderes, da legalidade e da segurança jurídica afrontam a teoria de Ferrajoli. Contudo, demonstra-se que esse desrespeito não exprime incongruência garantista, dado que a concretização do Estado Democrático de Direito não requer práticas ativistas. Já, como objetivos específicos, estão o exame das principais teses alexyanas e ferrajolianas; a classificação, dentre as correntes concretistas, dos principais mandados de injunção julgados pela Suprema Corte; a indicação das particularidades precípuas do ativismo judicial no Brasil; a verificação da relevância da adoção da posição não concretista diante dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e a averiguação da inconstitucionalidade dos arts. 8º e 9º, da Lei 13.300/2016. Para tanto, foi empregada a metodologia dedutiva, partindo-se da revisão bibliográfica geral do garantismo e do principialismo para a análise específica do ativismo judicial presente nos mandados de injunção que adotam as correntes concretistas. Com isso, constatou-se que a solução do entrave demanda tanto a eliminação das teorias equivocadamente recepcionadas no Brasil, em especial do principialismo, quanto a derrogação de parte da Lei do Mandado de Injunção ou a declaração de sua inconstitucionalidade parcial.

Palavras-Chave: Constitucionalismo Garantista; Constitucionalismo Principialista; Mandado de Injunção; Ativismo Judicial; Correntes Concretistas.

ABSTRACT

This term paper has as its central subject the relationship between judicial activism, current in the concrete movements of effects of the Brazilian writ of injunction, and the Guarantee-based (Garantist) constitutionalism by Luigi Ferrajoli and Principle-based (Principlist) constitutionalism by Robert Alexy. In this regard, the problem arises in the form of the following question: "Do the concrete judgments of the Federal Supreme Court, in terms of Brazilian writ of injunction, disrespect the Ferrajolian theory when, in relation to judicial activism, they are incited by principlism, while, without corresponding to the theoretical guaranteeist flaw?" Having established that, the general purpose of this work is to demonstrate that the actions of the Judicial System, as a positive legislator, is stimulated by the principlist tripod of the integration between law and morality, judicial balances and the configuration of most norms as principles, which are carried out to varying degrees. More than that, the work aims to prove that the concrete positions, by violating the principles of separation of powers and of the legality and legal certainty, confront Ferrajoli's theory. However, it is demonstrated that this disrespect does not express garantist inconsistency, given that the implementation of the Democratic Rule of Law does not require activist practices. Concerning the specific objectives, there are the examination of the main Alexy and Ferrajoli theses; the classification, among the concrete movements, of the main Brazilian writ of injunctions judged by the Supreme Court; the indication of the main particularities of judicial activism in Brazil; the verification of the relevance of adopting the non-concrete position in view of the effects of the direct action of unconstitutionality by omission; and the investigation of the unconstitutionality of the articles 8 and 9 of Law 13.300/2016. For this purpose, the deductive methodology was used, starting from the general bibliographic review of garantism and principlism for the specific analysis of the judicial activism existing in the Brazilian writ of injunctions that follow the concrete movements. As a result, it was found that the solution of the obstacle requires both, the elimination of theories mistakenly welcomed in Brazil, especially the principlism, as the derogation of part of the Brazilian Writ of Injunction Law or the declaration of its partial unconstitutionality.

Keywords: Garantist Constitutionalism; Principlist Constitutionalism; Writ of Injunction; Judicial Activism; Concrete Movements.

RIASSUNTO

La presente tesi possiede come tema centrale il rapporto tra l'attivismo giudiziario vigente nelle correnti concretiste degli effetti del decreto ingiuntivo brasiliano e i costituzionalismi garantista, di Luigi Ferraioli e principialista, di Robert Alexy. In questo senso la problematica emerge sotto la forma del questionamento: "i processi concretiste del Supremo Tribunal Federal, nell'ambito del decreto ingiuntivo brasiliano, sono, in rapporto all'attivismo giudiziario, incitati dal principialismo, mentre, senza corrispondere alla scarsità teorica garantista, non rispettano la teoria ferrajoliana?". Detto questo, l'obiettivo generale consiste nel dimostrare che l'attuazione del Giudiziario come legislatore positivo è incoraggiata dalla teoria principialista dell'integrazione tra il diritto e la morale, dai bilanciamenti giudiziari e dalla configurazione della gran parte delle norme come principi che sono resi efficaci in diversi gradi. Oltre a questo, la tesi obietta la comprovazione del fatto che le posizioni concretiste, nel violare i principi della divisione dei poteri, della legalità e della sicurezza giuridica affrontano la teoria di Ferrajoli. Altresì, si dimostra che questa violazione non manifesta un'incongruenza garantista, posto che la concretizzazione dello Stato Democratico di Diritto non richiede pratiche attiviste. In seguito, come obiettivi specifici, sono l'esame delle principali tesi alexyane e ferraioliane; la classifica, tra le correnti concretiste, dei principali decreti ingiuntivi brasiliani giudicati dalla Suprema Corte; l'indicazione delle particolarità precipue dell'attivismo giudiziario nel Brasile; la verifica dell'importanza dell'adozione della posizione non concretista dinanzi gli effetti dell'azione diretta dell'incostituzionalità per omissione; e la verifica dell'incostituzionalità degli articoli 8° e 9°, della Legge 13.300/2016. Pertanto, è stata impiegata la metodologia deduttiva, avendo inizio con la revisione bibliografica generale del garantismo e del principialismo per l'analisi specifica dell'attivismo giudiziario presente nei decreti ingiuntivi brasiliani che fanno uso delle correnti concretiste. Da ciò si deduce che la soluzione dell'ostacolo richiede tanto l'eliminazione delle teorie erroneamente ricevute in Brasile, in specie quella del principialismo, quanto la deroga di una parte della Legge del Decreto Ingiuntivo Brasiliano o della dichiarazione della sua incostituzionalità parziale.

Parole-chiavi: Costituzionalismo Garantista; Costituzionalismo Principialista, Decreto Ingiuntivo Brasiliano; Attivismo Giudiziario; Correnti Concretiste.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI/ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AP	Ação Popular
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTN	Código Tributário Nacional
HC	Habeas Corpus
HD	Habeas Data
LGBTQIA+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Queer, Intersexo, Assexuais e Outros
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
LMI	Lei do Mandado de Injunção
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
PL	Projeto de Lei
QO	Questão de Ordem
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O CONSTITUCIONALISMO	15
2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO	15
2.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO CONFORME AS TESES GARANTISTAS E PRINCIPALISTAS.....	18
2.3. O ATIVISMO JUDICIAL SOB OS CONSTITUCIONALISMOS GARANTISTA E PRINCIPALISTA.....	26
3 O MANDADO DE INJUNÇÃO	37
3.1 ORIGEM, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	37
3.2. OS JULGADOS DO STF À LUZ DAS CORRENTES CONCRETISTAS.....	40
3.3. A INCOMPATIBILIDADE DAS CORRENTES CONCRETISTAS COM A TEORIA GARANTISTA.....	52
4. O ATIVISMO JUDICIAL	62
4.1. O ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA	62
4.2. A CORRENTE NÃO CONCRETISTA ANTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	70
4.3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.300/16.....	75
5 CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS	84
APÊNDICE A - Tabela 1 – Mandados de Injunção Catalogados Conforme a Corrente Não Concretista.....	94
APÊNDICE B – Tabela 2 – Mandados de Injunção Catalogados Conforme a Corrente Concretista Individual	96
APÊNDICE C – Tabela 3 – Mandados de Injunção Catalogados Conforme a Corrente Concretista Intermediária	98
APÊNDICE D – Tabela 4 – Mandados de Injunção Catalogados Conforme a Corrente Concretista Geral.....	101

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versa sobre o ativismo judicial presente nas correntes concretistas do mandado de injunção, de forma a relacioná-lo com as teorias garantista, de Luigi Ferrajoli e principialista, de Robert Alexy.

A temática abordada é de suma relevância, uma vez que o próprio conceito de mandado de injunção encontra-se atrelado à garantia do exercício de direitos, de liberdades e de prerrogativas constitucionais. A isso se soma o fato de que o ativismo judicial viola princípios-base do Estado Democrático de Direito, a citar o da separação dos poderes, da legalidade e da segurança jurídica. Por fim, no que tange ao garantismo e ao neoconstitucionalismo principialista¹, sequer são necessárias maiores digressões ante a inequívoca magnitude dessas teorias para a compreensão do direito.

Ademais, trata-se de assunto de grande pertinência na contemporaneidade, haja vista que o ativismo judicial vem se afluando, especialmente a partir da segunda metade do século XX, com o constitucionalismo contemporâneo. Mais do que isso, o mandado de injunção, criado pela Constituição de 1988, só restou regulamentado no ano de 2016, pela Lei 13.300, de modo que as averiguações e as críticas, especialmente acerca de seus efeitos, ainda são necessárias. Por derradeiro, considerando que os constitucionalismos garantista e principialista são muito difundidos, estudados e aplicados no atual século, faz-se salutar realizar as análises das decisões do STF com base neles.

Diante da usual mudança de entendimento da Suprema Corte no que tange aos efeitos do MI, a doutrina e a jurisprudência nacionais desenvolveram a seguinte classificação relativa às posições adotadas ao longo dos anos: a) não concretista, quando há mera comunicação da omissão ao poder, à autoridade ou ao órgão responsável por saná-la; b) concretista individual, quando há elaboração de norma com efeito *inter partes*; c) concretista intermediária, quando há comunicação da mora, com a fixação de prazo para supri-la, o qual, vencido, enseja a outorga da liberdade, da prerrogativa ou do direito pleiteados à parte impetrante; e d) concretista geral, quando há a elaboração de norma com efeito *erga omnes*.²

Isso posto, elaborou-se a seguinte problemática: “as decisões, em sede de mandado de injunção, do Supremo Tribunal Federal, realizadas com base nas correntes concretistas são

¹Evidencia-se que o emprego do termo “neoconstitucionalismo” para se referir ao constitucionalismo principialista foi elaborado pela Escola de Gênova, sendo rejeitado por muitos dos teóricos inclusos nesse rótulo (MARTINS, 2017).

²Adverte-se que as correntes concretistas abordadas neste trabalho não se confundem com o método concretista de Friedrich Müller.

viabilizadas pela teoria principialista, de Alexy, ao mesmo tempo que, sem constituir falha do sistema garantista, violam a teoria ferrajoliana, no que tange ao ativismo judicial?”.

Nesse sentido, o objetivo geral é justamente demonstrar que o principialismo, ao defender a primordialidade dos princípios, a integração entre o direito e a moral e as ponderações realizadas pelos próprios julgadores, propicia a atuação judicial proativa e expansiva. Para além disso, pretende-se comprovar que a criação normativa pelo Judiciário proposta pelas correntes concretistas do mandado de injunção constitui afronte às teses garantistas das lacunas estruturais só poderem ser sanadas pelo Poder Legislativo e da essencialidade da redução máxima dos espaços de poder do julgador. Por último, visa-se a explicar que essa violação ao garantismo não constitui prova de que seja falacioso; pelo contrário, corrobora a indispensabilidade de sua adoção, em nome do Estado Constitucional de Direito.

Como objetivos específicos, tem-se: a) a realização de revisão bibliográfica acerca do sustentado pelo garantismo e pelo principialismo; b) o levantamento de dados relativos às formas de julgamento dos mandados de injunção pelo STF, antes e depois da Lei 13.300/16; c) a análise do ativismo judicial à brasileira e dos obstáculos à sua superação; d) a averiguação dos efeitos do mandado de injunção ante a existência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e) a verificação da inconstitucionalidade dos arts. 8º e 9º, da LMI; e f) a proposição de alteração legislativa na LMI ou a declaração de sua inconstitucionalidade parcial, de modo a limitar a atuação criativa do Poder Judiciário.

Portanto, o método de abordagem a ser utilizado é o dedutivo, uma vez que se parte dos argumentos gerais das teorias garantista e principialista para os específicos, relativos ao ativismo judicial das posições concretistas do mandado de injunção, estabelecendo-se relação lógica entre as proposições, a fim de se chegar a conclusões verídicas. Já, quanto aos procedimentos e técnicas empregados, realizar-se-á pesquisa descritiva e explicativa, com análises bibliográfica, jurisprudencial, hermenêutica e de dados.

Para tanto, dividiu-se este trabalho em três capítulos, com três subcapítulos cada.

O primeiro deles, intitulado “O Constitucionalismo”, promoverá, inicialmente, a descrição dos conceitos de “constitucionalismo”, bem como de sua evolução histórica. Em seguida, tratar-se-á do Estado Constitucional de Direito sob o garantismo e o principialismo, compilando-se os principais aspectos de cada um deles. Por último, será analisado o ativismo judicial, averiguando-se a sua relação com as supramencionadas teorias.

Já no segundo capítulo, denominado “O Mandado de Injunção”, far-se-á, em primeiro lugar, a exposição da origem, do conceito e das características do instituto. Em um segundo momento, serão examinados os julgados do STF em sede dos MIs no que tange ao ativismo judicial, por meio da catalogação dentre as correntes concretistas. Por fim, averiguar-se-ão as divergências do atual modo de decisão dos mandados de injunção em relação ao garantismo, com a consequente explanação de inexistência de falhas atreladas a isso nesta teoria.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, cujo título é “O Ativismo Judicial” iniciará com a apuração das especificidades da prática voluntarista judicial no Brasil, com o fito de determinar as barreiras a serem transpostas. Posteriormente, comparar-se-ão a posição não concretista do mandado de injunção e os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade, objetivando-se investigar a possível prescindibilidade do remédio constitucional. Por fim, apreciar-se-á a Lei 13.300/2016, no que concerne, especialmente, aos artigos 8º e 9º referentes aos modos de julgamento dos MIs, a fim de se analisar suas inconstitucionalidades.

2 O CONSTITUCIONALISMO

2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Ao fenômeno da existência de uma lei maior em todo Estado dá-se o nome de constitucionalismo em sentido amplo (NOVELINO, 2021), o qual se fundamenta, evidentemente, em um conceito frugal de constituição, bastando a presença expressa ou tácita de regras, de princípios, de tradições, de dogmas ou ainda de costumes que regulassem a vida dos cidadãos e legitimasse o poder estatal (BULOS, 2014). Sendo assim, o desenvolvimento do constitucionalismo ocorre conforme os avanços das magnas cartas (NOVELINO, 2021).

Nesse contexto, a primeira fase evolutiva, conhecida como “constitucionalismo primitivo”, de 30.000 a.C. até 3.000 a.C., tratava-se das constituições consuetudinárias, com considerável influência religiosa, a exemplo do Estado hebreu. Em seguida, tem-se o constitucionalismo antigo, de 3.000 a.C. até o século V, o qual, embora, não possuísse constituições escritas, já apresentava a limitação do poder, além da supremacia do Parlamento, com destaque aos Estados romano e grego. Adiante, o constitucionalismo medieval, vigente entre os séculos V e XV, foi marcado por documentos - em especial, ingleses - contra os abusos de poder, como a Magna Carta, de 1215; o *Petition of Right*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1689. Após, entre os séculos XV e XVIII, vigorou o constitucionalismo moderno, em que as constituições se tornaram escritas, com a proteção reforçada dos direitos e das garantias fundamentais (BULOS, 2014).

Todavia, Marcelo Novelino (2021) abarca todos os constitucionalismos tratados acima dentro do constitucionalismo antigo, corrente entre a Antiguidade e o século XVIII, de modo a compreender o Estado hebreu - tido como primeiro a experimentar o constitucionalismo -, o grego, o romano e o inglês. Já entre o final do século XVIII - marcado pelas revoluções liberais - e a 2ª Guerra Mundial, teria vigorado o constitucionalismo moderno, cuja primeira fase se refere às constituições liberais, ou seja, às experiências estadunidense e francesa.

Esse período corresponde ao Estado de Direito ou Estado Liberal - na Inglaterra, *Rule of Law*; na Alemanha, *Rechtsstaat* e na França, *État Légal* - cujas principais características são: o abstencionismo estatal; a limitação legal do soberano; o destaque ao princípio da legalidade, com o positivismo jurídico; e a consagração, nos textos constitucionais, dos direitos fundamentais correspondentes aos de primeira geração ou dimensão, isto é, direitos ligados à liberdade: direitos civis - de proteção ao arbítrio estatal, a exemplo dos direitos à

vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade formais - e direitos políticos - de participação dos indivíduos na política, a exemplo do direito de votar e de ser votado (NOVELINO, 2021).

Já a segunda fase, diante da acentuação das desigualdades sociais nos idos finais da 1ª Grande Guerra, associa-se ao surgimento das constituições sociais, a exemplo da mexicana (1917) e da alemã (1919), conhecida como “Constituição de Weimar”. Com isso, inaugurou-se o Estado Social, caracterizado pelo intervencionismo estatal e pela implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, quais sejam: direitos ligados ao valor da igualdade material, a exemplo dos direitos sociais, econômicos e culturais (NOVELINO, 2021).

Em seguida, tem-se o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo³, o qual, embora apresente divergências quanto ao seu início - Bulos (2014) entende que se originou a partir do século XVIII e Novelino (2021), a partir da segunda metade da década de 1940 - é tido como vigente nos dias de hoje.

Nesse período, a validade das normas passou a depender não apenas da sua forma de produção, como também de seu conteúdo em sintonia com os preceitos constitucionais, superando-se o paradigma da legalidade do Estado de Direito (MARTINS NETO; THOMASELLI, 2013). Inaugura-se, portanto, o Estado Constitucional de Direito, também denominado: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional Democrático - na França, *État du Droit* e na Alemanha, *Verfassungsstaat* -, marcado pela afirmação dos direitos fundamentais de terceira dimensão, atrelados ao valor da fraternidade e da solidariedade, a exemplo dos direitos dos idosos e das crianças (NOVELINO, 2021).

Ressalta-se que esse constitucionalismo corresponde a uma amálgama das experiências estadunidense e francesa. Diante das graves violações de direitos humanos vivenciadas durante a 2ª Guerra e o holocausto alemão, mudanças foram travadas, a citar: a concretização da força normativa das constituições europeias - influência da estadunidense que já possuía esse valor desde a sua criação; enquanto as latino-americanas foram desenvolvê-lo, em geral, após as ditaduras militares - e a rematerialização dos textos constitucionais - influência da prolixidade francesa. Assim, as constituições passaram a não se restringir apenas aos princípios gerais, de forma a protegerem os direitos de maneira ampla, reconhecendo, inclusive, o princípio da dignidade humana como basilar (NOVELINO, 2021).

Em síntese, tem-se que o desenvolvimento do constitucionalismo consistiu na crescente ampliação do âmbito público dos direitos, o que se deu através de grandes

³ Os diferentes significados do termo “neoconstitucionalismo” serão averiguados no subcapítulo 2.2, mas adianta-se que essa concepção não corresponde à adotada neste trabalho.

revoluções e de quebras de paradigmas, tratando-se não de um processo teórico, mas sim político e social (FERRAJOLI, 2002b).

Posto isso, tem-se que Luigi Ferrajoli (2015) desenvolveu três modelos teórico-jurídicos, que refletem as evoluções históricas do constitucionalismo. São eles: o jurisprudencial, o legislativo e o constitucional. O primeiro se refere à forma com que o direito se portava até o início das codificações. Nesse período, em que não se existia uma fonte específica de produção legislativa, a norma de reconhecimento correspondia à justiça, à moral e à racionalidade, de maneira que a classificação hermenêutica da época equivale ao jusnaturalismo.

Já o paradigma legislativo, também denominado de paleo-juspositivista se relaciona ao estabelecimento do monopólio do Estado na produção normativa, de forma a ser a norma de reconhecimento o próprio princípio da legalidade. Logo, diferentemente do sistema anterior caracterizado, na teoria kelseniana, como “nomostático”, este é tido como “nomodinâmico”: as normas pertencem ao ordenamento jurídico em virtude da sua forma de produção. Com isso, a filosofia do direito que reflete o período é o juspositivismo (FERRAJOLI, 2015).

Por último, está o modelo constitucional ou neojuspositivista, no qual a vigência e a existência das normas mantiveram-se dependentes da forma de produção. Contudo, a validade normativa passou a demandar um conteúdo em consonância com a constituição, ou seja, surge uma nova norma de reconhecimento: o princípio da legalidade substancial. Em suma, tem-se a comunhão das dimensões nomodinâmica e nomostática, constituindo o jusconstitucionalismo (FERRAJOLI, 2015).

Nesse contexto, o autor salienta a relação entre a democracia e os juspositivismos. O primeiro dos positivismos, relativo ao Estado Legislativo de Direito, ao estabelecer uma forma específica de produção de normas como requisito de validade, permitiu a democratização dos modos de elaboração normativa, equivalendo à “positivação do ‘ser’ legal do direito”. Já o outro, atrelado ao Estado Constitucional de Direito, ao determinar como condição de validade das normas a coerência com o conteúdo constitucional, permitiu a democratização dos conteúdos, equivalendo à “positivação do ‘dever ser’ constitucional do próprio direito”. Logo, o primeiro estabeleceu o “quem” e o “como” e o segundo, o “o quê” das normas (FERRAJOLI, 2012a, p. 259).

No tocante ao “o quê” dos direitos fundamentais, Ferrajoli promoveu a divisão em direitos de liberdade e sociais, sendo os primeiros negativos, em razão de exigirem uma postura estatal mínima, e os segundos positivos, por demandarem um intervencionismo

estatal. Apesar dessa classificação, o jurista destaca que ambos se assemelham por tratarem de garantias ativas de deveres e de obrigações que são impostas ao Estado por facetas negativas ou positivas. Sendo assim, integram a denominada “esfera do não decidível”, dado que não se pode decidir interferir nos direitos de liberdade, nem se decidir não proteger os direitos sociais. Assim, em meio a esta correlação ambivalente que se encontra o modelo garantista de constitucionalismo (FERRAJOLI, 2013).

2.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO CONFORME AS TESES GARANTISTAS E PRINCIPALISTAS

No presente estudo, dar-se-á enfoque a duas características principais do Estado Constitucional de Direito. A primeira se refere ao fortalecimento do Poder Judiciário. Isso ocorre em virtude tanto da influência dos Estados Unidos na compreensão de que o referido poder é o mais neutro dentre os três, quanto da própria combinação dos atributos da extensão e da força normativa, este que é assegurado pelo próprio órgão jurisdicional (NOVELINO, 2021).

A propósito, o jurista espanhol, Eduardo Garcia de Enterría (2008) entende serem três os fatores essenciais ao reconhecimento das constituições não apenas como meros documentos políticos e diretrizes, e sim como normas a serem seguidas, quais sejam: a consagração do princípio democrático, a solidificação da jurisdição constitucional e a proteção do núcleo essencial das magnas cartas por parte do Judiciário em relação às maiorias eleitorais mutáveis.

Como corroboração desse entendimento, tem-se que nas constituições contemporâneas são instituídos instrumentos jurídicos de proteção da própria carta, a citar os mecanismos de controle de constitucionalidade brasileiros: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI ou ADIN), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Ademais, há ainda os instrumentos de garantia e de proteção dos direitos assegurados, a citar os remédios constitucionais nacionais: Habeas Corpus (HC), Habeas Data (HD), Mandado de Segurança (MS), Ação Popular (AP) e, por fim, o Mandado de Injunção (MI), o qual será abordado detalhadamente no capítulo 3 (BULOS, 2014).

Já o segundo atributo deste Estado a ser analisado é a solidificação das ideias pós-positivistas, cujas bases foram lançadas no constitucionalismo moderno. À vista disso, restou

desenvolvida a “face principiológica do Direito” (BULOS, 2014, p. 76), ou seja, os princípios se fortaleceram ao ganharem caráter normativo, de forma que, hoje, de acordo com Novellino (2021), uma das particularidades das Constituições - que, inclusive, fundamenta a necessidade de métodos próprios de interpretação constitucional - é a natureza principiológica de grande parte das normas, estando os princípios implícitos ou explícitos.

Isso posto, cumpre salientar que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, inobstante semelhantes, não possuem o mesmo significado. O primeiro corresponde a uma teoria universal, cuja pretensão é a de ser utilizada em todos os ordenamentos jurídicos, pregando a conexão imprescindível entre a moral e o direito (NOVELINO, 2021).

Já, no que tange ao neoconstitucionalismo, embora neste trabalho seja utilizado o sentido de “teoria do direito”, consistindo na averiguação das características do sistema jurídico e da própria constituição, de modo a repudiar o positivismo jurídico e, conseqüentemente, o “estatalismo, legicentrismo e formalismo interpretativo”⁴, adverte-se que o vocábulo pode ser empregado de duas outras formas. São elas: “como ideologia”, versando-se sobre três questões: os direitos fundamentais em destaque, a força normativa da Constituição e o protagonismo judicial e “como modelo constitucional”, referindo-se ao constitucionalismo contemporâneo (NOVELINO, 2021, p. 63).

Considerando que o uso do termo “neoconstitucionalismo” nessa última acepção confere a errônea ideia de que o atual constitucionalismo se volta ao jusnaturalismo e ao antipositivismo, Ferrajoli propõe modificação terminológica, a fim de que a nomenclatura não se restrinja a alguma doutrina filosófico-política, podendo ser denominada “constitucionalismo jurídico”, “jusconstitucionalismo” ou “segundo juspositivismo”, em contraposição ao “primeiro juspositivismo”, vigente no Estado Legislativo de Direito. Dentro dele que se encontram as seguintes concepções: de “constitucionalismo juspositivista”, onde está o constitucionalismo normativo garantista e “constitucionalismo jusnaturalista, onde está o constitucionalismo argumentativo ou principialista” (FERRAJOLI, 2015).

Aliás, Robert Alexy criou a sua teoria dentro do principialismo, protestando, em suma, pela primordialidade dos princípios, pelas ponderações e pela integração entre o direito e a moral. Entretanto, a priori de um aprofundamento nesse modelo, faz-se relevante um breve exame dos cânones interpretativos, os quais correspondem a metanormas de funções: a) heurística - fornecendo razões contributivas (princípios) e definitivas (regras) ao intérprete na compreensão dos enunciados e na aplicação das demais normas - e b) de racionalização -

⁴Reafirma-se que os principialistas não costumam aceitar essa nomenclatura.

possibilitando a fundamentação das decisões judiciais e, conseqüentemente, tornando-as legítimas. Assim, desde Friedrich Carl von Savigny, com os elementos clássicos - gramatical, histórico, lógico e sistemático - os cânones vêm possibilitando maiores segurança e estabilidade (NOVELINO, 2021).

Contudo, para Alexy (2020), os cânones além de serem imprecisos, não possuem critérios apurados de hierarquia, de forma a não poderem ser utilizados sozinhos na fundamentação de sentenças. Nesse contexto, em grande parte dos casos, as decisões judiciais não se baseiam, apenas nas normas jurídicas, em virtude de quatro principais razões:

(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma (ALEXY, 2020, p. 17-18).

Nesses casos, para o jurista alemão se faz necessário o estabelecimento, por parte do aplicador, de juízos de valor acerca das possíveis respostas, escolhendo a que considerar mais acertada. Apesar disso, Alexy frisa que, embora a referida valoração deva possuir relevância moral, já que o juiz deve se orientar por valores morais expressivos; ela não precisa necessariamente *ser* moral (ALEXY, 2020).

Desta feita, diferentemente dos positivistas que conceituam o direito apenas pela via da eficácia social e do devido procedimento formal de instituição das normas jurídicas que estabelecem a competência para a elaboração de outras, os neoconstitucionalistas incluem o elemento moral, denominado de “correção material”. Os conceitos de validade das normas se associam a cada um desses elementos de concepção do direito, sendo eles, respectivamente: sociológico - se a norma é respeitada ou se quem a descumpre sofre punições -; o jurídico - em sentido estrito, se a norma foi estabelecida de acordo com o ordenamento -, e o ético - se a norma é passível de justificação moral (ALEXY, 2011).

Nesse sentido, a validade jurídica, em conceito amplo, acaba por conter aspectos das demais, no entanto com algumas divergências. Segundo o autor, ainda que a eficácia social de uma norma individual cesse, o ordenamento jurídico só terá extinta sua validade jurídica, caso a perda da eficácia se dê em termos globais. Nesse diapasão, uma norma individual possui validade jurídica se faz parte de um ordenamento globalmente eficaz, de forma a ser suficiente que ela possua o mínimo ou até mesmo a mera possibilidade de eficácia (ALEXY, 2011).

Já, na eventualidade da ausência da correção moral, o ordenamento, na visão alexyana, inexistente. Mais do que isso, quando o elemento moral é cumprido por um número inferior ao necessário à constituição de um sistema jurídico, este além de ser classificado como injusto, deixa de existir. Posto isso, é notório que a validade jurídica depende mais intrinsecamente da sociológica que da ética, haja vista que, para a correção material tornar o sistema inválido juridicamente não basta a sua escassez de modo global, é preciso que atinja um número tamanho de normas, que não reste o mínimo a se formar o sistema (ALEXY, 2011).

Apesar disso, uma decisão judicial que, por exemplo, condene um indivíduo à certa pena privativa de liberdade sem justificativas plausíveis, isto é, que não possua pretensão de correção material, ainda que válida, mantém-se como um juízo defeituoso não apenas moralmente (ALEXY, 2020).

Em suma, Alexy (2011) entende o principialismo como uma posição intermediária, visto que nem se concentraria meramente na legalidade, como os positivistas e nem na pura moralidade, como os jusnaturalistas.

Nesse ponto, é pertinente analisar a teoria de Norberto Bobbio (2001), a qual parte da ideia de que as normas jurídicas podem ser valoradas, sob três critérios: a) de justiça: se a norma corresponde ou não aos valores que inspiram o ordenamento, isto é, se existe conformidade entre o “ser” e o “dever ser”; b) de validade: se a norma existe ou não no ordenamento jurídico, ou seja, se foi elaborada por uma autoridade competente, se não foi abrogada e se não é incompatível com norma superior ou posterior; e c) de eficácia: se é seguida pelo povo e se quando não o é, há imposição de sanções. Essa tripartição corresponde, atualmente, às três funções da filosofia do direito, quais sejam, respectivamente: deontológica, ontológica e fenomenológica.

Ademais, para Bobbio (2001), os três aspectos são distintos e independentes, devendo ser igualmente levados em consideração, com o intuito de não se criar uma teoria reducionista. Para ele, dentre as teorias “simplistas” estão o jusnaturalismo e, por consequência, o neoconstitucionalismo, visto que reduziriam a validade à justiça e o positivismo jurídico e, assim, o garantismo, já que reduziriam a justiça à validade.

Na realidade, observando-se atentamente a teoria garantista, nota-se que o reducionismo é existente apenas no constitucionalismo principialista, o qual prega a satisfação do mínimo ético por todo ordenamento jurídico. Diferentemente de Ferrajoli que parte sua teoria da separação entre a moral e a justiça, isto é, “a existência ou a validade de uma norma

não implicam, de modo algum, a justiça, da mesma forma como a sua justiça não implica, de modo algum, a sua validade” (FERRAJOLI, 2012a, p. 370-384).

A despeito disso, o autor italiano evidencia que seu entendimento não significa que as normas não possuam a pretensão de serem justas. Ainda que a norma aparente imoral, o seu criador a produziu justamente por entendê-la como justa. Logo, o garantismo não adere à concepção objetivista da moral, a qual supõe o cognitivismo ético de compreensão da moral como absoluta, com valores verdadeiros que deveriam, portanto, ser aderidos por todos. Isso porque, a aceitação de uma moral do tipo objetivista ou cognitivista pressupõe, em alguma medida, o retorno ao jusnaturalismo, já que uma moral absoluta só seria capaz de refutar outra moral absoluta, caso se admitisse a existência de um direito natural (FERRAJOLI, 2012a).

Posto isso, em última análise, o constitucionalismo ético dos principialistas corresponde a uma atualização do cognitivismo ético, de modo a, inclusive, não garantir plenamente o multiculturalismo. Isso, diferentemente da visão ferrajoliana, segundo a qual a moral está presente apenas externamente ao direito, de modo a permitir tanto a autonomia da ciência jurídica, quanto o próprio pluralismo moral (FERRAJOLI, 2012a).

Além disso, Alexy (2015) desenvolveu a técnica da ponderação, a ser utilizada no caso de colisão entre princípios, os quais estão abstratamente no mesmo nível. O referido embate ocorre quando os princípios, considerados de maneira isolada, levam a decisões contrárias no caso concreto. Como solução, o jurista entende ser necessário o estabelecimento de uma “relação de precedência incondicionada” ou de uma “relação de precedência condicionada”. O primeiro caso se refere ao princípio que possua “superioridade” em relação ao que lhe colide, de modo a apresentar precedência sobre este. Já a segunda opção é a que normalmente ocorre, haja vista que o princípio da dignidade da pessoa humana consiste no único que pode ser, *prima facie*, tido como precedente.

Nesse contexto de precedência contida, encontra-se a regra da proporcionalidade que deve ser utilizada a fim de que o sopesamento não ocorra desproporcionalmente. Para tanto, deve-se observar as três máximas da proporcionalidade, quais sejam: a) a adequação - verificar se o meio é apto a produzir o efeito buscado; b) a necessidade - analisar se o meio é o menos restritivo quanto ao princípio atingido; e c) a proporcionalidade em sentido estrito - sopesar a relevância do princípio não atingido e o grau de restrição do outro (SILVA, 2002).

Dessa forma, os princípios são conceituados na teoria alexyana como “mandamentos de otimização”, isto é, devem ser satisfeitos na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas. Isso diferentemente das regras, as quais *são* ou *não são*

cumpridas por completo, de maneira que a diferença entre as espécies de normas jurídicas não é de grau, e sim qualitativa (ALEXY, 2015).

Por conseguinte, o constitucionalismo argumentativo apresenta três principais características: a configuração da maior parte das normas como princípios⁵, os quais estão em virtual conflito, demandando a ponderação; a compreensão do direito como prática jurídica, ou seja, a determinação do direito por parte dos juízes; e a negação ao positivismo jurídico e à sua defesa da separação entre o direito e a moral (FERRAJOLI, 2012a).

Diante disso, cumpre analisar o positivismo jurídico. Hans Kelsen (1999) embora não negue a conexão de outras áreas com o direito, desenvolveu a teoria pura, visando à compreensão da ciência jurídica a partir dela mesma, excluindo-se o que não pertence ao seu objeto, isto é, à norma e, subsidiariamente, à conduta humana. Nesse sentido, apesar de o jurista ter em vista que as normas jurídicas não são as únicas a descrever, a conhecer e a regular as condutas humanas, podendo, inclusive a moral fazê-lo; entende haver distinções entre ambas as áreas.

A despeito de se referirem às mesmas condutas - internas e externas -, de serem produzidas de igual forma - pelos costumes ou por criações conscientes - e de serem aplicadas do mesmo modo - os ordenamentos primitivos, assim como a moral são descentralizados -; diferem-se no que concerne à maneira de prescrição e de proibição. Enquanto o direito equivale a uma “ordem de coação”, em que o não respeito às normas ocasiona uma coerção organizada socialmente; a moral é uma “ordem social”, cuja sanção equivale a meras aprovações ou desaprovações (KELSEN, 1999, p. 42- 44).

Para além disso, Kelsen (1999) não pressupõe a existência de um valor moral absoluto - o qual seria válido em todos os locais e tempos -, haja vista a relatividade das noções de “bom” e de “mau”, de “justo” e de “injusto”. Ante a inexistência de valores supremos, para ele, o direito não deveria necessariamente ser justo, pois não seria uma parte da moral. Assim, a fim de que os atos humanos pudessem ser tidos não apenas em seu sentido subjetivo - o fato em si -, mas também objetivo - significação jurídica do fato -; o autor propôs a existência de uma norma hipotética fundamental - ato de pensamento -, a qual autoriza o Poder Constituinte Originário criar a constituição, além de torná-la obrigatória.

Sob outra perspectiva, o principialista Luís Roberto Barroso (2001) opina não ser o positivismo o melhor entendimento, em virtude de a ciência jurídica, em sua concepção, ser uma criação, a qual visa à transformação da realidade. Dessa forma, a tentativa de se associar

⁵Ressalta-se que a análise pormenorizada deste aspecto será realizada no subcapítulo 2.3, com o fito de relacioná-la à prática do ativismo judicial.

ao direito características e métodos próprios das ciências exatas e naturais; foi exígua. Isso porque, conquanto a pretensão era a de criação de uma teoria, cujos juízos fossem de fato; a consequência foi de desenvolvimento de uma ideologia, atrelada a juízos de valor.

Por certo que o contexto de ascensão do nazismo e do fascismo, especialmente na Alemanha e na Itália, demonstrou a queda do positivismo jurídico, haja vista que este regula condutas, e não condições humanas, a exemplo da descendência e da orientação sexual. Nesse contexto, encontra-se a obra “Eichmann em Jerusalém”, de Hannah Arendt (1999), a qual trata do julgamento de Eichmann, um dos organizadores do holocausto alemão, que se valeu do respeito às leis como justificativa de suas ações:

Seu advogado [de Eichmann], Robert Servatius, de Colônia [...] respondeu à pergunta [‘em que sentido Eichmann se considerava culpado?’] numa entrevista à imprensa: ‘Eichmann se considera culpado perante Deus, não perante a lei’, mas essa resposta nunca foi confirmada pelo próprio acusado. A defesa aparentemente teria preferido que ele se declarasse inocente com base no fato de que, para o sistema legal nazista então existente, não fizera nada errado; de que aquelas acusações não constituíam crimes, mas ‘atos de Estado’ (ARENDR, 1999, p. 32-33).

Em contrapartida, o garantismo não se trata da mera ressuscitação do paleojuspositivismo jurídico. Ao passo que o neoconstitucionalismo principialista equivale à superação do positivismo em sentido jusnaturalista; o constitucionalismo garantista corresponde à expansão e à complementação do positivismo, ou seja, a um juspositivismo reforçado (FERRAJOLI, 2012a).

Na realidade, o garantismo consiste no reforço não apenas do positivismo - com a positivação não somente do *ser*, mas também do *dever ser* -, como também do próprio Estado de Direito, já que o Poder Legislativo se torna submisso às normas constitucionais, de modo que a validade jurídica das leis infraconstitucionais demanda a obediência não apenas ao procedimento de suas elaborações, como também ao próprio conteúdo constitucional (FERRAJOLI, 2010).

Nessa senda, observa-se, prontamente, diferenças entre as teorias, a citar as formas de conceituação de vigência e de validade. Enquanto Kelsen (1999) as entende como sinônimas, significando que a norma existe e que possui um mínimo de eficácia; Ferrajoli (2012a) propõem a distinção entre os conceitos, de forma que uma norma é vigente quando elaborada em consonância com as normas procedimentais e, válida quando em conformidade com as normas substanciais. Por conseguinte, o jurista italiano entende que a teoria kelseniana incorre em duas falácias: a normativista - o não reconhecimento de normas vigentes, mas inválidas - e a realista - o não reconhecimento de normas válidas, mas ineficazes, e vice-versa.

Para além disso, cumpre evidenciar ainda que, a despeito de aparentemente os autores conceberem os direitos subjetivos da mesma maneira, esta não é a realidade. Isso porque, inobstante ambos entenderem o nascimento da garantia dos direitos patrimoniais como simultâneo ao surgimento do próprio direito, a exemplo da garantia de não lesão em conjunto com o direito à propriedade; a apreensão dos autores acerca dos direitos fundamentais é diferente. Conforme Ferrajoli, esses direitos não implicam - diferentemente do que prevê a tese kelseniana - na origem síncrona de suas garantias, de maneira que estas nascem apenas por meio de regras de implementação (FERRAJOLI, 2013).

A ausência dessas garantias representa uma das espécies de vícios do ordenamento, qual seja: o omissivo, que ocasiona as denominadas “lacunas estruturais”, advindas da não constatação da inópia da regra de implementação pela ciência jurídica e da não correção pelo ordenamento. Já o outro vício corresponde ao comissivo, que gera as intituladas “antinomias”, oriundas da produção legislativa contrária à previsão constitucional (FERRAJOLI, 2013).

Apesar de o Judiciário não ter o poder de revogar leis, já que, como consequência do art. 2º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)⁶, é necessária uma norma produzida pelo mesmo órgão e de igual densidade para fazê-lo; o supracitado poder é capaz de solucionar as antinomias (NOVELINO, 2021). Isso porque, é possível a anulação e a desaplicação das normas inconstitucionais. Já no tocante às lacunas, essas não podem ser sanadas judicialmente, em razão do princípio da separação dos poderes (FERRAJOLI, 2013).

Em síntese, os entraves normativos não são passíveis de serem resolvidos por meio da argumentação e da ponderação, visto que correspondem, na realidade, a antinomias e a lacunas estruturais, que só podem ser retificadas, respectivamente, pela declaração de inconstitucionalidade e pela elaboração de normas inexistentes (FERRAJOLI, 2012a).

Isso posto, faz-se profícuo aprofundar a análise da tese ferrajoliana do ordenamento jurídico como um sistema de garantias, as quais são classificadas em: a) primárias, consistindo em deveres e proibições, demandando atuações positiva e negativa, respectivamente; e b) secundárias, equivalendo a intervenções judiciais reparadoras das violações às primárias (FERRAJOLI, 2013). Logo, as primeiras são atribuições do legislador à obrigação de elaborar as normas e à proibição de modificar a constituição, senão por emendas. Por outro lado, as últimas são de competência dos magistrados em relação ao dever de anular as normas inválidas e de constatar a omissão das garantias relativas aos direitos (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012).

⁶ “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.” (BRASIL, 1942).

As primárias referem-se, portanto, ao insubstituível papel do legislador de implementação constitucional (FERRAJOLI, 2013). Nesse sentido, em linhas gerais, o garantismo, apesar de reconhecer a imprescindibilidade do Poder Judiciário, leva em consideração a separação dos poderes, de maneira a hostilizar o ativismo judicial.

Com isso, chega-se ao seguinte questionamento: “o que ocorre se o legislador não concretizar a constituição?”. Conforme se observará ao longo deste trabalho, o Brasil vem respondendo a essa indagação por meio da proatividade judicial, desenvolvendo-se, por consequência, uma “legislação” não sujeita a limites ou a vínculos jurídicos, a qual, de acordo com Ferrajoli, só é considerada válida nos sistemas absolutistas (FERRAJOLI, 2013).

2.3. O ATIVISMO JUDICIAL SOB OS CONSTITUCIONALISMOS GARANTISTA E PRINCIPALISTA

O garantismo surgiu na seara penal justamente como resposta à divergência entre o previsto constitucionalmente e a realidade prática. Dessa teoria, extraem-se três acepções: a primeira corresponde a um modelo normativo de direito, o qual é baseado na estrita legalidade e destinado, em especial, à seara penal, com o fito de impor limites à atuação estatal e de garantir os direitos dos cidadãos. A segunda como teoria jurídica, atrelada à divergência entre direito válido e direito efetivo e, por fim, a última como filosofia política, a qual pressupõe a separação entre o direito e a moral (FERRAJOLI, 2002a).

Assim, cumpre observar a conceituação dada pelo próprio Luigi Ferrajoli:

[...] um sistema de limites e vínculos impostos para a garantia de todos os direitos e não somente dos direitos de liberdade, em face de todos os poderes, e não somente dos públicos e políticos, mas também dos privados e econômicos, e não somente dos poderes estatais, mas também dos supraestatais e globais (FERRAJOLI, 2013, p. 94, tradução nossa).⁷

Diante de todo o exposto, é evidente que a teoria ferrajoliana visa à efetivação das normas constitucionais, ao estabelecimento de um ordenamento jurídico afastado da moral absoluta e à garantia dos direitos e das liberdades, em contraposição aos poderes arbitrários. Desta feita, é ostensiva incompatibilidade entre o garantismo e o ativismo judicial.

Nesse contexto, observa-se outra expressiva divergência entre a teoria garantista e a kelseniana, dado que esta concebe a interpretação dos aplicadores do direito como um ato de

⁷ No original: “[...] un sistema di limiti e vincoli imposti, a garanzia di *tutti i diritti* e non solo dei diritti di libertà, nei confronti di *tutti i poteri*, e non solo di quelli pubblici e politici, ma anche di quelli privati ed economici, e non solo dei poteri statali ma anche di quelli sovrastatali e globali.”

vontade, isto é, como criação do direito, sendo sempre autêntica e podendo, inclusive, produzir norma de caráter geral, com aplicação para todos os casos iguais (KELSEN, 1999).

Isso posto, tem-se que, para a teoria ferrajoliana, o Poder Judiciário é composto por quatro espaços de poder. Inicialmente, tratar-se-á dos três que compõem o Poder de Cognição. O primeiro corresponde ao Poder de Qualificação Jurídica, referente ao processo de interpretação das leis. O segundo se trata do Poder de Verificação Factual ou de Valoração das Provas, relativo à análise dos indicativos probatórios. Por fim, o último se refere ao Poder Equitativo de Conotação dos Fatos Verificados, concernente às questões específicas de cada caso concreto (FERRAJOLI, 2012a; TRINDADE, 2012).

É de rigor salientar que esses espaços indicados pelos poderes se referem a diferentes maneiras de compreensão do ordenamento jurídico e de julgamento do caso concreto, constituindo, pois, parte do sistema, de forma a não poderem ser totalmente suprimidos. Da mesma forma que existe a discricionariedade política, vigente nas atividades governamentais; vige a judicial, presente nas atuações interpretativas e probatórias dos julgadores. Ambas reportam-se às suas fontes de legitimação, quais sejam: a representação política e a submissão à lei para a jurisdição, respectivamente (FERRAJOLI, 2007).

A propósito, trata-se da razão pela qual, os intérpretes são incapazes de não serem conduzidos por escolhas morais. De fato, os julgadores, na prática dos três poderes mencionados, orientam-se por valores morais próprios, a fim de suprirem os entraves linguísticos e semânticos das leis (FERRAJOLI, 2012a).

Todavia, inobstante essa visão realista e sensata do sistema jurídico por parte de Ferrajoli ao reconhecer a existência dos inelimináveis espaços de discricionariedade, o garantismo é partidário justamente da tese da separação entre o direito e a moral. Com efeito, o jurista desenvolveu a sua teoria visando propriamente a auxiliar a atuação racional dos operadores do direito: não se defende jamais a prática discricionária dos julgadores, buscando-se reduzi-la, ao máximo, por meio de vínculos e limites impostos.

Somando-se a isso, tem-se que a discricionariedade judicial que faz parte da fisiologia do Poder Judiciário é diversa da política, já que esta se manifesta na formação de novo direito, com as criações legislativas e administrativas, enquanto aquela consiste apenas em dizer o significado das normas (FERRAJOLI, 2007). Em síntese, a prática do ativismo judicial, com a elaboração normativa por parte do órgão jurisdicional não faz parte dos espaços inevitáveis de discricionariedade tratados por Ferrajoli, devendo, pois, ser ultimada.

Adiante, o quarto poder, de Disposição ou de Avaliação Ético-Política, referente ao poder dos juízes é onde, realmente, encontram-se os problemáticos espaços inevitáveis de discricionariedade (FERRAJOLI, 2012a; TRINDADE, 2012). Diferentemente dos outros poderes que possibilitam o alcance da verdade processual, isto é, da verdade aproximada à real ocorrência; este pode atingir ao nível de impedi-la, em razão da vigência de valores distintos da verdade, denominados de “políticos” ou ainda “ético-políticos” (FERRAJOLI, 2002a).

Por certo, mais uma vez, Ferrajoli (2002a) é razoável ao compreender que o alcance da verdade real, absoluta ou substancial é utópico, ao passo que a inexistência da verdade processual, relativa ou formal corresponde a um sistema arbitrário.

De fato, a busca pela verdade real é indissociável do sistema inquisitorial, em que a acusação, a defesa e o julgamento são atribuições do juiz inquisidor. Em face disso, vige-se um sistema parcial e sem contraditório, no qual o acusado é mero objeto processual, passível de sofrer violações aos seus direitos fundamentais, a fim de se descobrir a verdade material (LIMA, 2020).

Ao passo que, no sistema acusatório, presente no Brasil, busca-se a imparcialidade, com a divisão de incumbências entre o juiz, o advogado de defesa e o Ministério Público. Por consequência, obtém-se a ampla defesa e o contraditório entre as partes, de forma a vigorar o princípio da busca da verdade, e não da verdade real. Assim sendo, o acusado é tido como sujeito de direitos com as suas garantias fundamentais respeitadas (LIMA, 2020).

Nessa conjuntura, é perceptível que as doutrinas substancialistas, de natureza jusnaturalista e baseadas no cognitivismo ético visam à verdade substancial, independentemente da violação às normas jurídicas, resultando, em linhas gerais, em mero juízo de valor. Em contraposição, as doutrinas formalistas, de caráter juspositivista e caracterizadas pela estrita legalidade buscam a verdade formal, através do atendimento às leis, de modo que, na ausência de comprovações, prevalece o princípio da presunção de inocência. Com isso, alcança-se um sistema racional e não autoritário, diversamente da primeira teoria (FERRAJOLI, 2002a).

Em resumo, o Poder de Disposição surge quando a atuação dos juízes, seja por falhas linguísticas das normas, seja pela inópia das garantias, ultrapassa os limites dos três poderes fisiológicos já abordados (FERRAJOLI, 2012a). Assim, constata-se que é por meio dele que o ativismo judicial efetivamente ganha espaço no sistema jurídico. Trata-se, portanto, de um

poder ilegítimo, o qual, ao invadir a esfera política, fere o próprio princípio da separação dos poderes.

O referido princípio além de estar expresso no art. 2º, da Constituição Federal⁸, integra o rol das cláusulas pétreas, no inciso III, do parágrafo 4º, do art. 60⁹. Isso demonstra que corresponde a um pilar da Carta Magna de 88, recebendo máxima proteção contra quaisquer tentativas de mitigação. Diante disso, é evidente a incongruência entre o que prega o texto constitucional e o principialismo, cujas teses assentem no ingresso dos juristas em áreas próprias do Poder Legislativo.

Willian P. Marshall (2002) distingue sete formas de ativismo judicial: a) ativismo contramajoritário, quando há discordância dos tribunais em relação aos órgãos eleitos; b) ativismo não originalista, quando os tribunais não se submetem aos limites do texto normativo e às intenções do Poder Constituinte Originário; c) ativismo de precedentes, quando os tribunais não aplicam as jurisprudências; d) ativismo jurisdicional, quando os tribunais atuam para além das competências que lhes são atribuídas; e) ativismo criativo, quando os tribunais criam direitos; f) ativismo remediador, quando os tribunais impõem deveres a outros poderes; e g) ativismo partisan, quando os tribunais visam a atender um determinado segmento.

Por conseguinte, é notório que o ativismo judicial, embora seja sempre marcado por uma atuação do Judiciário fora de seus limites constitucionais, é passível a ocorrer de diferentes modos. Trata-se, portanto, de uma prática perigosa não apenas pela “matéria”, isto é, por ser um afronte à democracia e aos princípios constitucionais, como também pela “forma”, já que os diferentes modos de ocorrência facilitam o acobertamento da atuação arbitrária e fora dos limites estabelecidos.

O constitucionalismo garantista, então, defende duas principais condutas, a fim de mitigar essa prática, quais sejam: a) o aprimoramento da linguagem jurídica, tornando-a mais compreensível e determinada; e b) a determinação de limites para a atuação dos tribunais na interpretação e na aplicação das normas (TRINDADE, 2012). Em contrapartida, os principialistas neoconstitucionais fazem o caminho inverso ao se valerem da ponderação judicial baseada em diferentes pesos, fundamentando, pois, o ativismo judicial.

Cumprido, portanto, averiguar as crenças alexyanas, atividade que será realizada a partir da sistematização proposta por Alice Geremberg (2006) e incorporada pelo próprio jurista alemão. Trata-se do “trialismo”, que abrange três etapas inevitavelmente interligadas entre si

⁸ “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

⁹ “Art. 60. § 4º - não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes.” (BRASIL, 1988).

pela razão prática, quais sejam: a) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais; b) a criação de uma teoria da argumentação jurídica; e c) o estabelecimento de uma conceituação de direito atrelado à moral.

Relativamente ao primeiro item, Alexy (2015, p. 86, 135 e 140) adota, em razão da insuficiência dos modelos puros de regras e de princípios, o “combinado ou misto”, segundo o qual uma parte dos direitos fundamentais possui estrutura principiológica ao versar sobre “valores, objetivos, fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo”; enquanto a outra é estruturada como regras ao já abranger determinações em caso de ocorrência de colisão entre princípios. Entretanto, essas regras, na sua visão, seriam incompletas, dado que, às vezes, demandariam a realização de sopesamentos.

Com isso, constata-se que, à luz do constitucionalismo argumentativo, o *status* de princípios é preponderante no rol de normas de direitos fundamentais. Mais do que isso, pode-se afirmar, como fez Ferrajoli (2012a), que essa teoria, ao defender a configuração delas como valores ou como princípios morais, as compreende como normativamente fracas, demandando sopesamentos judicial e legislativo.

Nesse sentido, é manifesto o estímulo, ainda que indireto, à prática do ativismo judicial. Isso porque, consoante a própria conceituação alexyana de “princípios”, a aplicação deles é instável, oscilando de acordo com as ponderações judiciais e, conseqüentemente, com as particularidades do caso concreto. À vista disso, conceber essa espécie de normas como prevaletentes é ampliar os espaços de atuação discricionária dos julgadores.

Por outro lado, o constitucionalismo normativo, como sugere a própria terminologia, é marcado por sólida normatividade ao sustentar que a maioria dos princípios constitucionais, incluindo os direitos fundamentais, atua como se regras fossem. Isso em razão de sempre demandarem a elaboração de garantias, isto é, de regras de proibição de violação ou de dever de prestação (FERRAJOLI, 2012a). Diante disso, a teoria garantista não apenas reprime o voluntarismo jurisdicional, como também assegura a observância dos direitos constitucionais, a partir das garantias jurídicas.

A propósito, Ferrajoli (2002b) propõe uma definição teórica de direitos fundamentais, ao desprezar o fato de eles serem - ou não - positivados no ordenamento jurídico ou formulados em magnas cartas, dado que esses critérios, respectivamente, significam somente ou que esses direitos existem em determinado Estado ou que devam ser respeitados pelo legislador ordinário. Somando-se a isso, a conceituação sugerida é ainda formal ou estrutural ao desconsiderar a natureza dos interesses e das necessidades. Tem-se, assim, que os direitos

fundamentais equivalem a todos os direitos subjetivos de caráter universal, isto é, a quaisquer expectativas positivas de prestação ou negativas de não lesão, que pertençam aos que possuam o *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoa capaz de agir.

Esse conceito se baseia em quatro teses essenciais a uma teoria de democracia constitucional. A primeira se refere às diferenças estruturais entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, de modo que aqueles são universais e estes singulares, dado que, para cada um, há um titular determinado (FERRAJOLI, 2002b).

A segunda traduz-se no fato de que os direitos fundamentais, uma vez que equivalem aos interesses e às expectativas de todos os indivíduos, consistem no alicerce da igualdade jurídica e, conseqüentemente, da dimensão substancial da democracia (FERRAJOLI, 2002b).

A terceira diz respeito à qualidade de supranacionalidade de boa parte desses direitos, de modo a serem não apenas limites internos, como também externos à atuação dos Poderes Públicos (FERRAJOLI, 2002b).

Nesse sentido, observa-se que a universalidade dessas normas consiste na única maneira a permitir o alcance dos objetivos a que são propostos, ou seja, a permitir que estejam assegurados sem estarem à mercê da política e do mercado. Isso ocorre em virtude de três razões. A primeira corresponde ao fato de que a forma universal desses direitos além de equivaler à igualdade jurídica, tem como corolário a indisponibilidade. Já a segunda se trata da limitação que eles promovem não apenas à legislação, como também ao poder da maioria, haja vista que não podem aboli-los. Por derradeiro, a última diz respeito à configuração deles como regras gerais que demandam a criação de leis de atuação, ou seja, de garantias para serem concretizados (FERRAJOLI, 2002b).

Já, retomando-se a análise das teses, tem-se que a quarta, considerada a mais importante, relaciona-se com as distinções entre os direitos fundamentais e as suas respectivas garantias. Como consequência teórica, o vínculo entre eles é normativo, o que pode ser contestado não apenas pelo desrespeito a direito por parte dos Poderes Públicos, originando-se as antinomias a serem anuladas pelo Judiciário, como também pela omissão das garantias de expectativas existentes, originando-se lacuna a ser colmatada pelo Legislativo (FERRAJOLI, 2002b).

Por fim, como efeito na esfera metateórica, as diferenças entre as categorias demandam que a ciência jurídica atue tanto criticamente em relação à obrigação de descoberta e de exposição das antinomias e das lacunas, quanto normativamente no que tange ao

respectivo dever de jurisdição e de legislação, uma vez que os princípios da completude e da não contradição obstam a existência dos referidos vícios (FERRAJOLI, 2002b).

Tudo isso, diferentemente de Alexy (2015), para o qual as normas de direitos fundamentais são compostas tanto pela fundamentalidade formal, relativa ao posicionamento hierárquico delas no topo do ordenamento jurídico, de modo a subjugar todos os Poderes Públicos, quanto pela fundamentalidade substancial, referente ao emprego delas em decisões sobre as estruturas estatal e social. Nesse sentido, possuiriam influência também na relação entre os cidadãos, isto é, efeitos horizontais, de modo a apresentarem três consequências.

A primeira corresponde à restrição do teor das legislações ordinárias, uma vez que os direitos fundamentais definem quais conteúdos são constitucionalmente imprescindíveis ou impossíveis. Diante disso, o sistema jurídico torna-se “substancialmente determinado por meio da Constituição” (ALEXY, 2015, p. 543).

Contudo, em virtude, sobretudo, do status principiológico das normas de direitos fundamentais, a supramencionada determinação não é nítida. De fato, conforme o próprio jurista alemão, o processo de ponderação embora racional, nem sempre conduz a uma única resposta a cada caso concreto. Desta feita, tem-se a segunda consequência: a abertura do sistema jurídico como um todo (ALEXY, 2015).

Chega-se, assim, ao último efeito da irradiação das normas de direitos fundamentais, o qual remete à referida abertura ser em face da moral, de forma a se disseminar por todo o sistema jurídico a essência da justiça (ALEXY, 2015).

Ante toda a análise das compreensões de Ferrajoli e de Alexy sobre os direitos fundamentais, é nítido que a teoria daquele voltada aos vínculos impostos por esses direitos, bem como ao dever do Legislativo de supressão das lacunas caminha em sentido contrário ao ativismo judicial. Opostamente à concepção alexyana tendente ao valor moral, à natureza principiológica e aos sopesamentos desses direitos que acaba por sustentar teoricamente uma prática incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito.

Nessa conjuntura, cumpre averiguar a compreensão garantista sobre a técnica da ponderação. Ferrajoli (2012a), diversamente do que se poderia imaginar, aduz que a ponderação é, de fato, vigente não apenas na seara legislativa, com as decisões políticas, como também na judicial, com as interpretações jurisdicionais. A discordância com o principialismo, portanto, não é acerca da inexistência ou da necessidade da ponderação, até porque os princípios diretivos, de expectativas genéricas e os reguladores ou imperativos, de expectativas determinadas, quando limitados pelos primeiros a exigem. Questiona-se, na

verdade, a ampliação desmedida desse método, bem como as teses de que, por meio dele, o Legislativo e o Judiciário decidiriam discricionariamente quais princípios seriam ou não aplicados.

Com efeito, o sopesamento legislativo consiste, na realidade, apenas na eleição dos meios, dos modos e dos limites não pré-fixados constitucionalmente de atuação dos princípios. Já o judicial equivale à interpretação sistemática, isto é, à análise e à compreensão de uma norma com base no previsto em todas as demais, uma vez que os princípios são sempre os mesmos, apresentando, pois, o mesmo peso. De fato, o que se altera é o caso concreto, cuja averiguação específica consiste no poder equitativo já analisado (FERRAJOLI, 2012a).

Em relação aos direitos fundamentais, Ferrajoli (2007) não é simpatizante da tese de que não há conflitos entre eles, visto que nem sempre estão nítidos os limites impostos por direitos a outros direitos. Apesar disso, critica as concepções generalizantes que sequer observam a classificação desses direitos, já que isso interfere no nexo entre os direitos secundários de autonomia e os direitos fundamentais, de forma a enfraquecer estes e a fortalecer os delineamentos absolutos daqueles. Trata-se, pois, de uma espécie de ideologia de legitimação de poder que ameaça a própria democracia.

Conforme o jurista italiano, os direitos de liberdade-imunidade não possibilitam qualquer conflito, já que não abrangem atos de exercício, mas apenas a expectativa de não violação. Os direitos de liberdade ativa já podem colidir com direitos fundamentais, contudo as próprias constituições solucionam o embate. Já, em relação aos direitos sociais, não se deve confundir as dificuldades de suas concretizações com a existência de conflitos. De fato, inobstante a possibilidade de estabelecimento de vínculos orçamentários, cada estadista possui seu próprio plano de governo, com a sua inevitável ordem de prioridade. Por fim, os direitos de autonomia, tanto os civis, quanto os políticos não estão em relação de conflito com os direitos fundamentais, mas sim de subordinação (FERRAJOLI, 2007).

Esses últimos são sempre subordinados por razões estruturais do ordenamento. Por certo que os direitos se encontram hierarquizados conforme a sua própria estrutura: a) as simples imunidades, chamadas acima de liberdades-imunidades não necessitam de ações para serem exercidas, sendo limites a todos os outros direitos, embora ilimitáveis pela prática destes, a exemplo do direito à integridade corporal, e b) as “liberdades ativas” correspondem ao exercício das liberdades, cujas limitações estão previamente previstas em leis, a exemplo do direito à liberdade de expressão. Dessa forma, “os conflitos entre normas de grau diverso e

os descumprimentos de normas supraordenadas dão lugar, em suma, a antinomias e a lacunas estruturais”, as quais serão resolvidas pela criação legislativa ou pela anulação judicial, como já visto (FERRAJOLI, 2010, p. 103).

Nesse contexto, o garantismo, antagonicamente ao principialismo, limita a atividade jurídica à anulação de antinomias, retirando de sua atuação papéis criativos e discricionários. Tem-se, assim, um sistema que submete, de modo mais eficaz, o Poder Judiciário às normas constitucionais, fortalecendo a carta magna e proporcionando a segurança jurídica devida em um Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 2010).

Isso porque, a solução para as antinomias corresponde justamente às garantias. As primárias são as negativas, uma vez que se referem aos limites de revisão das normas constitucionais, podendo ser explícitos, quando dispostos expressamente na própria lei maior ou implícitos, sendo reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina. Já as secundárias são as positivas, haja vista que correspondem ao controle judicial de constitucionalidade, dividido em difuso, a citar o mandado de injunção e concentrado, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (FERRAJOLI, 2007).

Ante todo o exposto, cumpre tratar do segundo aspecto do trialismo, isto é, da teoria da argumentação jurídica, que não apenas complementa, como também legitima as ponderações judiciais ao possibilitar a justificação das decisões tomadas (GEREMBERG, 2006). Nesse âmbito, tem-se a justificação interna e a externa, de modo que a primeira se refere, grosso modo, ao silogismo e à subsunção do fato à norma, e a segunda, à fundamentação das premissas utilizadas na etapa anterior, quais sejam: “(1) regras de direito positivo; (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo”. Para cada uma delas, há mecanismo de fundamentação, de modo que à última se aplica a argumentação jurídica (ALEXY, 2020, p. 195-203).

A partir dessa teoria que se defende a tese de que a discussão jurídica é um caso especial do discurso prático geral (ALEXY, 2020). Para tanto, fundamentou-se em quatro fatores, quais sejam:

(1) na referência das discussões jurídicas a questões práticas, isto é, a questões sobre o que pode ser feito ou omitido, e (2) na discussão dessas questões sob o prisma da pretensão da correção. Trata-se de um caso especial, porque a discussão jurídica (3) se faz sob condições de limitações do tipo mencionado. (ALEXY, 2020, p. 188-189).

Às críticas desse entendimento, o jurista evidencia outros três pontos: (1) de que o discurso jurídico não é composto somente de enunciados normativos, como também de

questões práticas; (2) de que ele deve ser fundamentado, do contrário estar-se-ia diante de uma decisão - embora, muitas vezes, válida - defeituosa não apenas moralmente; e (3) de que corresponde, sim a um discurso, visto que, apesar de as partes visarem a interesses próprios, elas não pretendem convencer umas às outras, mas argumentarem racionalmente, com o propósito de que todo ser racional concorde com suas alegações (ALEXY, 2020).

É profícuo, então, associar os dois primeiros pontos destacados por Alexy ao atual ordenamento jurídico brasileiro. No que tange ao (1), tem-se que o Código de Processo Civil adota, nos termos do art. 319, inciso III¹⁰, a teoria da substanciação - e não a da individuação -, de modo que a causa de pedir deve conter não apenas os fundamentos jurídicos do pedido - causa de pedir próxima -, como também os de fato - causa de pedir remota (DIDIER JUNIOR, 2019). Já quanto, ao (2), basta a análise do art. 489, inciso II, do CPC¹¹, em que se determina a imprescindibilidade da fundamentação nas sentenças. Resta, porém, o questionamento acerca da moralidade, o qual será desenvolvido a seguir.

Com efeito, os constitucionalistas argumentativos introduziram princípios morais à constituição e interligaram os conceitos de validade e de justiça, com o intuito de transferi-la ao âmbito interno jurídico (FERRAJOLI, 2010). No entanto, a despeito da tentativa de desenvolver uma teoria que fosse adequada às democracias contemporâneas, sob o fundamento de que o positivismo estaria ultrapassado, o principialismo, ao negar a principal marca positivista de separação entre o direito e a moral, suscitou justamente um dos maiores e crescentes entraves da atualidade: o ativismo judicial.

Já a teoria ferrajoliana acertadamente afasta o ponto de vista interno, denominado “jurídico”, do externo, denominado de “ético-político ou sociológico”, porém, a despeito de tê-los como autônomos, permite a crítica externa às normas positivadas. Desse modo, a validade normativa é verificada através de parâmetros jurídicos, ao passo que a justiça o é por meio de indicadores políticos e sociológicos, de maneira a permitir a busca pela moralidade sem favorecer o ativismo judicial (FERRAJOLI, 2002a).

Inobstante toda a averiguação realizada, há quem defenda o ativismo judicial, sob o argumento de que o Poder Judiciário realiza um papel contramajoritário. De fato, a partir da redemocratização, com a promulgação da atual Constituição Federal, desenvolveu-se um

¹⁰ “Art. 319. A petição inicial indicará: III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (BRASIL, 2015).

¹¹ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” (BRASIL, 2015).

conceito não apenas formal de democracia, mas também material ou social, com a defesa da inclusão social, observada especialmente no art. 3º, da CF¹² (TASSINARI, 2013).

Nesse diapasão, evidencia-se que a Carta Cidadã corresponde a um exemplo de constituição pragmática, diretiva ou dirigente, “caracterizadas por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos” (NOVELINO, 2021, p. 105). Diante dessas normas-tarefa ou normas-fim, ampliaram-se as interferências do Judiciário justamente com o fito de promover o cumprimento do disposto constitucionalmente (TASSINARI, 2013).

Posto isso, é profícuo adaptar a metáfora da mitologia grega, utilizada por Jon Elster (2000), ao desenvolver a teoria do pré-comprometimento, para o assunto em questão. Em Odisseia (HOMERO, 2012), Ulisses, durante seu retorno a Ítaca, pediu a seus companheiros que, apesar de seus pedidos, não o desamarrassem do navio enquanto estivesse seduzido pelo canto das sereias.

Analogamente, o Judiciário atuaria como os companheiros do herói grego, impedindo que o Poder Legislativo favorecesse apenas à vontade maioria, e contribuindo ao cumprimento dos direitos constitucionais das classes minoritárias e pouco representadas, a exemplo dos presos.

Esse posicionamento é bem sintetizado na fala do Min. Gilmar Mendes, no julgamento da ADI 4.578 (BRASIL, 2012b, p. 129), de que: “o modelo contramajoritário pretende proteger o indivíduo contra si mesmo, muitas vezes.” Em tese, a Suprema Corte funcionaria como proteção aos desígnios passageiros e infundados do povo, zelando pelos projetos e ideais consagrados de forma perene na magna carta.

No entanto, na prática, o Judiciário, muitas vezes, acaba por suprir ou ainda por substituir as decisões do Legislativo. Nessa senda, rememora-se que, inobstante possua, deveras, o papel de garantir o respeito aos direitos dos grupos não priorizados pelo Parlamento, não houve aquiescência constitucional que, para tanto, desprezasse a separação dos poderes.

Trata-se do que será analisado adiante, com o exame de jurisprudências nacionais relativas especificamente ao mandado de injunção, sob o viés garantista.

¹² “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

3 O MANDADO DE INJUNÇÃO

3.1 ORIGEM, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A origem do mandado de injunção comporta grandes divergências. Há quem entenda que advém da Inglaterra, do século XIV, onde se desenvolveu o instituto da equidade, aplicado em casos de ausência de normas regulamentadoras de direitos, de liberdades e de prerrogativas (BULOS, 2014). Já outros autores compreendem que, na realidade, as raízes do MI estão em Portugal, cujos institutos existentes visavam a comunicar a existência de omissão. Por fim, alguns supõem que a origem se encontra no *writ of injuction* estadunidense, aplicado, com base na equidade, nos casos em que as normas vigentes são insuficientes (MORAES, 2012).

Em contrapartida, para Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Mendes (2009), conquanto os instrumentos do direito comparado e o MI possuam nomes semelhantes, não há vínculo entre eles. Isso porque, aqueles são mais amplos que este, de forma a poderem corresponder não apenas a uma ordem de fazer, como também de não fazer. Somando-se a isso, podem ainda funcionar como solução aos entraves relativos não somente ao Direito Público, como também ao Direito Privado.

Tratando-se do direito interno, é perceptível que a Constituição Federal, de 1988 inovou ao tratar não apenas da inconstitucionalidade por ação, como também da por omissão, de modo a ter instituído, pela primeira vez, o mandado de injunção, o qual corresponde a uma ação de controle difuso-incidental de constitucionalidade. Ele se encontra previsto, especificamente no art. 5º, inciso LXXI¹³, da CF, todavia só em 2016 foi regulamentado pela Lei 13.300/16, de modo que, anteriormente, era utilizada, em analogia, a Lei 12.016/2009 relativa ao mandado de segurança (MENDES; VALE; QUINTAS, 2013).

Consoante José Afonso da Silva (1998), não obstante todas as normas constitucionais possuam eficácia, algumas não a manifestam completamente sem a existência de outras. Sendo assim, tem-se: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Os dois primeiros grupos abrangem as normas que produzem ou que são aptas a produzir todos os efeitos estabelecidos pelo legislador originário, com a diferença de que as do segundo, caso

¹³ “Art. 5º. LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” (BRASIL, 1988).

não complementadas terão uma eficácia contida. Por fim, o último grupo inclui as normas que, com a mera vigência da constituição, não produzirão todos os seus efeitos.

Em suma, as plenas possuem “aplicabilidade direta, imediata e integral”, as contidas “aplicabilidade direta, imediata, mas não integral” e as limitadas “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida”. Isso posto, cumpre enunciar ainda que as limitadas dividem-se em: c1) normas de legislação, isto é, que consagram princípios regulativos ou institutivos, de maneira a remeterem à lei que deverá regulamentar a matéria; e c2) normas programáticas, isto é, que constituem programas de ação a serem efetivados pelo Poder Público (SILVA, 1998, p. 83-84).

Nesse contexto, segundo Maria Helena Diniz (1998), quando inexistente a norma capaz de dar eficácia a outra, isto é, de possibilitar a sua aplicação, tem-se uma lacuna técnica ou *intra legem*, dado que a norma demandante de regulamentação é capaz, por si só, somente de impedir a elaboração de outra que a contrarie, não produzindo, pois, efeitos jurídicos. Assim, justamente como forma de mitigar esse vício, surgiu o mandado de injunção.

As normas contidas e limitadas quando inconstitucionalmente não complementadas, de maneira a impossibilitar a proteção de direitos, de liberdades e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania correspondem ao objeto do MI. Nesse âmbito, o parâmetro do *writ*, ou seja, as normas de referência para o seu cabimento são justamente as normas constitucionais não autoaplicáveis, e o seu escopo é possibilitar a tutela de direitos constitucionais, cujas normas são insuficientes (NOVELINO, 2021).

Diante disso, é profícuo analisar as classificações da omissão: a) em relação à extensão¹⁴, podendo ser total - quando há completa inatividade do Poder Público encarregado - ou parcial - quando há ato normativo regulamentador insuficiente; e b) quanto ao órgão responsável, podendo ser administrativa - quando não são tomadas medidas para a execução dos imperativos normativos - ou legislativa - quando não são elaboradas as normas (NOVELINO, 2021).

Já no que tange às espécies de mora, tem-se: a *agendi*, na hipótese de inércia na fase inicial da elaboração das leis; e a *deliberandi*, no caso de omissão na fase deliberativa das proposições veiculadas (BRASIL, 2020b).

Em síntese, os requisitos para a utilização do MI são: a) a inópcia total ou parcial de norma regulamentadora; b) a inviabilidade do exercício de direitos, de liberdades e de

¹⁴ “Art. 2º, Lei 13.300/16. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.” (BRASIL, 2016).

prerrogativas relativas à nacionalidade, à soberania e à cidadania; e c) o nexo causal entre as duas primeiras condições (MORAES, 2012).

A propósito, tendo em vista o princípio da máxima efetividade ou da máxima eficiência constitucional, de atribuição do sentido à norma visando à sua maior eficácia, utiliza-se, na compreensão de “norma regulamentadora” do já citado inciso LXXI, do art. 5º, da CF, uma visão ampla que inclui toda medida normativa, isto é, todo ato dotado de generalidade e de abstração, sendo ele legal ou infralegal, legislativo ou processual (NOVELINO, 2021).

Ademais, à luz da jurisprudência do STF, são também tuteláveis direitos constitucionais não consagrados como fundamentais. Como exemplificação, Novelino (2021) cita o MI 361, relacionado ao estabelecimento dos limites de juros; o MI 284, acerca da compensação econômica aos cidadãos submetidos ao regime militar; e o MI 232, relativo a isenções de contribuição à seguridade social.

Sabe-se ainda que, em relação aos legitimados ativos para a proposição desse remédio constitucional, há duas modalidades: o MI individual, a ser interposto por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, e o MI coletivo, a ser promovido pelo Ministério Público, por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, por entidade de classe, por associação legalmente constituída há pelo menos um ano ou pela Defensoria Pública, conforme prevê o art. 12, da Lei 13.300/16 (BRASIL, 2016).

Já, em relação aos legitimados passivos, dispõe o art. 3º, do mesmo Diploma como impetrados os poderes, os órgãos ou a autoridade responsável pela edição da norma regulamentadora do direito, cujo exercício resta impossibilitado (BRASIL, 2016).

Em relação à competência, a Constituição Federal afirma, em seu art. 102, inciso I, alínea *q*, que o STF irá:

Art. 102. [...]

I - processar e julgar, originariamente: [...]

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal [...] (BRASIL, 1988).

Ademais, o art. 105, inciso I, alínea *h*, da CF proclama que é da competência do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 105. [...]

I - processar e julgar, originariamente: [...]

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal [...] (BRASIL, 1988).

Somando-se a isso, a Magna Carta, em seu art. 121, parágrafo 4º, inciso V determina que cabe ao Superior Tribunal Eleitoral julgar recurso referente a MI denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral. Já, no que tange à Justiça Militar, do Trabalho e Federal, tendo em vista a ausência norma constitucional reguladora, há divergências acerca do tema (NOVELINO, 2021).

Finalmente, nos casos não disciplinados na CF/88, é possível a elaboração de lei prevendo a competência de julgamento. Da mesma forma, os estados-membros poderão, em suas constituições estaduais, determinar quem possuirá competência para processar e julgar os mandados de injunção contra norma, cuja elaboração é atribuída ao Poder Público estadual (MORAES, 2012). Trata-se justamente do que fez a Carta de São Paulo em seu art. 74, inciso V, ao determinar que cabe ao Tribunal de Justiça julgar originariamente os mandados de injunção (SÃO PAULO, 1989). Por fim, no plano municipal, compete aos juízes de primeiro grau (BULOS, 2014).

Ante todo o exposto, é perceptível a grande amplitude e relevância desse instrumento de garantia.

3.2. OS JULGADOS DO STF À LUZ DAS CORRENTES CONCRETISTAS

Sabe-se que é usual a mudança jurisprudencial no Brasil, o que não é diferente no tocante aos efeitos do mandado de injunção. À vista disso, a doutrina e a jurisprudência nacionais desenvolveram classificação relativa à amplitude das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede desse *writ* (MORAES, 2012).

A priori da análise minuciosa de cada posição adotada, é imperioso mencionar as diferentes maneiras de denominação das correntes concretistas de efeitos do MI. Os constitucionalistas Uadi Bulos (2014) e Nathalia Masson (2020) as dividem em: a) concretista individual direta; b) concretista individual intermediária; e c) concretista geral. Já o jurista Pedro Lenza (2017), segmenta em: a) concretista direta geral; b) concretista direta coletiva; c) concretista direta individual; d) concretista intermediária geral; e) concretista intermediária coletiva; e f) concretista intermediária individual.

Pode-se ainda resumir essas compreensões em duas classificações, quais sejam: a) quanto ao tipo de injunção: concretista direta e concretista intermediária; e b) quanto à eficácia subjetiva: concretista individual; concretista transindividual - nomenclatura de Marcelo Novelino (2021) - ou coletiva e concretista geral. No entanto, neste trabalho, a fim de facilitar a compreensão, será adotada a seguinte classificação proposta por Novelino (2021): a) concretista individual; b) concretista intermediária; e c) concretista geral. Nas doutrinas de Bulos e de Masson, correspondem, respectivamente, à concretista individual direta, concretista individual intermediária e concretista geral. Já na teoria de Lenza, equivalem, nessa ordem, à concretista direta individual, concretista intermediária individual e concretista geral.

O julgamento do MI 107-3/DF conteve Questão de Ordem, na qual o Subprocurador-Geral da República, Inocêncio Mártires Coelho, se posicionou pela não auto-executoriedade do instituto, uma vez que a Constituição Cidadã não estabeleceu sequer o seu objeto e a sua finalidade (BRASIL, 1990a).

Sendo assim, seria temeroso apenas se basear no §1º, do art. 5º, da CF, a fim de estabelecer a aplicação imediata desse remédio constitucional. Ademais, seria inócuo determinar a aplicação do procedimento do mandado de segurança, haja vista que a dúvida acerca da natureza da decisão a ser proferida e dos efeitos do MI permaneceriam (BRASIL, 1988).

No entanto, o jurista Walter Claudius Rothenburg (2013) entende desarrazoado esse posicionamento, na medida em que o mandado de injunção está previsto constitucionalmente no capítulo intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, sendo não apenas instrumento de concretização do §1º, do art. 5º, da CF, isto é, de atribuição da aplicabilidade imediata dos direitos, como também instituto regido pelo mesmo dispositivo. Isso posto e considerando a previsão da finalidade e da competência do MI na Lei Maior, bem como o emprego do procedimento do mandado de segurança, não haveria necessidade de regulamentação legal.

Somando-se a isso, o Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga apresentou parecer em sentido contrário, sob os seguintes fundamentos: a) o §1º, do art. 5º, da Constituição prevê justamente a aplicação imediata dos direitos e das garantias fundamentais; b) o projeto da CF dispunha que a imediata aplicabilidade estaria condicionada à elaboração de norma regulamentadora, mas essa previsão foi retirada; c) a necessidade de complementação legal mitigaria a finalidade do instituto; e d) a maioria dos juristas entenderia

ser possível a aplicação, por analogia, do procedimento especial do mandado de segurança (BRASIL, 1990a).

Entretanto, conforme observado pelo próprio Rothenburg (2013), a regulamentação legal revela-se oportuna à redução de ambiguidades e de dúvidas e à promoção da uniformização de tratamento do MI. A propósito, sabe-se, como elucida Ferrajoli (2012c, p. 770), que uma das principais causas da discricionariedade judicial é justamente a denominada “crise da linguagem legal”, gerada pela má elaboração das normas, as quais são dúbias, confusas e imprecisas. Por certo que, tendo em vista a vagueza da norma constitucional criadora do MI, era essencial a elaboração prévia de uma lei regulamentadora de seu procedimento, principalmente em relação aos seus efeitos, com o fito de mitigar possível ativismo judicial.

A despeito disso, a corrente favorável à autoaplicabilidade do mandado de injunção foi a que prevaleceu quando da decisão da QO, conforme se observa na Ementa:

[...] AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIÁRIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSÃO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DÊ CIÊNCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS, À SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), [...] ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTÁVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICÁVEL QUE LHE É ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER [...] (STF - MI-QO: 107 DF, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 23/11/1989, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001) (BRASIL, 1990a, p. 1, grifo nosso).

Diante disso, o Supremo reconheceu a natureza mandamental do MI e declaratória do pronunciamento judicial no sentido de ter como efeito o reconhecimento e a comunicação da mora ao órgão omissor, com a determinação de adoção de providências.

Nesse diapasão, cumpre mencionar o mandado de injunção 168-5/RS, no qual o Ministro Relator Sepúlveda Pertence, ao reproduzir trecho do julgamento do MI 107-3/DF, constatou que:

O mandado de injunção, desse modo, nem autoriza o Tribunal a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, pela edição de ato normativo que lhe faça as vezes,

nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de execução da norma regulamentadora que acaso editasse. (MI 168, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1990, DJ 20-04-1990 PP-03047 EMENT VOL-01577-01 PP-00027) (BRASIL, 1990b, p. 34-35).

Trata-se da instauração da corrente não concretista, para a qual o órgão julgador deve apenas reconhecer e comunicar a mora do poder responsável pela elaboração da norma regulamentar. Essa posição foi quase unanimemente adotada nos primeiros vinte anos da promulgação da Constituição de 1988 (NOVELINO, 2021).

Como outro exemplo, é válido citar ainda o MI 219-3/DF, no qual os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso foram parcialmente vencidos. Com efeito, ambos defenderam a tese de que competiria à Suprema Corte atuar positivamente no sentido de conferir o direito, a liberdade ou a prerrogativa inviabilizados de serem exercidos, ante à mora do Legislativo (BRASIL, 1995a).

Nesse contexto, os Ministros arguíram que optar apenas pela comunicação da mora seria frustrar não apenas a expectativa da população, que aspira à concretização dos direitos constitucionais, como também, a expectativa do próprio ordenamento jurídico, uma vez que o alcance do mandado de injunção na Carta Constitucional seria mais amplo que a simples comunicação da mora. Ademais, alegaram que o MI fora desenvolvido como ação de promoção da justiça no caso concreto, de forma a não ser devida a aplicação dos mesmos brandos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, isto é, do controle de constitucionalidade abstrato. Por fim, inobstante terem concordado que não se deve partir do pressuposto de que o Congresso Nacional não elaborará a norma em falta, argumentaram ser necessário observar a realidade de inúmeros direitos inviabilizados por omissões legislativas (BRASIL, 1995a).

De outro lado, os demais Ministros - Néri da Silveira, Moreira Alves, Aldir Passarinho, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello - se fundamentaram, em linhas gerais: a) no princípio da separação dos poderes; b) na jurisprudência já fixada pelo STF no MI 107-3/DF; c) no parágrafo 2º, do art. 103, da CF¹⁵, entendendo, por analogia, que o prazo para adoção de providências só deveria ser utilizado para omissões de órgãos administrativos e d) no fato de que o assunto em pauta - determinar em setenta o número de deputados estaduais de São Paulo, com o fito de suprir a ausência da

¹⁵ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (BRASIL, 1988).

lei complementar prevista no parágrafo 1º, do art. 45, da CF¹⁶ - consistiria em questão política, e não propriamente jurídica (BRASIL, 1995a).

Cinco anos depois, o mesmo debate se repetiu no julgamento do mandado de injunção 438-2/GO (BRASIL, 1995b). No caso, o Min. Velloso entendeu pelo emprego analógico da Lei 7.783/1989 para os servidores públicos, inobstante a inaplicabilidade à referida categoria, concluída pelo disposto no art. 16, do Diploma¹⁷. Diante disso, o Min. Sepúlveda aduziu importante argumento contrário de que, ao se conhecer o MI, implicitamente, declara-se a inexistência de norma regulamentadora do assunto, ainda que analógica. Assim, a adoção do voto de Velloso corresponderia a um paradoxo: por um lado se reconheceria a ausência de norma e, por outro, determinar-se-ia a aplicação, no caso concreto, de lei já existente (BRASIL, 1995b).

No mesmo sentido, tem-se ainda o mandado de injunção 611-3/SP, julgado em 2002 (BRASIL, 2002c), em que também restou parcialmente vencido o Min. Marco Aurélio ao votar pela “fixação de parâmetros suficientes ao exercício do direito assegurado constitucionalmente” (BRASIL, 2002c, p. 66). Por derradeiro, cumpre citar o MI 689-0/PB, o qual não foi conhecido, sob, dentre outros, o fundamento do Min. Eros Grau de que: “o mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer” (BRASIL, 2006, p. 7).

Posto isso, é proveitoso salientar ainda outro argumento em defesa desta corrente. Para tanto, cumpre rememorar que, inobstante o elemento semântico, gramatical ou literal dos cânones tradicionais preconize o enfoque ao enunciado linguístico, o sistemático prevê a interpretação conjunta dos dispositivos (NOVELINO, 2021). Sendo assim, não se deve levar em consideração apenas o inciso LXXI, do art. 5º, da CF para definir os efeitos do mandado de injunção, como também o inciso III, do art. 60, do mesmo Diploma¹⁸, correspondente à cláusula pétrea (BRASIL, 1988).

Em contrapartida, observa-se que os principialistas, diante de toda tendência teórica ao ativismo judicial, acabam por repudiar a posição não concretista. Como exemplo, tem-se o Min. Luís Roberto Barroso (1993, p. 4-5), o qual defende ser devido o suprimento da omissão

¹⁶ “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados” (BRASIL, 1988).

¹⁷ “Art. 16. Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido” (BRASIL, 1989a).

¹⁸ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes [...]” (BRASIL, 1988).

com a criação, pelo próprio Tribunal de norma com efeitos *inter partes*. Em suas palavras, o Judiciário “[...] substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária”.

Trata-se da corrente concretista individual, segundo a qual cabe ao órgão jurisdicional elaborar norma específica ao caso concreto, a qual terá eficácia apenas entre as partes envolvidas (NOVELINO, 2021).

Nesse sentido, no mandado de injunção 721-7/DF, julgado em 2007, o Min. Marco Aurélio alegou não existir violação à separação dos poderes, dado que o Judiciário, ao desenvolver normas apenas ao caso concreto, não elaboraria preceitos gerais e abstratos, como os criados pelo Legislativo. Mais do que isso, o Min. Eros Grau arguiu que a criação da norma nesse cenário se assemelharia à elaboração de súmulas vinculantes: ambas seriam incorporadas ao ordenamento jurídico, servindo à interpretação de todos os casos similares (BRASIL, 2007a).

Somando-se a isso, Grau asseverou que o cerne da questão corresponderia à necessidade de eficácia das decisões do Tribunal, haja vista que apenas a comunicação da mora ao Legislativo seria inócua. Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio propôs a reflexão de que os efeitos concedidos inicialmente ao instituto foram tão inexitosos que repercutiu no ínfimo número de impetração de MI¹⁹ (BRASIL, 2007a).

No ano seguinte, no MI 758-6/DF, decidiu-se, também com unanimidade, conferir o direito ao impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço para fins da aposentadoria especial, em razão da insalubridade do laboro. Para além disso, diante da proposta do Min. Gilmar Mendes, decidiu-se ainda notificar o Congresso Nacional acerca de sua omissão (BRASIL, 2008d).

Com efeito, o Min. Marco Aurélio argumentou que seria devida, em complemento, a supramencionada comunicação, uma vez que, em sua concepção, o Legislativo sequer sabia de sua mora. Mais do que isso, o Min. Gilmar Mendes declarou que o então presidente da Câmara dos Deputados havia lhe comunicado a organização de comissão, com o escopo de suprimir as omissões legislativas mais ostensivas (BRASIL, 2008d).

Ante o exposto, é manifesto o ativismo judicial perpetrado pelo Supremo, porquanto, segundo os próprios Ministros, além de o Congresso Nacional provavelmente não se recordar

¹⁹ Esse argumento será analisado e refutado no subcapítulo 4.2.

da necessidade de elaborar a Lei Complementar prevista no §4º, do art. 40, da CF²⁰, ele já estava se mobilizando para mitigar as suas principais inatividades. Inobstante isso, o Tribunal não optou por apenas notificar a mora do Legislativo e aguardar a criação da lei pelo poder eleito para tanto.

Isso posto, cumpre analisar as duas dimensões da judicialização da política, quais sejam: o deslocamento dos papéis legislativos e administrativos para o Judiciário e a disseminação do procedimento judicial para as searas executiva e política. Com base nas averiguações realizadas acima, é inconteste não apenas a ocorrência do primeiro aspecto no Brasil, como também que o mandado de injunção constitui um dos instrumentos a promovê-la, já que, por meio dele, o órgão jurisdicional vem atuando como legislador positivo (NUNES JUNIOR, 2016).

Como consequência inevitável disso, está a politização da justiça, através da qual os julgadores se tornam submissos à opinião social, de forma a pautarem as suas atitudes e decisões por ela, a qual não necessariamente é fundamentada em preceitos legais. Os votos proferidos são, pois, examinados pela perspectiva da ideologia e da política, tratando-se, por certo, de outro fato a prejudicar as árduas conquistas do Estado Democrático de Direito (FERREIRA FILHO, 1994).

Além disso, outra séria decorrência da usurpação de competências legislativas pelo Judiciário diz respeito justamente ao desprestígio da política²¹. O órgão jurisdicional se autoposiciona como solucionador da ineficácia dos direitos, bem como da corrupção e da inatividade legislativas, de modo que o Parlamento, inobstante a sua composição por representantes eleitos pelo próprio povo, vem perdendo a legitimidade.

Já, em 2009, chegou à Suprema Corte o MI 795/DF, com pedido idêntico ao do MI 758-6/DF de reconhecimento do direito à aposentadoria especial diante da ausência da lei complementar regulamentadora. Sendo assim, o Min. Joaquim Barbosa suscitou questão de ordem, a qual foi resolvida no sentido de se autorizar o julgamento monocrático de processos que possuíssem a mesma natureza de outros já decididos anteriormente pelo Plenário (BRASIL, 2009a).

²⁰ “Art. 40. § 4º. Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

²¹ Salienta-se que há, irrefutavelmente, outras razões para a ocorrência da depreciação legislativa, as quais não serão aqui abordadas, uma vez que não correspondem ao tema do presente trabalho.

Pouco mais de cinco meses depois, o MI 1.286/DF também com o mesmo objeto foi julgado monocraticamente pela Min. Cármen Lúcia, a qual citou tanto a decisão do MI 721-7/DF, a fim de fundamentar a opção pela posição concretista individual, quanto os MIs 795, 797, 809, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962 e 998, com o intuito de justificar a opção pela aplicação da Lei 8.213/1991, caso fosse demonstrado o preenchimento dos requisitos legais à autoridade competente, ante a ausência da norma regulamentadora prevista no art. 40, §4º, da CF (BRASIL, 2009b).

Ainda em virtude da inópia dessa lei, encontra-se o MI 6.988/RR, no qual a Turma unanimemente seguiu o voto do Min. Relator Marco Aurélio no sentido de julgar parcialmente procedente o pleito, de forma a também reconhecer o direito do impetrante, com a aplicação analógica da Lei 142/2013 (BRASIL, 2019a).

Para além disso, tem-se a corrente concretista intermediária, a qual defende, inicialmente, a comunicação da ausência da norma regulamentadora ao órgão competente, fixando-se prazo para elaborá-la. Vencido o lapso temporal determinado, o direito pleiteado é outorgado ao impetrante, nas condições previstas na decisão (NOVELINO, 2021).

Trata-se da posição adotada no MI 232-1/RJ, no qual a maioria seguiu, em relação ao mérito, o voto do Min. Relator Moreira Alves no sentido de conhecer parcialmente o pleito, declarando-se a mora do Congresso Nacional para que, no prazo de seis meses, suprisse a omissão. Na hipótese de manutenção da inatividade, o impetrante poderia gozar da imunidade pleiteada (BRASIL, 1992).

No entanto, quando do julgamento da preliminar de ilegitimidade *ad causam*, o Min. Moreira Alves arguiu existir somente a expectativa de direito no §7º, do art. 195, da CF²², de modo que a garantia à isenção de contribuição para a seguridade social só nasceria com o cumprimento dos requisitos estabelecidos na lei ordinária, não bastando ser entidade beneficente de assistência social (BRASIL, 1992).

Trata-se do entendimento adotado em relação ao §9º, do art. 42, da CF²³, no já analisado MI 107-3/DF, em que Ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Carlos Velloso votaram pelo seu não conhecimento ante à ilegitimidade ativa do impetrante (BRASIL, 1991a).

Inobstante isso, o Min. Carlos Velloso votou pelo conhecimento do MI 232-1/RJ, arguindo a existência de diferenças entre os dispositivos, haja vista que o §9º corresponderia à

²²“Art. 195. §7º § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.” (BRASIL, 1988).

²³“Art. 42. §9º. A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade.” (BRASIL, 1988).

delegação da criação legislativa por parte do Poder Constituinte Originário ao legislador ordinário, enquanto o §7º conferiria o direito às entidades que preenchessem os requisitos legais (BRASIL, 1992).

Ademais, os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso votaram pelo deferimento do pedido, de modo a se aplicarem ao caso os requisitos previstos no art. 14, do Código Tributário Nacional²⁴. Com efeito, trata-se do mesmo entrave vislumbrado no MI 438-2/GO: defende-se a declaração da omissão legislativa, ao mesmo tempo que a utilização da integração analógica. Somando-se a isso, assim como no MI 438-2/GO, o Min. Sepúlveda Pertence contestou essa incongruência, evidenciando que a opção pelo uso da analogia encontraria amparo lógico apenas se os Ministros Marco Aurélio e Velloso defendessem o não conhecimento do mandado de injunção (BRASIL, 1995b).

Diante da análise comparativa do MI 232-2/RJ com o MI 107-3/DF, observa-se que os Ministros sequer respeitam os pronunciamentos feitos por eles mesmos em julgados anteriores. Assim, já era esperado que se importariam menos ainda com o entendimento fixado pela Corte como um todo. De fato, é o que se percebe quando da análise do MI 438-2/GO, no qual os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso mantêm um posicionamento incongruente e já refutado no MI 232-2/RJ.

Mais do que isso, verifica-se que, enquanto a corrente não concretista era majoritária nos anos inaugurais de vigência da Constituição Federal de 1988, os Ministros da Corte Suprema já decidiam arbitrariamente com base na posição concretista intermediária, como se observa nos próprios julgados aqui analisados. Por exemplo, em agosto de 1990, foi adotada a posição não concretista no MI 219-3/DF; já no mesmo mês do ano seguinte, aderiu-se à corrente concretista intermediária com o julgamento do MI 232-2/RJ e, por fim, em novembro de 1994, retomou-se o posicionamento não concretista no MI 438-2/GO (BRASIL, 1995b).

Apesar da sistemática de precedentes judiciais instituída pelo Código de Processo Civil, de 2015, essa realidade de alteração súbita de entendimentos continua vigente no país. Por certo, o fato de a Corte responsável pela guarda da magna carta não respeitar seus próprios julgados constitui embaraço à efetivação da uniformização jurisprudencial pelos tribunais nacionais, prevista no *caput*, do art. 926, do CPC.²⁵

²⁴ “Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.” (BRASIL, 1966).

²⁵ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” (BRASIL, 2015).

Trata-se, em suma, da averiguação prática do sistema da *civil law*, o qual difere da *common law*, no que tange à observância dos precedentes judiciais. Portanto, a elaboração preliminar de lei regulamentadora do MI, conforme averiguado na discussão inaugural deste subcapítulo, teria sido essencial à uniformização de efeitos das decisões.

Para além disso, ressalta-se que a corrente concretista intermediária não é aplicável a todos os julgados, conforme restou determinado no MI 283-5/DF (BRASIL, 1991c) e ratificado tanto pelo Min. Sepúlveda Pertence no voto vencedor do MI 361-2/DF (BRASIL, 1994), quanto pelo Min. Celso de Mello no MI 472-2/DF (BRASIL, 2001b). Isso porque, a fixação de prazo para a criação da norma regulamentadora apenas é eficaz quando cabível o estabelecimento de consequências ao sujeito passivo, isto é, se o sujeito passivo do direito impossibilitado de ser exercido corresponde ao ente federal responsável pela mora (BRASIL, 1991b).

Por derradeiro, tem-se a posição concretista geral, segundo a qual a norma criada pelo julgador deveria apresentar efeitos *erga omnes* (NOVELINO, 2021). A propósito, no julgamento dos MIs 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio foram mais cautelosos, restringindo a aplicação da Lei 7.783/89 apenas à categoria de policiais civis do Espírito Santo representada pelo Sindicato impetrante. No entanto, venceu a tese liderada pelo Min. Gilmar Mendes de que a decisão deveria ser válida a todos os servidores públicos (BRASIL, 2008a, 2008b, 2008c).

Como exemplo dessa posição, tem-se ainda o MI 4.733/DF, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros contra o Congresso Nacional, em nome da criminalização da homofobia e da transfobia. Isso sob os fundamentos de que violariam direitos e liberdades fundamentais, previstos no inciso XLI, do art. 5º, da CF²⁶, bem como seriam espécies de racismo. À vista disso, a parte impetrante requereu a fixação de prazo para que as Casas Legislativas elaborassem a lei criminalizadora, de modo que, caso o Congresso permanecesse inerte ou a Corte entendesse desnecessário o estabelecimento de lapso temporal, fosse promovida a inclusão das condutas homofóbicas e transfóbicas na Lei do Racismo, nº 7.716/89 (BRASIL, 2020b).

Nesse julgado restou vencido o Min. Marco Aurélio, o qual votou no sentido de não conhecê-lo, sob os seguintes argumentos: a) a inexistência do direito subjetivo à criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas; b) a violação ao art. 22, inciso I, da

²⁶ “Art. 5º. XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” (BRASIL, 1988).

CF²⁷, com a usurpação da competência de legislar sobre o direito penal; c) o descumprimento do princípio da separação dos poderes; d) a não abrangência das discriminações em razão da orientação sexual na Lei do Racismo; e e) a transformação das descrições legais dos crimes em interpretações judiciais, ferindo-se a segurança jurídica (BRASIL, 2020b).

Deveras, de acordo com o penalista Cleber Masson (2021), a lei é a única fonte formal imediata do Direito Penal, visto que, à luz do inciso XXXIX, do art. 5º, da CF²⁸, apenas ela pode criar crimes e estabelecer as penas respectivas. Logo, um delito jamais poderia ser criado pelo Poder Judiciário, senão com violação frontal à Carta Constitucional.

Ademais, em virtude do princípio da reserva legal, a integração analógica somente pode ser utilizada no que tange às lacunas das leis não incriminadoras, isto é, das leis que não criam crimes, tornando lícitas condutas típicas - leis permissivas -, excluindo a culpabilidade ou a imputabilidade - leis exculpantes - ou explanando a temática de outras leis - leis interpretativas (MASSON, 2021).

Ainda em razão do suprarreferido princípio, é defesa a utilização, no Direito Penal, da analogia *in malam partem*, não sendo possível, pois, suprir uma lacuna legal por meio de lei maléfica ao acusado (MASSON, 2021). Trata-se, do ocorrido no mandado de injunção analisado, uma vez que o art. 1º, da Lei 7.716/1989 estabelece que serão punidos, com base nela, apenas os delitos advindos de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 1989b). Por conseguinte, não há menção aos crimes cometidos em razão da orientação sexual, de forma que o emprego da Lei a esses casos constitui uso da analogia em prejuízo ao réu.

Posto isso, cumpre mencionar que Karl Loewenstein (1979) desenvolveu a classificação ontológica das constituições, dividindo-as em: normativas, nominais e semânticas. As primeiras correspondem às eficazes, uma vez que são respeitadas pelas partes interessadas, de forma estarem incorporadas pela sociedade estatal e vice-versa. Já as segundas não possuem a dinâmica do processo político amoldada a elas, de modo a não existir conformidade entre as normas constitucionais e as demandas de poder. Inobstante isso, apresentam o escopo de se tornarem normativas, determinando a dinâmica de poder, e não o contrário. Por último, as semânticas não funcionam como limite ao poder, e sim como instrumento dos dominadores de fato.

²⁷ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.” (BRASIL, 1988).

²⁸ “Art. 5º. XXXIX - XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, Novelino (2021) classifica a Constituição de 1988 como nominal, haja vista que especialmente os direitos sociais ainda carecem de normatividade. Assim, considerando a vigência há mais de trinta anos, é inconteste tanto a morosidade na efetivação dos direitos, quanto a expectativa e pressão populacional pelas concretizações. Desta feita, em um primeiro momento, o julgamento do MI 4733/DF aparenta ter sido positivo frente às corriqueiras discriminações sofridas pelos homossexuais e pelos transexuais.

Todavia, em um segundo momento, com a análise aprofundada do remédio constitucional em questão, da função do Poder Judiciário e, especialmente, do disposto na própria Constituição Federal, é manifesta a inconstitucionalidade dessa forma de julgar no mandado de injunção. Em síntese:

[...] A decisão do Supremo Tribunal Federal tem o mérito de jogar luzes para o grave cenário de omissão legislativa, baseada sobretudo no preconceito e no falso moralismo, e pressionar o Congresso Nacional a finalmente, mais de três décadas após a entrada em vigor da Constituição Federal, fazer seu papel e dispensar tratamento do Direito Penal a crimes motivados pela homofobia e pela transfobia. É preciso reconhecer, entretanto, que para tutelar algumas liberdades fundamentais o Supremo Tribunal Federal incidiu em grave erro, e olvidou-se de outra liberdade fundamental, conquistada a duras penas ao longo da história da humanidade: o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal. (MASSON, 2021, p. 24).

De fato, consoante o Min. Marco Aurélio (2020b, p. 269), “a inoperância do texto constitucional é situação a ser combatida, ante o apelo do cidadão em tal sentido.” Entretanto, é incongruente buscar a concretização das normas constitucionais através de meios inconstitucionais.

Somando-se a isso, o Min. aduziu ainda que a opção pela inclusão do preconceito relativo à orientação sexual na Lei do Racismo seria contraditória com o julgamento do Inquérito 3.590 (BRASIL, 2020b). Nesse caso, o Procurador-Geral da República ofereceu denúncia contra o deputado Marco Antônio Feliciano pela prática do delito previsto no art. 20, da Lei 7.716/1989²⁹. Considerando que se tratava de conduta homofóbica e transfóbica, o voto do Min. Relator Marco Aurélio foi acolhido unanimemente pela Primeira Turma, a fim de se absolver o acusado, com base no art. 386, inciso III, do CPP³⁰ (BRASIL, 2014).

²⁹ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.” (BRASIL, 1989a).

³⁰ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: III - não constituir o fato infração penal.” (BRASIL, 1941).

Ademais, constata-se que o MI 4.733/DF constitui exemplificação da já exposta politização da justiça. Apesar da nítida violação à Lei Maior, a maior parte dos Ministros da Corte Suprema optou pela criminalização, pois, dentre outros fatores, voto em sentido contrário seria vislumbrado pela população leiga como preconceituoso. Trata-se de um círculo vicioso: os julgadores judicializaram o fenômeno político a partir da escolha das correntes concretistas e, ao usurparem as atribuições do Legislativo, ocasionaram a politização da seara judicial, ferindo o próprio Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, realizando-se busca no sítio eletrônico do STF, observa-se que não houve, em nenhum mandado de injunção, discussão relativa aos argumentos garantistas e principialistas no que tange à prática proativa do Judiciário³¹ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021b). Mais do que isso, não houve sequer o uso da expressão “ativismo judicial” nesses julgados³² (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021b). Depreende-se, pois, tanto a superficialidade das discussões, porquanto realizadas sem o embasamento teórico de duas das principais teorias jurídicas sobre o tema; quanto a tentativa inócua de não associar as suas decisões a uma atuação fora dos limites constitucionais.

3.3. A INCOMPATIBILIDADE DAS CORRENTES CONCRETISTAS COM A TEORIA GARANTISTA

De plano, cumpre evidenciar que a Constituição Cidadã instituiu os denominados por Sérgio Cademartori e Carlos Luiz Strapazzon (2012, p. 6424) de “institutos constitucionais de garantia judicial de direitos e liberdades”, classificados, didaticamente em oito espécies, dentre as quais se encontram as ações constitucionais e, assim, o mandado de injunção. De fato, a CF/88 implementou forte sistema de garantias, em nome da concretização do extenso rol de direitos assegurados, o que conferiu ao ordenamento jurídico brasileiro a natureza garantista.

De acordo com Ferrajoli (2012b), a Constituição brasileira de 1988 deu início ao constitucionalismo de terceira geração, caracterizado justamente pela presença de elaboradas garantias. Deveras, a Carta brasileira apresentou avançadas inovações, a citar a previsão de grande número de direitos sociais, de cláusulas pétreas e do controle de constitucionalidade duplo. Nesse contexto, as antinomias, causadas pelas violações aos direitos por comissão, com a elaboração de normas contrárias aos direitos fundamentais são solucionadas tanto pelas

³¹ Pesquisa realizada por meio da ferramenta de busca do sítio eletrônico do STF, no dia 19/12/2021.

³² Pesquisa realizada por meio da ferramenta de busca do sítio eletrônico do STF, no dia 19/12/2021.

garantias primárias, representadas pela própria rigidez desses direitos, quanto pelas secundárias, com o controle de constitucionalidade.

A problemática se encontra nas lesões resultantes de omissão, haja vista que o Poder Legislativo não poderia ser compelido a suprir as lacunas. Como saída, a CF/88 estabeleceu como via primária os vínculos orçamentários para a promoção de direitos sociais, a exemplo da saúde e da educação e como via secundária, dentre outros, o mandado de injunção. No primeiro caso, observa-se a transmutação de possível lacuna em antinomia, ou seja, de possível omissão em desrespeito à legislação que reivindica a instituição de garantias primárias; de forma que o verdadeiro entrave corresponde às lacunas da via secundária (FERRAJOLI, 2012b).

A propósito, para Ferrajoli (2007), mais relevantes que as garantias de exclusão das antinomias são as garantias, cuja implantação pelo legislador ordinário é determinada pela magna carta. Isso porque, em sua ausência, ainda que continuem a existir os direitos fundamentais, originam-se as lacunas, isto é, a razão determinante da ilegitimidade dos ordenamentos jurídicos.

Nesse sentido, a recomendação do jurista para instituir a legalidade do garantismo é justamente a reformulação da própria ciência legislativa, fundamentando-a na garantia dos direitos fundamentais, ainda que essa renovação jamais seja capaz de desenvolver o ordenamento jurídico sem quaisquer omissões. Isso porque, as imperfeições são parte de qualquer sistema e de forma mais evidente nos países, como o Brasil, cuja Carta Constitucional prevê fartos direitos de árdua concretização (FERRAJOLI, 2002a).

Diante disso, é viável a instauração de garantias secundárias jurisdicionais para saná-las. No entanto, são vigentes os limites atrelados à natureza da condenação, da anulação ou da extinção do ato objeto de análise judicial. Como parcial solução a isso, estão as decisões aditivas, agregativas, integrativas, manipulativas ou substitutivas, por meio das quais a Corte Constitucional Italiana declara ilegítima a parte da norma que não prevê o seu cabimento a fatos ou pessoas (FERRAJOLI, 2007).

Nesse contexto, Ferrajoli (2007) declarou que os controles de constitucionalidade por omissão desenvolvidos nas Constituições portuguesa e brasileira correspondem à garantia mais problemática, uma vez que se restringem à comunicação da omissão ao órgão competente. Para ele, não haveria óbice o reforço da garantia, com o estabelecimento, por exemplo, de prazo de atuação.

Então, Cademartori e Strapazzon (2012) propuseram a reflexão relativa à possível falácia do argumento garantista de impossibilidade da atuação proativa do Judiciário como forma de suprir uma omissão inconstitucional. Para tanto, aduziram que esse entendimento subjugaria ao princípio da soberania popular o conceito de democracia, de forma a preterir a sua dimensão material. Dessa forma, inexistiria democracia, dado que ela, à luz do pensamento ferrajoliano, só poderia ser compreendida no sentido de democracia constitucional, correspondente à soma dos aspectos formais e materiais.

Mais do que isso, arguíram ser o mandado de injunção não apenas uma garantia secundária prevista na teoria garantista, como também um imperativo para o devido desempenho do Estado Democrático de Direito, ante à indispensabilidade de concretização dos direitos (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012).

De fato, de acordo com Ferrajoli (2002a, p. 687), o Poder *Sub Lege* pode ser compreendido de duas formas: como “débil, lato ou, formal, no qual qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercitado nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos”, de modo a englobar os ordenamentos jurídicos autoritários marcados apenas pela formalidade de elaboração normativa; e como “forte, estrito, ou substancial, no qual qualquer poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos”, de maneira a abranger apenas os ordenamentos constitucionais, visto que apresentam também limites materiais.

Além disso, consoante a definição formal ou procedimental de “democracia”, esta consiste em uma técnica de elaboração das decisões públicas e em um complexo de normas, o qual determina justamente que a maior parte da população deve elaborar, direta ou indiretamente, as supracitadas decisões. A despeito de corresponder à concepção majoritária, Ferrajoli demonstra, a partir de quatro fundamentos, a sua insuficiência pela: a) violação às respectivas conquistas do Estado de Direito e do Estado Constitucional de Direito: não aceitação de poderes não submetidos à lei e a inexistência de poderes ilimitados do povo; b) inópia dos limites substanciais; c) desconsideração da relação entre a democracia e os direitos primários ou substanciais, isto é, direitos de liberdade individuais, os quais apresentarão efetividade proporcional às garantias de direitos sociais; e d) contradição dos entendimentos de que o povo só é limitado por ele mesmo e de que, na realidade, o povo não equivale a uma homogeneidade, de modo que nem sempre quem exerce o poder será o mesmo sobre o qual o poder é exercido (FERRAJOLI, 2007).

Por conseguinte, a concepção de democracia dentro do garantismo pode ser verificada a partir de quatro aspectos, correspondentes às classes de direitos fundamentais, quais sejam: civil, político, social e liberal. Os dois primeiros compõem a dimensão formal da democracia e garantem a autonomia política, sendo chamados de “secundários”, “instrumentais” ou “formais”, enquanto os últimos integram a dimensão substancial e asseguram a autonomia privada, sendo conhecidos por “primários”, “finais” ou “substanciais” (FERRAJOLI, 2015).

Em suma, o Estado de Direito somente é sinônimo de garantismo quando utilizado em ambos os sentidos, apresentando, pois, como característica, no âmbito formal, o princípio da legalidade e a sujeição de todos os poderes à lei e, no substancial, a atuação de todos os poderes em nome da garantia dos direitos fundamentais, com a proibição de lesão, com o dever de concretização e com o poder populacional de busca pela tutela jurisdicional (FERRAJOLI, 2002a).

No entanto, o aspecto substancial de que todos os poderes devem auxiliar na efetivação das garantias não significa que o Judiciário esteja, no garantismo, autorizado a atuar como legislador positivo. Pelo contrário, Ferrajoli (2002a), ao analisar casos relativos aos direitos sociais que demandam atuação positiva do Estado, cujas leis de concretização dos direitos são inexistentes, aduz que a inópia da legitimação formal obstaculiza a substancial. Isso porque as lacunas legais tornam impossível a tutela dos direitos pelos magistrados, senão com a negação à justiça. Trata-se de crise não somente jurídica, como também política, a qual mitiga a legitimidade jurídica, ao passo que propicia o ativismo judicial.

Ademais, o jurista divide o princípio da separação dos poderes em sua dimensão mais radical como separação entre a esfera pública e privada, a fim de que aquela não se torne submissa a esta; e em sua dimensão clássica como separação entre as funções de garantia e de governo: “funções de graus diferentes, como a produção e aplicação das mesmas normas, não podem ser imputadas ou exercidas pelos mesmos sujeitos”³³ (FERRAJOLI, 2007, p. 198, tradução nossa). Isso sob o fundamento de que possuem fontes diferentes de legitimação, uma vez que os Poderes Legislativo e de Governo para serem legítimos demandam a representação da soberania popular, enquanto o Judiciário requer a submissão apenas à lei (FERRAJOLI, 2007).

São dois os fundamentos da separação dos poderes: o primeiro consiste no fato de que a atividade jurisdicional, sendo cognitiva, somente é válida se submissa apenas à busca pela

³³ No original: “no pueden ser imputadas ni ejercidas por los mismos sujetos funciones de grado distinto, como son la producción y la aplicación de las mismas normas”.

verdade. O segundo corresponde justamente à questão de que as decisões judiciais incidem nos cidadãos individualmente, de modo que o fato de terem sido firmadas pela maioria populacional não é razão suficiente para o seu acolhimento (FERRAJOLI, 2002a). Em síntese, o Judiciário jamais pode decidir com base na opinião majoritária da sociedade, diversamente dos integrantes do Legislativo, os quais foram eleitos pelo povo, devendo representá-los.

Somando-se a isso, tem-se que o Estado de Direito, como submissão dos Poderes Públicos à lei, e a jurisdição, como sistema de limites à atuação deles, estão relacionados de tal forma nos Estados, cujas democracias são desenvolvidas, que a evolução de um coincide com a do outro. Mais do que isso, a disseminação do princípio da legalidade promoveu a ampliação dos espaços de jurisdição, dado que quanto maiores as vedações e os deveres impostos aos poderes, maiores são as probabilidades de serem infringidos (FERRAJOLI, 2017). Sendo assim, o Judiciário se fortaleceu justamente como forma de garantir a subordinação dos demais poderes à lei.

Essa conjuntura de garantir a sujeição dos poderes à lei como forma de mitigar o desrespeito da vontade da maioria que a produziu, somada ao impedimento de decisão da maioria quanto à tutela dos direitos fundamentais, em especial da vida e da liberdade consiste no caráter democrático-substancial da jurisdição. Todas essas incumbências reforçam justamente o fundamento da separação dos poderes e da própria independência do Judiciário (FERRAJOLI, 2017).

A propósito, a submissão apenas à lei demanda os “três perfis da imparcialidade” do juiz, quais sejam: a) a equidistância, correspondente à distanciação das partes do processo; b) naturalidade, consistente na pré-fixação de suas competências e no afastamento de servidores comissionados; e c) a independência, relativa à separação da política e dos demais Poderes Públicos (FERRAJOLI, 2002a). Em suma, não se trata de:

[...] um sujeito ‘representativo’, não devendo nenhum interesse ou desejo - nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos - condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivos lesados: como se viu no parágrafo 37, contrariamente aos poderes executivo e legislativo que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias (FERRAJOLI, 2002a, p. 464).

Tendo em vista a impossibilidade de o Judiciário suprir as omissões legais, a partir de agora, abordar-se-á como o entrave da inatividade do Legislativo deve ser superado.

De início, cumpre anotar que a elaboração normativa nem sempre constitui a solução para o exercício de direitos, de liberdades ou de prerrogativas. Por certo, vigora no Brasil a denominada “legislação simbólica”, caracterizada, diante da pressão social e midiática, pela criação de normas, as quais sequer possuem a possibilidade de serem concretizadas. Com isso, além de não se resolver o problema em questão, acaba-se por criar obstáculo para a sua solução, haja vista que aparentemente já não existe mais (NEVES, 1994).

Nesse diapasão, faz-se profícuo examinar os dados de vítimas da homofobia e de transfobia no Brasil antes e depois da criminalização realizada pelo STF em 2019. Nos anos de 2017, 2018 e 2019, de acordo com o Grupo Gay da Bahia, 387, 320 e 297 pessoas foram, respectivamente, assassinados no país, em razão da supracitada discriminação (MOTT; MICHELS; PAULINHO, 2017; MICHELS, 2018; OLIVEIRA; MOTT, 2019). Em 2020, os números caíram para 224 e, em 2021, até o mês de agosto, foram contabilizadas 187 mortes violentas de indivíduos LGBTQIA+ (GASTALDI et al., 2020; OBSERVATÓRIO..., 2021). Diante disso, considerando que: a) entre os anos de 2017 e de 2018 houve queda maior que entre 2018 e 2019, quando houve a criminalização; b) os números se mantêm elevados até a atualidade; e c) a redução em 2020 se deu, em grande medida, pela pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, questiona-se se a criação de crime pelo STF foi, de fato, uma medida eficaz.

Com isso, observa-se que a criminalização funcionou apenas como a, denominada por Neves (1994, p. 41), “fórmula de compromisso dilatório”, isto é, como maneira de protelar a efetiva solução do problema, ao mesmo tempo que manipulou a opinião popular no que tange à pretensa imprescindibilidade da proatividade judicial para resolver as adversidades do país. Todavia, o Judiciário, ao usurpar a competência do Legislativo, impede ainda que este poder resolva o entrave da forma que acha devida e que, muitas vezes, é até mesmo mais eficiente.

Além disso, a população é a responsável pela eleição dos parlamentares, de modo que as formas de atuação escolhida por eles foram aceitas pela maioria do povo. Mais do que isso, não obstante o Judiciário de fato possua função contramajoritária, o seu pleno exercício jamais exigiu a prática do ativismo judicial.

Tratando-se agora propriamente da resposta de Ferrajoli (2012b) ao questionamento de Cademartori e de Strapazzon, o jurista arguiu veementemente não existir falha em sua teoria avessa à atuação positiva do Poder Judiciário. Pelo contrário, a expansão judicial alicerçada no modelo garantista atesta o reforço do mandado de injunção justamente às garantias de contenção judicial e ao próprio sistema de atuação negativa do Judiciário.

Isso porque, no julgamento dos MIs, conforme o autor, não se elaboraria norma com abstração e generalidade, mas apenas de efeito *inter partes*. Ademais, o posicionamento a que a teoria garantista diverge refere-se ao neoconstitucionalista, de que as decisões judiciais corresponderiam a fontes, isto é, a atos elaboradores de normas que alteram o ordenamento jurídico. Com isso, seriam afetados os princípios brasileiros do Estado Democrático de Direito, quais sejam: a separação dos poderes, a legalidade e a submissão dos julgadores apenas à lei - e não à vontade política (FERRAJOLI, 2012b).

Com efeito, Ferrajoli (2012b) ressalta que somente a força de autoridade pode ser fonte do direito, a exemplo das leis elaboradas pelo Poder Legislativo. Isso diferentemente dos precedentes, os quais apresentam apenas a qualidade de persuasão. Por conseguinte, não devem ser obrigatoriamente observados em decisões futuras, a despeito de, em face do princípio constitucional da isonomia, poderem.

Apesar da resposta do jurista, diante da averiguação realizada no subcapítulo 3.2, observa-se que não vigentes apenas decisões de eficácia limitada às partes. A propósito, trata-se de temática expressamente abordada na obra na qual foi realizado o questionamento, restando, assim, manifesta a tentativa inócua do Ferrajoli de se esquivar da resposta à crítica realizada, até porque o modo ativista de decisão do mandado de injunção, data vênua aos que divergem, não é prática exigida pelo Estado de Direito, defendido ele. Pelo contrário, embora o jurista afirme - como já analisado - a necessidade da “funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos”, ele não autoriza a usurpação da competência de um poder pelo outro para tanto (FERRAJOLI, 2002a, p. 688).

Diante disso, observa-se que a verdadeira incongruência está no fato de Ferrajoli entender como compatível com a sua teoria as decisões de efeitos *inter partes*. Sabe-se que, no caso dos mandados de injunção coletivos, a outorga do direito pleiteado é realizada a toda a coletividade, grupo, classe ou categoria substituída pela parte impetrante. Dessa forma, tem-se uma decisão de efeitos *ultra partes*, com vultuosas semelhanças com as leis.

Constata-se, pois, a seguinte aporia: de um lado, o mandado de injunção corresponde à garantia secundária fundamental na teoria ferrajoliana, uma vez que visa a reparar as ofensas às garantias primárias, correspondentes à vedação de desrespeito aos direitos individuais e - como no caso - a dever de concretização dos direitos sociais (FERRAJOLI, 2007). De outro lado, as decisões, cujas eficácias transcendem aos impetrantes constituem explícita lesão às seguintes teses garantistas: a) de que as lacunas estruturais devam ser sanadas somente pelo

Legislativo, com a elaboração das normas suprimidas; e b) de que é fundamental a redução máxima dos espaços de poder do Judiciário.

Para além disso, sabe-se que o modelo neojuspositivista não findou os avanços dos outros sistemas, caracterizando-se, assim, pela positivação tanto da forma democrática e do princípio da separação dos poderes, quanto dos direitos fundamentais como limites substanciais à atuação jurisdicional (FERRAJOLI, 2015). Logo, ser partidário das correntes concretistas do mandado de injunção, inclusive a individual, é contrariar as árduas conquistas do constitucionalismo, averiguadas pelo próprio Ferrajoli.

Posto isso, cumpre analisar a compreensão de Streck (1999), segundo a qual, a despeito de a atual sociedade ser caracterizada por litígios transindividuais, ainda prepondera, no Brasil, o modelo de criação do direito pautado no individual-liberalismo, no qual os julgadores, em regra, estão aptos a solucionar apenas os casos interindividuais, cujas soluções já estão pré-estabelecidas no catálogo de normas.

Assim, institutos, como o mandado de injunção, teriam se tornado ineficazes, de modo a se engendrar o seguinte entrave: de um lado, a vigência da Constituição de 1988, com características garantistas, e do outro, a ineficácia dos direitos nela previstos. Sendo assim, o jurista gaúcho é partidário da transferência de decisões dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, sob o fundamento de Streck (1999):

O Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isto, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Por isto a inexorabilidade desse “sensível deslocamento” antes especificado. (STRECK, 1999, p. 38)

Nessa conjuntura, Streck (1999) demonstra a necessidade da atuação intervencionista do Judiciário por meio de exemplos, dos quais se analisará dois. O primeiro se refere às concessões judiciais de medicamentos e o segundo, às determinações de criação de vagas escolares nos estabelecimentos de ensino público, com a responsabilização penal dos prefeitos pela insuficiência delas.

De plano, constata-se que correspondem a casos diversos dos impugnados no presente trabalho, visto que possuem respaldo legal. No primeiro caso, tem-se o art. 6º, da CF que prevê a saúde como direito social; já no segundo, o art. 208, do mesmo Diploma, em seu §1º, estabelece que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e em seu §2º, dispõe que a não oferta ou a oferta irregular implica na responsabilização da autoridade competente.

Entretanto, ainda que nessas situações o Judiciário não tenha criado normas, ressalta-se que também constituem a prática do ativismo judicial. Mais do que isso, é notório cenário oposto ao previsto por Streck: o Judiciário mantém a lógica liberal-individual nas decisões referentes à efetivação dos direitos sociais, o que, à primeira vista, parece solucionar o problema ao conceder os direitos às partes. No entanto, conforme explicitado por Virgílio Afonso da Silva (2008), o órgão jurisdicional não é habituado às políticas públicas previamente estabelecidas pelo Poder Legislativo. Por consequência, outros obstáculos são criados a partir desse protagonismo judicial, quais sejam: os recursos destinados ao cumprimento das sentenças serão retirados de outra área que deles necessitava e a efetivação do direito da parte autora não corresponderá à de toda a sociedade.

Logo, evidencia-se a impossibilidade de se tratar os direitos sociais como os individuais, visto que, concedendo direitos aleatória e individualmente, estar-se-ia ignorando as políticas públicas já formuladas em relação a eles. Trata-se do ocorrido no já analisado mandado de injunção 758-6/DF, no qual, a despeito da formação de comissão legislativa para suprir a omissão em questão, o Judiciário outorgou o direito à parte impetrante. Desconsidera-se por meio de decisões assim, não apenas o princípio da separação dos poderes, como também a própria natureza coletiva dos direitos sociais, os quais demandam para a devida efetivação, políticas analisadas globalmente, diante da própria finitude dos recursos governamentais (SILVA, 2008).

Com isso, corrobora-se a tese aqui defendida de que decisões de efeito *inter partes* também podem configurar a prática do ativismo judicial, diversamente do arguido por Ferrajoli. Por certo que os exemplos citados por Streck são menos ativistas que os julgamentos dos mandados de injunção, os quais criam verdadeiras leis, de modo a apresentarem repercussões ainda mais gravosas.

Nesse contexto, observa-se que, ao invadir a competência do Legislativo sem possuir a fonte de legitimação deste poder, isto é, a representação da soberania popular, o Judiciário acaba por desrespeitar a sua própria fonte de legitimação, de submissão apenas à lei. Vislumbra-se, assim, o seguinte paradoxo: um poder ilegítimo, cuja função de garantia

secundária é justamente a de controlar os atos ilegais ou inválidos dos demais poderes. De fato, o poder jurisdicional deveria apenas interferir nas ações ilegítimas da política e da economia, mas jamais nas legítimas, sob pena de restar configurado a proatividade judicial (FERRAJOLI, 2007).

Considerando o entendimento de que a atuação expansiva do Judiciário promoveria a concretização dos direitos constitucionais, questiona-se o porquê de a Constituição de 1988 ainda não ter sido efetivada não obstante todo o ativismo vivenciado atualmente no Brasil. A resposta somente pode ser a de que o órgão jurisdicional, ao atuar como legislador positivo, sob o pretexto de outorgar direitos, viola as normas basilares do próprio Estado Constitucional de Direito. Nessa conjuntura, os fins não justificam os meios empregados; pelo contrário, as formas utilizadas para atingir as concretizações de direitos ceifam os avanços do constitucionalismo que viabilizaram justamente a previsão deles na Lei Maior.

Nesse sentido, atesta-se que, de fato, o Judiciário é primordial na concretização de direitos, inclusive em razão de sua função contramajoritária. No entanto, a atuação como legislador positivo não foi autorizada pela Constituição; pelo contrário, esta explicitou que a produção normativa é atributo político do Legislativo.

Desta feita, o próximo capítulo irá analisar, de início, justamente as razões que tornaram o Brasil terreno fértil ao ativismo judicial, inobstante a sua supramencionada inconstitucionalidade.

4. O ATIVISMO JUDICIAL

4.1. O ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA

A jurisprudência constitucional brasileira abrange três estágios, quais sejam: a) a fase da ressaca, instituída com a promulgação da Constituição Cidadã e a necessidade de interpretação de todas as normas infraconstitucionais em sua conformidade; b) a fase da constitucionalização, iniciada no final da década de 1990, quando os tribunais deixam de ser meros aplicadores do direito, para realmente interpretá-lo; e c) a fase ativista, estabelecida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e pelo estímulo a práticas ativistas em todas as instâncias jurídicas (TRINDADE, 2012).

Justamente nesse último período, erigiu-se o ativismo judicial à brasileira, caracterizado por falaciosas recepções teóricas e por equivocados sincretismos, dado que, diante da demanda por novas teorias jurídicas que viabilizassem a efetivação da moderna e revolucionária Constituição Cidadã, a jurisprudência e a doutrina nacionais importaram, sem a devida análise, teses estrangeiras. Com isso, o ativismo judicial estadunidense, a jurisprudência dos valores alemã e a teoria da argumentação jurídica de Alexy tornaram-se, no país, a personificação da errônea ideia de que a atuação expansiva do Judiciário seria indispensável à concretização dos direitos fundamentais (STRECK, 2011).

Isso posto, cumpre tratar da importação do ativismo norte-americano, a qual foi realizada de forma tão superficial que até hoje essa prática é erroneamente compreendida ora como simples aumento das incumbências judiciais, ora como a atividade progressista e indispensável à efetivação dos direitos, desprezando-se, com isso, dois influentes fatores (TASSINARI, 2013).

Um deles consiste na própria atuação política do Judiciário explícita na experiência norte-americana (TASSINARI, 2013). A propósito, colacionam-se os resultados da pesquisa realizada por Epstein, Knight e Martin (2001) em relação ao comportamento dos *justices* da Suprema Corte norte-americana. Comprovou-se, empiricamente, que, durante o governo de presidentes e de senadores democratas, os julgadores de ideologia moderada apresentam a tendência a decidir de forma mais liberal; enquanto que, sob a gestão de republicanos, possuem a propensão de votar conservadoramente.

Mais do que isso, Cass Sunstein, David Schkade, Lisa Ellman e Andres Sawicki (SUNSTEIN et al., 2006), por meio da análise dos *hard cases*, nos quais os textos normativos

em si são incapazes de solucionar a lide, constataram que um órgão julgador composto por três democratas enuncia decisões liberais em 62% das vezes; enquanto que o formado por três republicanos decidem de modo liberal apenas em 36% das vezes.

Já a segunda desconsideração refere-se ao fato de que os Estados Unidos e o Brasil apresentam sistemas jurídicos diversos, o que altera a relação dos países com o ativismo judicial (TASSINARI, 2013). Deveras, nos Estados de tradição romano-germânica é mais fácil a configuração dessa prática, porquanto o Judiciário não está apto a elaborar normas jurídicas; diferentemente das famílias anglo-saxônicas, nas quais, embora as funções legislativas e jurisdicionais também sejam diversas - já que apenas os julgadores estão vinculados a uma lide, devendo ainda fundamentar as suas decisões - são mais próximas, permitindo-se que as decisões judiciais não apenas concretizem direitos, como também inovem o ordenamento jurídico. Nessa conjuntura, nos países adeptos da *common law*, o ativismo é vislumbrado positivamente, no sentido de que adaptaria as normas às mudanças sociais (RAMOS, 2015).

Não obstante as fulcrais diferenças entre essas tradições, vem se assistindo, com a globalização, a tentativa de aproximação entre elas. Por certo que, no Brasil, busca-se importar a tese de observância dos precedentes, os quais constituem fonte primária da *common law*. Como corroboração disso, tem-se a própria criação das súmulas vinculantes (TASSINARI, 2013).

Todavia, na prática, acaba-se por constatar quatro classificações de diferenças entre eles, quais sejam: a) quanto ao modo de aplicação: os precedentes não constituem soluções pré-determinadas de casos semelhantes, sendo necessária a análise dos casos; enquanto que as súmulas se assemelham ao *status* abstrato e geral das leis, estando restritas às suas formulações linguísticas; b) quanto ao alcance ou conteúdo: os precedentes não correspondem apenas ao dispositivo da decisão, mas também a toda *ratio decidendi*; já as súmulas são representadas por um preceito literal; c) quanto à teleologia: a teoria dos precedentes foi criada justamente para limitar o poder do governante, de forma a garantir a segurança jurídica; enquanto que as súmulas advêm de assentos e instruções criadas com o objetivo de permitir o controle do Poder Judiciário pelo Executivo; e d) quanto ao âmbito de vinculação: os precedentes permitem decisões diferentes conforme a fundamentação racional do magistrado;

enquanto que as súmulas são de vinculação obrigatória, cabendo inclusive reclamação em caso de decisão divergente, à luz do § 3º, do art. 103-A, da CF³⁴ (ABBOUD, 2008).

O fato de os países possuírem sistemas jurídicos diversos impede que a adoção de mecanismos similares sem a devida adaptação apresente os mesmos efeitos. Assim, acaba-se por vivenciar no Brasil apenas uma aparente uniformização jurisprudencial, sendo muito frequente a ocorrência do *overruling*, com a substituição do precedente judicial por outro de posição divergente (DIDIER JUNIOR, 2019).

Como corroboração, é salutar rememorar os julgados relativos à execução provisória da pena. Inicialmente, o entendimento jurisprudencial era sintetizado pela Súmula 267, do STJ, qual seja: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão” (BRASIL, 2002a). Entretanto, no ano de 2009, na apreciação do Habeas Corpus 84.078, a Suprema Corte concluiu pela possibilidade de execução da pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Já, em 2016, no julgamento do HC 126.292, o precedente restou novamente modificado, ao ser retomar a conclusão da supramencionada súmula. Por derradeiro, no ano de 2019, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 (BRASIL, 2020a) foram julgadas procedentes, ao se concluir pela constitucionalidade do art. 283, do CPP³⁵, com a execução da pena somente após o trânsito em julgado da condenação (LIMA, 2020).

À vista disso, observa-se que o último *overruling* ocorrido em cerca de três anos sequer foi devido à alteração da composição da Suprema Corte, dado que o único Ministro substituído, Teori Zavascki, teve seu voto mantido pelo sucessor, Ricardo Lewandowski. Com efeito, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli modificaram seus votos de a favor da execução provisória da pena para contrários a ela (BRASIL, 2016b).

Em síntese, sequer o próprio órgão guardião da Constituição respeita os precedentes elaborados por ele mesmo, isto é, não possibilita a consolidação de entendimentos e ocasiona insegurança jurídica em todo o país.

Prosseguindo-se com o exame das errôneas recepções teóricas, tem-se que a jurisprudência dos valores foi criada como forma de possibilitar decisões judiciais não

³⁴“Art. 103-A. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” (BRASIL, 1988).

³⁵“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.” (BRASIL, 1941).

pautadas nos fundamentos da Magna Carta alemã, porquanto outorgada sem a participação social. Sendo assim, de plano, observa-se a discrepância com a realidade jurídica, histórica e cultural brasileira, marcada por uma Lei Maior democrática, repleta de direitos sociais e com um desenvolvido sistema de garantias. As demandas mostram-se, pois, opostas, já que, aqui, exige-se a efetivação das disposições constitucionais e a consolidação da democracia, da segurança jurídica e do princípio da legalidade, o que, evidentemente, não é passível de ser atingido com a aplicação da mencionada teoria (STRECK, 2011).

A conjuntura torna-se ainda mais controversa ao se optar pela implementação da compreensão de constituição como “ordem concreta de valores” através da argumentação jurídica, de Alexy. Isso porque, o constitucionalismo principialista já, por si só, viabilizador do ativismo judicial atinge patamares mais problemáticos não apenas ao ser associado a outra teoria ativista, como também ao ter seus pilares deturpados nessa associação (STRECK, 2011, p. 48-49). Em síntese:

[...] a ideia de ‘Constituição como ordem de valores’ é literalmente subsumida à teoria alexiana da colisão de princípios, sem se atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria do autor. Ora, os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada *prima facie*, tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente - ou seja, posterior à colisão - que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para “racionalizar” a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais - racionalizadores - são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. (STRECK, 2011, p. 49)

Como exemplificação da expansão da gravidade do principialismo no país, tem-se o conteúdo do §2º, do art. 489, do Código de Processo Civil³⁶, o qual explana o balanceamento entre normas, e não entre princípios, como dispõe a teoria alexyana. Tendo em vista que hoje vigora a compreensão de que princípios e regras são espécies de normas jurídicas, nota-se que, diante de uma interpretação literal ou gramatical, o Estatuto Processual Brasileiro possibilita a ponderação de regras, originando a denominada “ponderação à brasileira” (TARTUCE, 2021).

Além disso, o amplamente propagado “princípio da proporcionalidade” constitui, na realidade, uma regra dentro do principialismo, uma vez que é aplicado via subsunção e não pode produzir efeitos em medidas variadas. Mais do que isso, diferentemente do observado

³⁶“Art. 489. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.” (BRASIL, 2015).

em grande parte dos julgados nacionais, “proporcionalidade” não é sinônimo de “razoabilidade”, porquanto esta equivale apenas à primeira sub-regra daquela, isto é, à adequação (SILVA, 2002).

Nesse contexto, Trindade (2012) constatou o uso dos princípios como “máscaras da subjetividade”, usados pelos julgadores como pretexto para poderem decidir como quiserem. Trata-se do denominado por Lênio Streck (2011) de “pamprincipiologismo”, ou seja, a criação e o uso desmedido de princípios, cujas funções são meramente retóricas, a fim de burlar, de maneira legalizada, as normas democraticamente elaboradas e produzir decisões conforme a própria convicção.

Assim sendo, são frequentes os empregos de princípios que: a) podem ser utilizados como fundamento de decisões contrárias entre si, a citar o princípio da humanidade; b) propagam tamanha obviedade a não apresentarem razão de existirem, como o princípio da nulidade do ato inconstitucional; e c) não são sequer passíveis de real aplicação a um caso concreto, a exemplo do princípio da cooperação processual (STRECK, 2013a).

Com efeito, é justamente nesse contexto que se desenvolve a discricionariedade judicial brasileira, a qual é utilizada, no país, tanto como maneira de sobrepujar o positivismo formal-exegético, quanto como forma de impulsionar o ativismo judicial (STRECK, 2011).

Realmente, observa-se que o traço marcante das concepções do pós-positivismo à brasileira é vislumbrar como novidade a noção, já vigente desde o início do século XX, de que o julgador não é mero reprodutor de normas, possuindo espaços de atuação discricionária. De fato, como abordado no capítulo 2, Kelsen, em 1934 já concebia a decisão judicial como prática voluntarista do julgador. Contudo, a ressuscitação dessa ideia durante o atual constitucionalismo contemporâneo é promovida como forma de praticar o ativismo sob o véu da legalidade (STRECK, 2011).

Nesse sentido, a discricionariedade judicial que deveria dizer respeito somente ao ínfimo e, conseqüentemente, inofensivo espaço insuprimível de livre convencimento do juiz, acaba sendo utilizada como sinônimo de arbitrariedade. Ato contínuo, à tendência ativista da leitura principiológica e ao seu falho acolhimento no Brasil soma-se a plenamente livre e sem limites normativos atuação do julgador, a pretexto de que estaria apenas atribuindo sentido às normas, adaptando-as ao caso concreto ou valorando os aspectos fáticos.

Mais do que isso, vem se assistindo ao sucessivo aniquilamento da força normativa da constituição, a qual se revela através da pulverização da autonomia do direito conquistada arduamente por parte do constitucionalismo contemporâneo. Deveras, a essência jurídica do

direito é consumida pelas teorias que vinculam o seu âmago a outras esferas - a citar o constitucionalismo argumentativo e a sua tese da moralidade -, as quais interferem, a partir de seus próprios critérios, nas decisões judiciais. Funcionam, pois, como verdadeiros “predadores externos”, capturando a própria identidade do direito (STRECK, 2011).

A propósito, o supramencionado emprego de fundamentações não-jurídicas constitui a prática do ativismo judicial. Assim, constata-se, diversamente do que pensam os defensores da corrente concretista do mandado de injunção, que a efetividade das normas constitucionais não é promovida pelo ativismo; pelo contrário, é liquidada por ele.

Para além disso, diversamente do ocorrido com os direitos de liberdade, a progressista positivação constitucional de vultuosos direitos sociais não foi realizada em conjunto com a estipulação de suas respectivas garantias. De fato, o Estado de Bem-Estar Social se fundamentou na mera ampliação das discricionariedades burocráticas, e não na instituição das leis de atuação, fato que ocasionou a inópia de efetividade desses direitos e, conseqüentemente, a deslegitimação jurídica e política (FERRAJOLI, 2002b).

Com isso, vige-se a não realização política das mencionadas garantias omissas. Isso em razão não apenas dos altos valores monetários exigidos à concretização dos direitos sociais e de suas inconciliáveis relações com as leis de mercado, como também das essenciais articulações políticas de realocação de capitais (FERRAJOLI, 2002b). Diante da inércia dos demais poderes, fortaleceu-se, no país, a defesa do ativismo, sob o argumento de que apenas o Judiciário poderia concretizar os novos direitos que demandam o *facere* estatal.

O Min. Barroso (2009), por exemplo, entende que essa prática e a autocontenção judicial se diferem primordialmente pelo fato de aquela ser capaz de efetivar o *suprassumo* da constituição sem atuar positivamente; enquanto esta limitaria o emprego da constituição em prol dos setores políticos. Assim, para ele, o fator desfavorável do ativismo seria somente a exposição das deficiências do Poder Legislativo, já que estaria satisfazendo direitos que não puderam ser efetivados pelo Parlamento.

Diante disso, nota-se que, em *terrae brasilis*, a atuação expansiva do Judiciário é fruto não apenas do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, como também da própria promulgação da Constituição de 1988. Aliás, esses três fatores estão compulsoriamente interligados, uma vez que do neoconstitucionalismo - aqui referente não apenas ao constitucionalismo pós-Segunda Guerra, como também ao constitucionalismo

principlista - derivou³⁷ a Carta Cidadã, a qual instituiu a nova maneira de estruturação do Estado, conhecida por, dentre outras nomenclaturas, Estado Constitucional de Direito (RAUPP, 2016).

Nesse contexto, tem-se que:

Levando em consideração a democratização recente do Brasil, seu abrangente controle de constitucionalidade, sua pouca experiência na manutenção de instituições livres e os diferentes tipos de sociedade, divididas por religião, etnia e linguagem, o Judiciário, por meio do ativismo judicial, passou a ser visto como um garantidor da legitimidade democrática. O ativismo judicial passou a ser o meio utilizado para corrigir as deficiências encontradas no sistema democrático representativo (ASSIS; VIEIRA, 2017, p. 334).

Por certo que o advento do ativismo judicial brasileiro ocorreu somente a partir da CF/88, com a instauração da denominada por Oscar Vieira (2008), “Supremocracia”. Trata-se de termo indicativo de dois fenômenos nacionais: do poder do STF de subjugar os demais órgãos e membros do Judiciário às suas decisões e do alargamento da autoridade dessa Corte em detrimento dos demais Poderes Públicos.

A propósito, no que tange à segunda acepção, salienta-se ser ainda mais problemática no Brasil do que nos demais países em que é vigente. Isso devido a motivos de natureza e de escala, isto é, respectivamente à possibilidade de o Supremo deliberar sobre feitos do Poder Constituinte Derivado Reformador e ao grande número de conteúdos judicializáveis e de caráter constitucional (VIEIRA, 2008).

De fato, observa-se que o estabelecimento, nas constituições despontadas após as duas Grandes Guerras, de direitos sociais, de objetivos ao Estado e da força normativa fomentou duas grandes alterações jurídicas, quais sejam: o acréscimo dos direitos sociais e o dever de torná-los efetivos. Essas mudanças somadas ao contexto de: a) ampla litigiosidade em Estados de regimes democráticos, como o Brasil, em razão da repartição dos poderes em diversas esferas; e b) busca pela concretização dos direitos coletivos e difusos através da tutela individual ocasionaram a expansão da judicialização (TASSINARI, 2013).

Contudo, os efeitos desse encadramento não se restringem à instauração da “juristocracia” e do protagonismo judicial, de maneira a acarretar ainda o enfraquecimento dos demais Poderes Públicos, dado o enraizamento social da concepção de que o Judiciário seria capaz de solucionar não apenas os entraves jurídicos (TASSINARI, 2013).

³⁷Adverte-se que o fato de a Constituição Federal ter sido fruto do contexto neoconstitucionalista não significa que ela não tenha incorporado valores do constitucionalismo garantista; pelo contrário, a atual Constituição Federal, como já exposto, preza pela segurança jurídica, pela legalidade, pela separação dos poderes e pelo sistema de garantias.

Vige-se, pois, um círculo vicioso no país: a inatividade do Legislativo vem viabilizando a criação normativa pela Suprema Corte nos mandados de injunção, fato que fragiliza o Parlamento e, conseqüentemente, mantém o ativismo judicial.

Nesse contexto, cumpre averiguar duas das principais causas da ascensão jurisdicional. A primeira consiste no clima conflituoso entre o Judiciário e os outros poderes, que advém justamente da não efetivação das normas constitucionais especialmente pelo Executivo, passando a sociedade a recorrer à seara judicial. Com isso, surge a segunda causa correspondente à crise da democracia. Isso porque, o afastamento da população em relação aos Poderes Legislativo e Executivo ocasiona o distanciamento entre a democracia, no seu sentido de participação populacional e a própria criação do direito, de forma que os julgadores passam a decidir fora dos parâmetros jurídicos (TASSINARI, 2013).

Constata-se, pois, que o entrave do ativismo judicial não é apenas jurídico, mas também social e político. Logo, a sua mitigação - em termos gerais e não apenas no tocante ao mandado de injunção - demanda, sobretudo, a concretização da Constituição Cidadã, marcada por caracteres garantistas e democráticos, promovendo-se a ampla participação social, isto é:

Compete aos juristas democratas colocar o seu saber a serviço da construção de instituições que permitam o triunfo de um governo que se faça não apenas em benefício do povo, mas com a sua participação decisiva, diretamente, sob determinadas condições, e indiretamente, de modo diuturno, por meio dos instrumentos de representação política. Quanto às distorções na prática da especialização funcional demandada pela separação dos Poderes, devem ser combatidas sem tréguas [...] (RAMOS, 2015, p. 333).

Em suma, verifica-se que o ativismo judicial no Brasil possui particularidades próprias a possibilitar o uso do termo “à brasileira”. No entanto, ressalta-se que essa nomenclatura se refere não apenas aos atributos específicos do fenômeno, mas também ao fato de que ele não é oriundo do Brasil e à crítica à transposição de ideias e de conceitos sem a devida adequação à realidade nacional, já que o ativismo judicial surgiu no contexto jurídico estadunidense, marcado pelo tripé da *common law*, do *judicial review* e da teoria dos precedentes (TASSINARI, 2013).

Por conseguinte, identificam-se pelo menos duas expressões do “paradigma da subjetividade ou da filosofia da consciência”. A primeira corresponde ao entendimento kelseniano de que o julgamento deve ser feito conforme a vontade do julgador, incluindo-se aqui o solipsismo judicial referente às decisões baseadas em teorias inconciliáveis entre si. Já a outra forma se volta justamente às sentenças fundamentadas na argumentação jurídica alexyana, cuja discricionariedade é requisitada (STRECK, 2013b, p. 23-24).

4.2. A CORRENTE NÃO CONCRETISTA ANTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

São cediças certas semelhanças entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. De plano, evidencia-se que ambos os instrumentos possuem o mesmo parâmetro, qual seja: norma constitucional que demanda intermediação, sob pena de ineficácia (NOVELINO, 2021).

Ademais, o MI corresponde a um controle difuso *limitado* de constitucionalidade, dado que a Constituição Federal dispõe acerca da competência de julgamentos nos seus artigos 102, 105, 121 e 125 (NOVELINO, 2021). Por conseguinte, em muito se assemelha à concentrada, ao não se conferir este poder a todos os membros do Judiciário.

Nessa senda, salienta-se que, raramente, haverá lacunas apenas nos planos municipal e estadual, haja vista que as leis federais abordam quase exaustivamente os direitos, as liberdades e as prerrogativas, cujas ausências de regulamentação viabilizam o ajuizamento dos mandados de injunção (BULOS, 2014). Portanto, na prática, a competência é ainda mais concentrada às atuações do Supremo e dos Tribunais Superiores.

Logo, acaba-se por existir outra similitude com a ADO, que corresponde a um controle concentrado de constitucionalidade, de forma que a competência para processá-la e julgá-la é conferida exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal e, em caso de previsão nas constituições estaduais e na lei orgânica do Distrito Federal, aos Tribunais de Justiça (NOVELINO, 2021).

Para além disso, no tocante ao objeto, pode-se compreender a ADO como gênero e o MI como espécie. Isso porque, como decorrência do inciso I, do art. 12-B, da Lei 9.868/1999 (BRASIL, 1999), a ADO corresponde, genericamente, a uma omissão inconstitucional, podendo ser classificada, quanto ao órgão responsável pela medida inexistente ou insuficiente, em: administrativa - quando a inércia encontra-se na execução do disposto constitucional - e legislativa - quando a mora encontra-se no processo legislativo (NOVELINO, 2021). Diferentemente do MI, restrito à garantia do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostra-se mais abrangente que a norma, uma que vez admite o ajuizamento de MI, em face de normas, cuja eficácia é limitada em razão da presença de princípios que impõem ou facultam a elaboração de leis regulamentadoras ou ainda que estabelecem programas de ação que demandam tal criação legislativa (BULOS, 2014).

Em contrapartida, não é admissível a interposição do MI como sucedâneo da ADO e em razão da ausência de ato administrativo (BULOS, 2014). Assim sendo, é inconteste que, embora parecidos, são instrumentos diferentes.

No tocante à finalidade, o MI visa a possibilitar o exercício de direitos, de liberdades e de prerrogativas, consistindo em um controle concreto de constitucionalidade; já o propósito da ADO é proteger a ordem constitucional objetiva, tornando efetivas as normas constitucionais, correspondendo a um controle abstrato de constitucionalidade. Desta feita, quanto ao tipo de pretensão deduzida em juízo, aquele é classificado como processo constitucional subjetivo e esta como processo constitucional objetivo (NOVELINO, 2021).

No que tange ao procedimento, a Lei da ADO, em seu art. 10, possibilita ao Supremo Tribunal Federal, por decisão de maioria absoluta de seus ministros, a concessão de medida cautelar, a qual poderá, conforme o §1º, do art. 12-F, do mesmo Diploma, determinar a suspensão da aplicação da lei em questão, de processos judiciais e administrativos (BRASIL, 1999). Diversamente do MI, cuja possibilidade de concessão de liminar além de não restar prevista na Lei 13.300/2016, é reiteradamente tida como incompatível com o *writ* pelo STF, consoante declarado pelo Rel. Min. Moreira Alves, no Agravo Regimental do Mandado de Injunção 342-4/SP (BRASIL, 1991b).

Para tanto, a Suprema Corte se fundamentou, conforme vislumbrado na Medida Cautelar no Mandado de Injunção 4.721/DF ao citar o MI 335/DF, justamente no fato de que sequer o provimento final poderia findar a omissão em questão (BRASIL, 2012a). Contudo, nota-se que a supracitada argumentação só é cabível nos julgamentos em sede de MI que se valem das correntes não concretistas, de modo que usá-la na atualidade é não apenas obsoleto, mas também incoerente (MASSON, 2020). A despeito disso, como aduzido pelo Min. Rel. Luís Roberto Barroso no MI 7.214 MC/BA, do ano de 2019, o STF, mesmo após a Lei 13.300/16, optou por manter o seu posicionamento contrário às medidas cautelares (BRASIL, 2019b).

Posto isso, cumpre abordar a temática elementar deste trabalho, isto é, os efeitos da decisão de mérito. A Constituição, diversamente da abordagem realizada com o mandado de injunção, explicitou, em seu art. 103, §2º, da Magna Carta³⁸, que, em sede de ADO, o Tribunal deveria dar ciência ao poder ou ao órgão inerte para que elaborasse ou executasse a medida em falta (BRASIL, 1988).

³⁸ “Art. 103. § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” (BRASIL, 1988).

Mais do que isso, se a mora for administrativa, a própria Carta estipulou o prazo de trinta dias para a adoção das providências necessárias (BRASIL, 1988). Apesar disso, considerando que a execução de determinadas medidas pode ser complexa e demorada, o art. 12-H, da Lei 9.868/1999³⁹ flexibilizou o lapso temporal ao dispor que, em razão de circunstâncias específicas e do interesse público, o Tribunal poderia estabelecer outro prazo para a realização da diligência.

Tratando-se de omissão do Poder Legislativo, o texto constitucional não dispôs de período para a sua atuação. Sendo assim, inicialmente, o STF realizou interpretação gramatical, não fixando limite temporal. Trata-se do que ocorreu na ADO 2.481-7/RS do ano de 2001, em que foi unanimemente adotada a argumentação do Min. Ilmar Galvão, segundo a qual a incumbência do governador de remeter à Assembleia Legislativa projeto de lei para revisão da remuneração dos servidores estaduais não constitui encargo administrativo, e sim legislativo (BRASIL, 2002b).

Já na ADO 3.682-3/MT, de 2007, a maioria dos ministros se filiou ao entendimento do Relator Gilmar Mendes, o qual propôs o estabelecimento do prazo de 18 meses para a atuação do Congresso Nacional. Evidenciou-se, contudo, não se tratar de lapso temporal compulsório, e sim de mero parâmetro, fixado com base no prazo de 24 meses para que as leis estaduais criadoras de municípios ou modificadores de suas fronteiras continuassem a vigorar (BRASIL, 2007b).

Por derradeiro, na ADO nº 25/DF (BRASIL, 2017), julgada no final de 2016, também prevaleceu o voto do Relator Gilmar Mandes, em nome da estipulação de 12 meses para que o Congresso elaborasse a lei prevista no art. 91, do ADCT. Em caso de conservação da inatividade após o transcurso desse período, decidiu-se que caberia ao Tribunal de Contas da União estabelecer o montante a ser repassado aos estados e ao Distrito Federal, bem como computar as quotas devidas a cada um deles⁴⁰ (BRASIL, 2016).

Diante dessa atual interpretação, observa-se a similitude entre o MI e a ADO, porquanto atualmente, em ambos os casos, o Supremo concede prazo para atuação do ente omissor e, permanecendo ele inerte, delibera sobre a solução do caso em questão.

A despeito das vultuosas semelhanças, tem-se que o MI corresponde à ação concreta, incidental, por via de defesa ou por via de exceção, haja vista que consiste em processo

³⁹“Art. 12-H. §1º - Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.” (BRASIL, 1999).

⁴⁰Adverte-se que não constitui objeto deste trabalho a averiguação da prática ou não do ativismo judicial em relação às decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

constitucional de caráter subjetivo, objetivando resolver lide que abrange propriamente direitos subjetivos. Em contrapartida, a ADO se trata de ação abstrata, por via de ação, por via direta ou por via principal, já que equivale a processo constitucional objetivo, visando primordialmente a garantir a supremacia constitucional (NOVELINO, 2021).

Já quanto à legitimidade para a proposição do mandado de injunção, ela é de qualquer titular de direito, de liberdade ou de prerrogativa inexecutável em virtude da ausência de norma regulamentadora. Ao passo que os legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão são mais restritos, visto que estão previstos no art. 12-A, da Lei 9.868/1999 como legitimados universais apenas o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, as Mesas da Câmara e do Senado, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da OAB, e como legitimados especiais os governadores, as Mesas da Assembleia Legislativa e da Câmara Legislativa, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1999).

Por último, enquanto a ADO consiste em ação de controle de constitucionalidade, cujos julgamentos possuem eficácia *erga omnes*; o MI equivale a remédio constitucional e apresenta, em regra, eficácia *inter partes*.

Em face de todo o exposto, os favoráveis ao acatamento das correntes concretistas do mandado de injunção, a exemplo de Walter Claudius Rothenburg (2013) questionavam a utilidade do instituto nos casos que se adotava os mesmos efeitos da ADO, pautados na posição não concretista. Todavia, hoje, é cediço que o STF continua a conceder a ambos os mesmos efeitos, com a única diferença que agora se voltam à vertente concretista. Nessa conjuntura, verifica-se a fragilidade da supramencionada argumentação, já que se o entrave era tratar institutos diferentes de maneira igual, os críticos deveriam agora estar se manifestando em prol do não concretismo.

Para além disso, o fato de tanto o MI, quanto a ADO apenas comunicarem a omissão ao órgão responsável, como ocorreu logo após a promulgação da CF/88, de forma alguma constitui fundamento para comprovar a prescindibilidade daquele *writ*. Isso porque, consoante a ampla análise realizada neste subcapítulo, embora sejam similares, ostentam diferenças importantes, sobretudo, no que diz respeito às classificações quanto à finalidade do controle jurisdicional. Em síntese, o MI tem como propósito possibilitar o exercício de direitos, de liberdades e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, de modo que apenas, secundária e incidentalmente intenta efetivar as normas constitucionais.

Assim sendo, malgrado o parâmetro seja idêntico e o objeto semelhante, a abordagem e o enfoque de cada instituto é diversa, tornando ambos indispensáveis em seus respectivos âmbitos e maneiras de atuação.

Posto isso, é profícuo realizar exame estatístico, com base nos dados do próprio Supremo Tribunal Federal. Ao passo que as primeiras ações diretas de inconstitucionalidade por omissão foram protocoladas apenas em 2008; já no ano de 1990, impetraram-se 17 mandados de injunção. Para além disso, de 2008 a 2020, o número de MIs foi, todos os anos, maior que o de ADOs, atingindo o pico da diferença em 2009, quando aquele consistiu em 1383 e este somente em 3 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021a).

Desta feita, contesta-se o discurso de que o MI seria inócuo caso a corrente não concretista fosse mantida. Na hipótese disso ser verídico, o instituto não teria revelado tamanha adesão desde a sua criação. Por certo que os possíveis impetrantes do *writ* são superiores aos da ADO, já que incluem quaisquer pessoas física e jurídica; no entanto, entre 1990 e 2007, diversos legitimados ativos de ambos, ao invés de ajuizarem a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, optaram pelo remédio constitucional. Como exemplo, cita-se o MI 20-4/DF, de 1994, impetrado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (BRASIL, 1996); o MI 506-1/MS, de 1997, ajuizado pelo Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais do Estado de Mato Grosso do Sul (BRASIL, 2001a); e o MI 712-8/PA, de 2007, protocolado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (BRASIL, 2008c).

Além disso, cumpre mencionar que, após o ano de 2010, os protocolamentos de mandados de injunção reduziram continuamente, com apenas pequenos aumentos em 2013, 2017 e 2018. Ademais, a vigência da LMI em junho de 2016, com a estabilização da posição concretista intermediária promoveu acréscimo de apenas 84 impetrações de MIs, de modo que os índices nunca mais sequer se igualaram aos registrados entre os anos de 2009 e 2014. Refuta-se, pois, o entendimento de que a abolição da corrente não concretista do ordenamento jurídico brasileiro tenha sido a propulsora do mandado de injunção.

Somando-se a isso, tem-se que as garantias secundárias dividem-se em dois tipos de controle de constitucionalidade: o difuso, desenvolvido nos Estados Unidos e consistente apenas na não aplicação da norma ao caso em questão, embora ela continue vigente e o concentrado, concebido, a partir dos estudos de Kelsen, na Áustria e correspondente à anulação dos atos normativos inconstitucionais. Nessa conjuntura, conforme Ferrajoli, o último modelo se mostra mais eficaz, em virtude do estadunidense, ao ostentar não apenas a

íntima relação entre a Suprema Corte e os órgãos governamentais, como também o imprevisível sistema de *common law*, atestar um perfil discricionário e não garantista (FERRAJOLI, 2007).

No entanto, na realidade prática brasileira, observa-se que essas deficiências não são vigentes. Isso porque, a despeito de os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - como dispõem respectivamente os parágrafos únicos dos arts. 101 e 104, CF - serem indicados pelo Presidente da República, os juízes de 1º grau são assim nomeados somente após a aprovação em concurso público, de modo a mitigar a politização do Poder Judiciário nacional. Somando-se a isso, como já abordado, o Brasil segue a tradição romano-germânica e possui uma Constituição de evidente viés garantista, a qual resguarda a segurança jurídica. Portanto, o fato de o mandado de injunção ser categorizado como controle difuso não significa, por si só, ser ele menos eficaz que a ADO.

Em síntese, pressupor que o MI, somente por seguir a corrente não concretista, seria prescindível é caminhar em sentido inverso à teoria garantista, porquanto ainda que ele e a ADO apresentassem efeitos símiles de mera comunicação ao órgão omissor, o *writ* continuaria a ter ao menos a funcionalidade de reforçar o sistema de garantias do ordenamento jurídico brasileiro.

Para além disso, os institutos, conforme amplamente apurado, não são idênticos, podendo-se vislumbrar, de forma análoga, a ADO como uma lei geral e o MI como uma lei especial. Consoante o princípio da especialidade, o fato de a especial conter todos os elementos típicos da genérica não significa que ela seja inócua; pelo contrário, ela sempre será aplicada, independentemente se mais branda ou mais rigorosa (MASSON, 2021). Dessa mesma maneira deve-se entender o mandado de injunção: conquanto tenha o mesmo efeito não concretista da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mantém-se funcional, devendo ser empregado nos casos que se adequem às suas particularidade.

4.3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.300/16

Quase trinta anos após a promulgação da Constituição Cidadã, adveio a Lei 13.300/2016, responsável por estabelecer o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo (BRASIL, 2016). De acordo com Tagore Silva, Ilzver de Oliveira e José dos Santos (2017), a promulgação da legislação se tornou improrrogável justamente pela adoção das correntes concretistas por parte do Supremo Tribunal Federal.

De fato, o Projeto de Lei 6.128 que deu origem à Lei do Mandado de Injunção só foi apresentado pelo deputado federal Flávio Dino no ano de 2009 e o requerimento do regime de urgência realizado pelos parlamentares ocorreu apenas em 2015, isto é, somente depois da atuação ativista do STF. Ademais, na justificção do Projeto, Dino ressaltou a essencialidade da regulamentação do procedimento do MI, com a devida estipulação dos efeitos dos julgamentos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

A propósito, o PL surgiu no bojo do “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”, comandado pelo Min. Gilmar Mendes, o qual nomeou o Min. Teori Zavascki para a elaboração de um anteprojeto. O arquivo, após modificações dos demais integrantes do pacto foi, então, encaminhado para o deputado Dino (MENDES; VALE; QUINTAS, 2013). Com isso, em março de 2015, foi discutido e aprovado na Câmara dos Deputados, de modo que dois dias depois foi remetido ao Senado Federal. Por fim, em junho do ano seguinte, foi encaminhado para sanção, assinado e publicado (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Em relação aos efeitos das decisões em sede de MI, cumpre mencionar, de início, que a Lei 13.300/2016 contempla correntes diversas a depender da situação concreta e, embora todas façam parte da posição concretista, são vigentes divergências interpretativas, diante da falta de técnica linguística na elaboração da legislação.

O art. 8º dispõe que:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma. (BRASIL, 2016).

Posto isso, os constitucionalistas Marcelo Novelino (2021) e Nathalia Masson (2020) defendem que o supramencionado artigo, em seus dois incisos, assentara a corrente concretista intermediária; enquanto que, em seu parágrafo único, fixara a corrente concretista individual direta. Já Pedro Lenza (2017) é partidário do entendimento de que o supramencionado artigo teria, na realidade, consolidado apenas a corrente concretista intermediária.

Conforme o conceito de Lenza (2017, p. 1237) sobre essa posição, vencido o lapso temporal e mantida a inércia, “o direito passa a ser assegurado para todos (geral), para grupo, classe ou categoria de pessoas (coletivo) ou apenas para o impetrante, pessoa natural ou jurídica (individual)”. Entretanto, o parágrafo único diz respeito, na realidade, a uma segunda impetração de mandado de injunção referente à mesma norma omissa, de forma a ser dispensada nova fixação de prazo de atuação.

Por certo, a maneira com que o artigo foi escrito é ambígua, incompleta e confusa. Isso porque, não se estabeleceu a relação entre os incisos I e II, de que, findo o prazo estipulado, a prerrogativa, a liberdade ou o direito requeridos seriam, de plano, outorgados pela mesma decisão. Diante disso, restou viabilizada a errônea compreensão de que o parágrafo único se referiria a essa conexão presente na corrente concretista intermediária.

No que tange ao art. 9º, tem-se que, em regra, a decisão terá efeitos *inter partes* - posição concretista individual - e, excepcionalmente, efeitos *ultra partes* - posição concretista transindividual - ou *erga omnes* - posição concretista geral, quando for “inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração” (BRASIL, 2016).

Nesse ponto, conforme observado por Fábio de Assis e por José Vieira (2017), a Lei não determinou a necessidade de comunicação entre o Judiciário, os demais Poderes Públicos e a própria sociedade para a definição de quais situações a concessão de efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* seria inerente ou indispensável aos mencionados exercícios. Com isso, o Supremo está apto a decidir unilateralmente, de modo a agravar os efeitos do ativismo judicial, uma vez que o contato com o povo ou com os membros eleitos por ele, ao menos, daria à decisão maior legitimidade.

Nessa conjuntura, o próprio Min. Zavascki já declarou que a corrente concretista confere ao Judiciário o poder de legislar, produzindo-se:

[...] (a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar também para o futuro [...]; (b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e, enfim, (c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito esse que, aliás, também decorre e é imposto pelo princípio da isonomia inerente e inafastável aos atos de natureza normativa (ZAVASCKI apud MENDES; VALE; QUINTAS, 2013, p. 1904).

De fato, conforme já averiguado, a adoção de qualquer espécie de corrente concretista configura a prática ativista, a qual infringe diretamente diversos dispositivos constitucionais a serem analisados a partir de agora.⁴¹

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal⁴² visa a obstar arbitrariedades dos poderes públicos, tornando, pois, indispensável a vigência de uma lei para que o cidadão seja obrigado a agir ou não de certa forma. Conquanto a Lei Maior conceda a função típica legiferante ao Legislativo, a menção à “lei” no dispositivo supramencionado se refere à lei em sentido amplo, abrangendo todos os atos compreendidos no art. 59, do mesmo Diploma, isto é, as emendas constitucionais, as medidas provisórias, as resoluções, os decretos legislativos e as leis complementares, ordinárias e delegadas (NOVELINO, 2021).

Trata-se justamente da diferença entre esse princípio e o da reserva legal, o qual se refere aos casos em que há a exigência de elaboração de lei em sentido estrito, ou seja, elaborada pelo Legislativo (NOVELINO, 2021). Diante disso, é perceptível que, em momento algum, foi atribuído ao Judiciário a incumbência de elaborar normas. Por certo que o *caput*, do art. 61, da CF⁴³ diz respeito apenas aos projetos de lei, os quais, embora possam ser apresentados pelo STF e pelos Tribunais Superiores, somente são convertidos em lei após a deliberação e a aprovação de cada Casa do Congresso Nacional, bem como a sanção presidencial, segundo os arts. 47 e 65, da CF (BRASIL, 1988).

Em consequência, é manifesta a ofensa aos princípios constitucionais abordados pelos arts. 8º e 9º, da Lei 13.300/16, dado que conferem ao Judiciário o poder de criação normativa não previsto constitucionalmente.

Nessa senda, é válido mencionar a distinção proposta por Marcelo Novelino (2021) de que os direitos constituiriam valores relevantes de tal forma a serem previstos no ordenamento jurídico; já as garantias corresponderiam a instrumentos de restrição dos poderes públicos, em nome da tutela dos direitos. Assim, os princípios da legalidade, da reserva legal e da não retroatividade das leis seriam garantias associadas à segurança jurídica.

⁴¹ Adverte-se que o descumprimento do princípio da separação dos poderes já restou devidamente examinado e constatado nos capítulos antecedentes e, por isso, não será aqui aprofundado.

⁴² “Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (BRASIL, 1988).

⁴³ “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Conquanto diversas e mais simplórias que as definições de Luigi Ferrajoli, é interessante o vínculo promovido pelo constitucionalista entre tais princípios e a segurança jurídica, dado que, de fato, a violação daqueles constitui automática violação desta. Mais do que isso, considerando que o princípio da segurança jurídica é indispensável à configuração do Estado de Direito (CANOTILHO, 2003), acaba-se por afrontá-lo também.

A propósito, a segurança jurídica pode ser analisada sob as dimensões da: a) “estabilidade ou eficácia *ex post*”, isto é, as decisões só podem ser alteradas excepcionalmente diante de questões materiais significativas; e b) “previsibilidade ou eficácia *ex ante*”, ou seja, os cidadãos devem conhecer antecipadamente os efeitos jurídicos das normas (CANOTILHO, 2003, p. 264). Dessa forma, observa-se o desrespeito a esse princípio não somente no caso dos *outrulings* ocorridos sem qualquer alteração fática, como também sempre que o Judiciário atua como legislador positivo, ferindo a previsibilidade.

Em face do exposto, observa-se que o ativismo judicial, ao ocasionar os mencionados descumprimentos, acaba por gerar o retrocesso do Estado Constitucional de Direito, já que o sistema de *checks and balances* e a segurança jurídica foram conquistas primordiais à evolução do constitucionalismo. Desta feita, é inconteste o desrespeito ao princípio da vedação de retrocesso, também denominado de “Efeito Cliquet”, cujo escopo é impedir a supressão de direitos já consolidados (NOVELINO, 2021).

Em última análise, detecta-se a inconstitucionalidade dos arts. 8º e 9º, da LMI. Catalogando-a, de acordo com as classificações do direito constitucional, tem-se, que em relação: a) à espécie de conduta, é por ação, porquanto o Legislativo a elaborou; b) ao tipo de norma constitucional violado, é material ou nomoestática, uma vez que não se ofendeu dispositivos referentes a procedimentos; c) à extensão: é parcial, pois apenas uma parte da lei afronta a magna carta; d) ao momento: é originária, visto que a Constituição Cidadã já era vigente quando a LMI foi criada, havendo a falha desde a sua origem; e e) à perspectiva de apuração: é direta, imediata ou antecedente, em razão de inexistir norma entre a lei e a CF (NOVELINO, 2021).

No tocante à solução dessa inconstitucionalidade, há duas opções. A primeira seria a derrogação, com a elaboração de outra lei pelo Poder Legislativo, regulando de maneira diversa os artigos inconstitucionais. Já a segunda possibilidade seria justamente a proposição, por algum dos legitimados do art. 103, da CF, da ação direta de inconstitucionalidade, tendo, por objeto, a Lei 13.300/16 e, por parâmetro, a própria Constituição de 1988, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal (NOVELINO, 2021).

Contudo, a lei aprovada realizou ínfimas alterações materiais no PL 6.128, com destaque apenas para o art. 12, ao qual foi acrescida a Defensoria Pública como legitimada para propor o MI coletivo, ou seja, ela está praticamente idêntica à forma com que o Min. Gilmar Mendes gostaria que fosse (BRASIL, 2016). Assim, considerando a atual composição da Suprema Corte, não se espera, caso seja proposta essa ADI, o seu julgamento procedente.

Da mesma forma, não é provável que o Legislativo elabore tão cedo nova lei, já que a LMI foi há pouco aprovada e, a despeito de ser ativista, aparentemente ainda não causou nos parlamentares preocupações sequer relativas à hegemonia jurídica e ao consequente desprestígio legislativo.

No entanto, destaca-se a possibilidade de iniciativa legislativa popular, a qual se encontra prevista no inciso III, do art. 14, da CF como uma das formas de exercício da soberania popular. Para tanto, à luz do §2º, do art. 61, do mesmo Diploma, é necessário que o PL seja subscrito por, pelo menos, 1% do eleitorado nacional, distribuído em, no mínimo, cinco estados-membros, cuja composição de cada deve consistir em, no mínimo, 0,3% de seus eleitores. Preenchido esses requisitos e apresentado o Projeto à Câmara dos Deputados, ele percorrerá as demais etapas do processo legislativo comum (BRASIL, 1988).

Obviamente que nada garantiria a aprovação da lei, todavia a apresentação do PL por aqueles que elegerão, nas próximas eleições, os membros do Congresso, certamente, consiste em fator a estimular a aquiescência. Ademais, em caso de rejeição, todo o processo promoveria, ao menos, maior enfoque sobre o tema.

Em suma, os arts. 8º e 9º da Lei 13.300/2016, ao viabilizarem o ativismo judicial, mostram-se inconstitucionais. Contudo, diante da averiguação realizada no subcapítulo 4.1, de que o ativismo não constitui entrave meramente jurídico, sabe-se que a mitigação desse fenômeno não há de ocorrer somente com a modificação da Lei em questão, mas sim com a comunhão de esforços nos âmbitos sociais, culturais, teóricos e políticos, os quais não serão aqui analisados, dado que não consistem no objeto deste estudo.

5 CONCLUSÃO

A presente monografia possuiu como objetivo central comprovar que as correntes concretistas de efeitos do mandado de injunção são marcadas pelo ativismo judicial, o qual é incitado pelo constitucionalismo principialista. Por outro lado, visou verificar que essa atuação expansiva do Judiciário afronta o constitucionalismo garantista, uma vez que é fundamentado na submissão dos julgadores à lei, na separação dos poderes e na legalidade.

Nesse contexto, buscou-se demonstrar ainda que a mencionada violação não constitui qualquer incorreção do garantismo, porquanto a consolidação do Estado de Direito não exige práticas ativistas. Assim, o descompasso entre a mencionada proatividade judicial e a teoria garantista funcionaria, na realidade, como reforço da necessidade de filiação a ela para a salvaguarda das conquistas advindas das evoluções do constitucionalismo.

Para o alcance dessas conclusões elementares, o trabalho foi dividido em três capítulos, com objetivos específicos vinculados, respectivamente, ao constitucionalismo, ao mandado de injunção e ao ativismo judicial.

No primeiro deles, os principais pilares das teorias ferrajoliana e alexyana foram examinados, ao mesmo tempo que correlacionados com o ativismo judicial. Com isso, observou-se que as proposições garantistas de que ao Judiciário cabe apenas a atividade de anulação normativa e de que os espaços de poder dos julgadores devem ser contidos ao máximo são incompatíveis com a atuação expansiva judicial. Em sentido contrário, a técnica principialista da ponderação judicial e as teses de integração entre o direito e a moral e de configuração dos direitos fundamentais como princípios viabilizam essa prática.

Em seguida, no segundo capítulo, realizou-se não apenas exame teórico e histórico do mandado de injunção, como também averiguação e classificação, dentro das posições concretistas, dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal. À vista disso, detectou-se a crescente tendência jurisprudencial ao ativismo e a ocorrência dos fenômenos da judicialização da política e da politização da justiça.

No mesmo capítulo, diante da análise dos votos dos ministros do STF, verificou-se que os adeptos do principialismo tendem a se filiar ao concretismo, o que ratifica a proximidade dessa teoria com o decisionismo. Por outro lado - inobstante a inócua tentativa de Ferrajoli em se esquivar de um posicionamento categórico -, atestou-se que o garantismo se compatibiliza somente com a corrente não concretista, visto que, inclusive, as decisões de

eficácia *inter partes* podem caracterizar a usurpação de competências legislativas pelo Judiciário.

Isso, contudo, não representa inconsistência teórica, uma vez que a dimensão substancial do Estado de Direito, embora manifeste a necessidade de todos os Poderes Públicos atuarem em nome da concretização das garantias jurídicas, não sugere autorização para que o Judiciário atue como legislador positivo. De fato, diante da tese garantista de que a legitimação substancial só é vigente quando a formal também o é, comprovou-se que contradição haveria, na realidade, caso a teoria garantista fosse a favor do ativismo judicial.

Por derradeiro, no último capítulo, realizou-se averiguação das particularidades que tornam o ativismo judicial à brasileira ainda mais problemático. Diante disso, constatou-se: a) a recepção teórica equivocada da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação jurídica e do próprio ativismo norte-americano; b) o resgate das teses favoráveis à discricionariedade judicial; e c) o aniquilamento da autonomia do direito a partir, especialmente, da defesa da conexão entre o direito e a moral.

Mais do que isso, atestou-se que o surgimento da proatividade judicial no país ocorreu somente após a promulgação da CF/88, em virtude da promoção do protagonismo do Judiciário, bem como do enfraquecimento dos demais Poderes Públicos, ante a compreensão social de que o órgão jurisdicional estaria apto a solucionar entraves fora da seara do direito. Dessa forma, observou-se que a mitigação do ativismo requer a superação de obstáculos não apenas jurídicos, como também históricos, políticos, sociais, culturais e teóricos.

No segundo subcapítulo, confrontou-se os institutos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Com isso, detectou-se que as diferenças entre eles são maiores que as suas similitudes, de maneira que a adoção da corrente não concretista nos julgamentos do MI não torna o *writ* prescindível ante os efeitos da ADO. Pelo contrário, fortalece o sistema de garantias do ordenamento jurídico como um todo.

Ademais, examinou-se a Lei do Mandado de Injunção e demonstrou-se, a partir positivação da corrente concretista intermediária, a inconstitucionalidade dos seus artigos 8º e 9º. Para tanto, ponderou-se a ofensa do ativismo judicial aos princípios da legalidade e da reserva legal, da segurança jurídica, da separação dos poderes e da vedação ao retrocesso. Por conseguinte, foram alvitradas duas soluções à inconstitucionalidade: a derrogação dos dispositivos inconstitucionais ou a declaração de suas inconstitucionalidades.

Não obstante isso, diante de todas as averiguações promovidas ao longo desta monografia, evidenciou-se que a prática de alguma das duas propostas mencionadas não

solucionaria por completo a problemática do ativismo judicial. Isso porque, conforme vislumbrado no subcapítulo 4.1, não se trata de obstáculo atrelado somente ao âmbito jurídico. Contudo, considerando o enfoque deste trabalho e à luz das teses garantistas, sabe-se que a mitigação das indeterminações linguísticas e a adoção de teoria que estabeleça limites à atuação dos tribunais são as práticas necessárias a ultimar o ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Súmula Vinculante versus Precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 165, n. 33, nov. 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664977/mod_resource/content/1/ABBOUD%2C%20Georges.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes Ltda., 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ASSIS, Fábio José Silva; VIEIRA, José Ribas. A Lei 13.300/16 que Regula o Mandado de Injunção: Opção Ativista ou Dialógica? **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 315-340, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/7305/3682>. Acesso em: 05 nov. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Suffragium**: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez., 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 01 nov. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 1-13, 01 jan. 1993. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45637/47410>. Acesso em: 02 jul. 2021.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13300, de 23 de junho de 2016.** Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966.** Código Tributário Nacional. Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 06 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7716, de 05 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, 1989b. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7783, de 28 de junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Lei de Greve. Brasília, 1989a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9868/1999, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 10 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 43.** Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 nov. 2020a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 18 out. 2021.⁴⁴

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 25.** Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371776/false>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2481.** Relator Min. Ilmar Galvão. Brasília, 12 set. 2002b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99375/false>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3682.** Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 06 set. 2007b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5791/false>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁴⁴Ressalta-se que as ADCs 43, 44 e 54 foram julgadas conjuntamente.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4578**. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 2012b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur211408/false>. Acesso em: 02 maio 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental do Mandado de Injunção 342-4/SP**. Relator Min. Moreira Alves. Brasília, 1991b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur154620/false>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus (HC) nº 126292**. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 maio 2016b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inquérito (Inq) nº 3590**. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 set. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur276320/false>. Acesso em: 20 agosto. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 20**. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur117919/false>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 107-3**. Relator Min. Moreira Alves. Brasília, 1991a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102460/false>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 168-5**. Relator Sepúlveda Pertence. Brasília, 1990b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur75903/false>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 219-3**. Relator Min. Octavio Gallotti. Brasília, 1995a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152166/false>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 232-1**. Relator Moreira Alves. Brasília, 1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur76123/false>. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 283**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 nov. 1991c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152039/false>. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 361**. Relator Néri da Silveira. Brasília, 17 jun. 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152676/false>. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 438**. Relator Min. Néri da Silveira. Brasília, 16 jun. 1995b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104849/false>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção nº 472**. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 02 mar. 2001b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100479/false>. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 506-I**. Relator Min. Néri da Silveira. Brasília, 2001a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102851/false>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 611**. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 29 nov. 2002c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur98495/false>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 670-9**. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, 31 out. 2008a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87282/false>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 689**. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília, 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91626/false>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 708-0**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 31 out. 2008b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2477/false>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 712-8**. Relator Min. Eros Grau. Brasília, 31 out. 2008c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2462/false>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 721-7**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 30 nov. 2007a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90228/false>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 758**. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 2008d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2314/false>. Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 795**. Relatora Min. Cármen Lúcia. Brasília, 2009a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur402/false>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 1286**. Decisão. Relatora Min. Carmen Lúcia. Brasília, 29 set. 2009b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2687578&ext=RTF>. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 4733**. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 29 set. 2020b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº 6988**. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 set. 2019a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur411870/false>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar no Mandado de Injunção (MI) nº 4721/DF**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2012a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho267457/false>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar no Mandado de Injunção (MI) nº 7214**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 24 set. 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1028706/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Questão de Ordem no Mandado de Injunção: MI 107-3**. Relator Min. Moreira Alves. Brasília, 1990a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur74944/false>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 267**. Brasília, 2002a. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, Hermenêutica e Neo (constitucionalismo): um debate com luigi ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. posição 6234-6794. E-book Kindle.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6128/2009**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192>. Acesso em: 02 dez. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento**. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La Constitución Española de 1978 como Pacto Social y como Norma Jurídica. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Cidade do México, p. 371-398, 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039016>. Acesso em: 10 jan. 2021.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. The Supreme Court as a Strategic National Policymaker. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 50, p. 583-611, 2001. Disponível

em:

https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6090&context=faculty_scholarship. Acesso em: 11 out. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. *In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, 9., 2010, Curitiba. **Anais [...]**. Curitiba/PR: ABDConst., 2010. Recurso eletrônico. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, Hermenêutica e Neo (constitucionalismo)**: um debate com luigi ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a. posição 109-1640. E-book Kindle.

FERRAJOLI, Luigi. **Dei Diritti e Delle Garanzie**: conversazione con mauro barberis. Bologna: Società, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti Fondamentali**: Un Dibattito Teorico. 2. ed. Bari: Editori Laterza, 2002b.

FERRAJOLI, Luigi. El Papel de la Función Judicial en el Estado de Derecho. *In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho***. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. p. 87-108. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1695-jurisdiccion-y-argumentacion-en-el-estado-constitucional-de-derecho>. Acesso em: 09 set. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista como jus-positivismo reforçado. Positivismo jurídico e democracia. *In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, Hermenêutica e Neo (constitucionalismo)**: um debate com luigi ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c. posição 237-781. E-book Kindle.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. *In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, Hermenêutica e Neo (constitucionalismo)**: um debate com luigi ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. posição 6799-7443. E-book Kindle.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out. 1994. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407/46734>. Acesso em: 10 jul. 2021.

GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga *et al.* **Observatório de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil**: 2020. Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia. 2020. Disponível em: <https://img1.wsimg.com/blobby/go/b0a35170-26bd-4092-82af-6a9e6302d848/Observat%C3%B3rio%20de%20Mortes%20Violentas%20de%20LGBTI-0001.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. **A teoria Compreensiva de Robert Alexy**: a proposta do 'trialismo'. 2006. 180 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=9593@1>. Acesso em: 7 abr. 2021.

HOMERO. **Odisséia**. São Paulo: Montecristo, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Direito Processual Penal**: 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

MARSHALL, William P. **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism**. 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266. Acesso em: 14 mar. 2022.

MARTINS NETO, João dos Passos; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. Do Estado de Direito ao Estado de Justiça. **Sequência (UFSC)**, Florianópolis, v. 34, p. 309-334, dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p309/25853>. Acesso em: 20 dez. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. **Revista Internacional de Direito Público (RIDP)**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 09-37, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/ridp/issue/archive>. Acesso em: 20 dez. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Injunção e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

MICHELS, Eduardo. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil**: relatório 2018. Site Homofobia Mata - HM. 2018. Disponível em: <https://img1.wsimg.com/blobby/go/b0a35170-26bd-4092-82af-6a9e6302d848/Relat%C3%B3rio%20GGB%20Mortes%20Violentas%20de%20LGBT%202018.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOTT, Luiz; MICHELS, Eduardo; PAULINHO. **Mortes violentas de LGBT no Brasil**: relatório 2017. Grupo Gay da Bahia - GGB. 2017. Disponível em: <https://img1.wsimg.com/blobby/go/b0a35170-26bd-4092-82af-6a9e6302d848/Relat%C3%B3rio%20GGB%20Mortes%20Violentas%20de%20LGBT%202017.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A Judicialização da Política no Brasil**: os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária. Brasília: Edições Câmara, 2016.

OBSERVATÓRIO de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil: relatório parcial nº 001/2021. 2021. Disponível em: <https://img1.wsimg.com/blobby/go/b0a35170-26bd-4092-82af-6a9e6302d848/Relat%C3%B3rio%20Parcial%2001-2021-%20Setembro%20-%20Observat.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil**: 2019. Relatório do Grupo Gay da Bahia. 2019. Disponível em: <https://img1.wsimg.com/blobby/go/b0a35170-26bd-4092-82af-6a9e6302d848/Relat%C3%B3rio%20GGB%20Mortes%20Violentas%20de%20LGBT%202019.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial**: características e singularidades: Do voluntarismo à concretização de direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O Mandado de Injunção finalmente terá sua Lei. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. posição 2306-2756. E-book Kindle.

SÃO PAULO. **Constituição do Estado de São Paulo**. São Paulo, 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 06 jun. 2021.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida; OLIVEIRA, Ilzver de Matos; SANTOS, José Henrique Araújo dos. Teoria da Eficácia do Mandado de Injunção sob o Enfoque da Lei nº 13.300/2016. **Revista Do Programa De Pós-Graduação Em Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 27, n. 1, p. 107-130, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/23554>. Acesso em: 01 dez. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O Pamprincipiologismo e a Flambagem do Direito**. 2013a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 28 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto? - Decido Conforme minha Consciência**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass *et al.* **Are Judges Political?: an empirical analysis of the federal judiciary**. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Portal de busca de estatísticas do STF**. Brasília, 2021a. Disponível em: https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Farquivo%2Fcms%2FpublicacaoBOInternet%2Fanexo%2FPesquisa_por_Classe_todos_os_anos.xlsx&wdOrigin=BROWSELINK. Acesso em: 09 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Portal de busca do site do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2021b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 19 dez. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial e terrae brasilis. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, Hermenêutica e Neo (constitucionalismo): um debate com luigi ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. posição 2663-4091. E-book Kindle

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 1 jul. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159>. Acesso em: 07 nov. 2021.

APÊNDICE A⁴⁵ - TABELA 1 – MANDADOS DE INJUNÇÃO CATALOGADOS CONFORME A CORRENTE NÃO CONCRETISTA

CORRENTE NÃO CONCRETISTA	Mandado de Injunção 168-5/ RS	Mandado de Injunção 219-3/ DF	Mandado de Injunção 438-2/GO	Mandado de Injunção 611-3/SP	Mandado de Injunção 689-0/PB
DATA DE JULGAMENTO	21/03/1990.	22/08/1990.	11/11/1994.	21/08/2002.	07/06/2006.
DATA DE PUBLICAÇÃO	20/04/1990.	19/05/1995.	16/06/1995.	29/11/2002.	18/08/2006.
PLEITO	Suprir a inexistência de decisão do Poder Executivo, prevista no art. 33, da ADCT, de modo a determinar o pagamento do crédito da impetrante.	Suprir a inexistência da lei complementar prevista no art. 45, § 1º, da CF, de modo a fixar, em setenta, o número de deputados estaduais de São Paulo.	Suprir a inexistência da lei prevista no inciso VII, do art. 37, da CF, de modo a não apenas garantir o exercício de greve dos servidores públicos da educação do Estado de Goiás, como também suspender a decisão judicial que o declarou ilegal.	Suprir a inexistência da lei prevista no §3º, do art. 192, da CF, de modo a fixar prazo para que o Congresso Nacional legisle e a determinar que as instituições financeiras se abstenham de cobrar juros superiores a 12% ao ano.	Em sede de medida liminar, garantir o exercício do direito de greve do sindicato impetrante, nos termos da Lei 7.783/89. Ao final, declarar a omissão do Legislativo, fixando-lhe prazo de 90 dias para saná-la, sob pena de multa diária.
A FAVOR	Ninguém.	Marco Aurélio e Carlos Velloso.	A favor de garantir o exercício de greve: Marco Aurélio e Carlos Velloso.	A favor apenas de determinar a atuação do congresso: Sydney	Decisão monocrática de Eros Grau.

⁴⁵A escolha das informações constantes em todas as tabelas foi realizada sob o enfoque exclusivo das correntes não concretista; concretista individual; concretista intermediária; e concretista geral.

				Sanches. A favor de determinar a observância do limite máximo de juros reais de 12% ao ano: Marco Aurélio.	
CONTRA	Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.	Moreira Alves, Aldir Passarinho, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.	Néri da Silveira, Sepúlveda Pertence e Octávio Gallotti. Acerca da suspensão da decisão judicial: Todos.	Ninguém.	Não se aplica.
DECISÃO	Indeferimento do pedido, uma vez que o art. 33, da ADCT não concedeu direito ao credor da Fazenda Pública, dispondo apenas de faculdade ao Executivo.	Deferimento em parte para reconhecer a mora do Congresso Nacional, dando-lhe ciência para que supra a omissão em tempo útil.	Deferimento em parte para reconhecer a mora e comunicá-la o Congresso Nacional.	Deferimento em parte para reconhecer a mora e comunicá-la ao Congresso Nacional.	Não conhecimento do MI, sob o fundamento de que corresponde à ação constitutiva, e não condenatória. Logo, não poderia ser utilizado para condenar o Congresso Nacional ao cumprimento de obrigação de fazer.

Fonte: Elaborado pela autora. Dados da pesquisa (2021).

APÊNDICE B – TABELA 2 – MANDADOS DE INJUNÇÃO CATALOGADOS CONFORME A CORRENTE CONCRETISTA INDIVIDUAL

CORRENTE CONCRETISTA INDIVIDUAL	Mandado de Injunção 721-7/DF	Mandado de Injunção 758-6/ DF	Mandado de Injunção 795/DF	Mandado de Injunção 1.286/DF	Mandado de Injunção 6.988/RR
DATA DE JULGAMENTO	30/08/2007	01/07/2008.	15/04/2009.	29/09/2009.	13/08/2019.
DATA DE PUBLICAÇÃO	30/11/2007	26/09/2008.	22/05/2009.	05/10/2009.	30/09/2019.
PLEITO	Suprir a inexistência da lei complementar prevista no - já revogado - §4º, do art. 40, da CF, de modo a garantir o direito da impetrante à aposentadoria especial. Sucessivamente, a observância do regime geral de previdência social.	Suprir a inexistência da lei complementar prevista no - já revogado - §4º, do art. 40, da CF, de modo a garantir o direito do impetrante à aposentadoria especial. Sucessivamente, a observância do regime geral de previdência social.	Suprir a inexistência da lei complementar prevista no - já revogado - §4º, do art. 40, da CF, de modo a garantir o direito do impetrante à aposentadoria especial. Para tanto, requereu-se a formulação supletiva da regulamentação faltante e a definição da norma adequada à regulação de seu direito.	Suprir a inexistência da lei complementar prevista no - já revogado - §4º, do art. 40, da CF, de modo a garantir o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço exercido pela impetrante em atividade insalubre, mediante disciplina do artigo 57, da Lei 8.213/91.	Suprir a inexistência da lei complementar prevista no - já revogado - §4º, do art. 40, da CF, de modo a garantir o tempo de contribuição reduzido para acesso à inatividade, com aplicação do Projeto de Lei Complementar 250/2005 e, sucessivamente, do artigo 57, da Lei 8.213/1991, até a edição de legislação específica.
A FAVOR	Marco Aurélio, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e	Marco Aurélio, Carlos Britto e Gilmar Mendes.	Cármem Lúcia, Celso de Mello, Marco Aurélio, Carlos	Decisão monocrática de Cármem Lúcia.	Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre

	Carlos Britto.		Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandoski e Menezes Direito.		de Moraes.
CONTRA	Ninguém.	Ninguém.	Ninguém.	Não se aplica.	Ninguém.
DECISÃO	Deferimento, em parte, para assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial, nos termos do art. 57, da Lei 8.213/91.	Deferimento para assentar o direito do impetrante, nos termos do art. 57, da Lei 8.213/91, bem como para determinar a comunicação da mora ao Congresso Nacional.	Deferimento para assentar o direito do impetrante, a partir da comprovação dos requisitos do art. 57, da Lei 8.213/91 à autoridade administrativa competente.	Deferimento, em parte, para assegurar a aplicação do art. 57, da Lei 8.213/91 no que couber e a partir da comprovação dos dados à autoridade administrativa competente.	Deferimento, em parte, para reconhecer o direito do impetrante de ver analisado o requerimento de abono de permanência ou aposentadoria, consideradas as normas da Lei Complementar 142/2013.

Fonte: Elaborado pela autora. Dados da pesquisa (2021).

APÊNDICE C – TABELA 3 – MANDADOS DE INJUNÇÃO CATALOGADOS CONFORME A CORRENTE CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA

CORRENTE CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA ⁴⁶	Mandado de Injunção 232-1/RJ	Mandado de Injunção 283-5/DF	Mandado de Injunção 361-2/DF	Mandado de Injunção 472-2/DF
DATA DE JULGAMENTO	02/08/1991.	20/03/1991.	08/04/1994.	06/09/1995.
DATA DE PUBLICAÇÃO	27/03/1992.	14/11/1991.	17/06/1994.	02/03/2001.
PLEITO	Em sede de medida liminar, estender ao impetrante os efeitos isentivos do §1º, do art. 1º, do Decreto-Lei 1.572/77, desde o decurso do prazo previsto no art. 59, dos ADCT até o julgamento do MI em questão. Ao final, requereu-se o estabelecimento dos requisitos a serem cumpridos pelo impetrante, com o fito de gozar da isenção de contribuição	Suprir a inexistência da lei prevista no §3º, do art. 8º, dos ADCT, de modo a elaborar norma especial que assegurasse tanto a aposentadoria do impetrante a ser suprida por qualquer das fontes pagadoras expostas, quanto a indenização dos danos materiais e morais sofridos.	Compelir o Congresso Federal a elaborar lei complementar necessária para a total eficácia e aplicação do disposto no §3º, do art. 192, da CF.	Suprir a inexistência da lei prevista no §3º, do art. 192, da Constituição Federal, de modo a declarar inconstitucional a omissão do Legislativo.

⁴⁶Os Mis 361-2/DF e 472-2/DF pertencem, na realidade, à corrente não concretista. Contudo, considerando o relevante debate acerca da posição concretista intermediária, foram alocados nesta tabela.

	previdenciária disposta no §7º, do art. 195, da CF.			
A FAVOR	<p>Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti e Sydney Sanches.</p> <p>Acolhimento do pleito com o estabelecimento dos requisitos a partir do empréstimo do art. 14, do CTN: Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja</p>	<p>Fixar a reparação de que cogita a lei nos termos da exordial: Marco Aurélio.</p> <p>Fixar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial. Ultrapassado, permitir que o impetrante proponha ação condenatória: Sepúlveda Pertence, Célio Borja, Octávio Gallotti e Néri da Silveira.</p> <p>Acompanham Sepúlveda, mas com ressalva sobre a extensão da aplicação da lei civil após o fim da mora legislativa: Sydney Sanches, Moreira Alves e Aldir Passarinho.</p> <p>Acompanha Sepúlveda, mas sem fixar prazo, já que o assinalado pela CF não foi cumprido: Celso de Mello.</p>	<p>Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Moreira Alves.</p> <p>Fixar prazo de 120 dias: Néri da Silveira.</p> <p>Acolhimento do pleito, com a fixação dos juros em 12% ao ano, mais a taxa de inflação: Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso.</p>	<p>Celso de Mello, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence.</p> <p>Fixar prazo de 120 dias, o qual vencido permitirá o retorno do impetrante ao STF para requerer a resolução do caso: Néri da Silveira.</p>

CONTRA	Ninguém.	No que tange aos danos morais: Carlos Velloso.	Ninguém.	Ninguém.
DECISÃO	Deferimento, em parte, para declarar o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, cumpra o dever de legislar decorrente do §7º, do art. 195, da CF, sob pena de que o impetrante passe a gozar da imunidade pleiteada.	Deferimento, em parte, para fixar prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial. Ultrapassado, reconhecer a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida.	Deferimento, em parte, para comunicar a mora ao Congresso Nacional.	Deferimento para reconhecer e comunicar a mora ao Congresso Nacional.

Fonte: Elaborado pela autora. Dados da pesquisa (2021).

APÊNDICE D – TABELA 4 – MANDADOS DE INJUNÇÃO CATALOGADOS CONFORME A CORRENTE CONCRETISTA GERAL

CORRENTE CONCRETISTA GERAL	Mandado de Injunção 670-9/ES	Mandado de Injunção 708-0/DF	Mandado de Injunção 712-8/PA	Mandado de Injunção 4.733/DF
DATA JULGAMENTO	DE 25/10/2007.	25/10/2007.	25/10/2007.	13/06/2019.
DATA PUBLICAÇÃO	DE 31/10/2008	31/10/2008.	31/10/2008.	29/09/2020.
PLEITO	Suprir a inexistência da lei prevista no inciso VII, do art. 37, da CF, de modo a garantir aos associados do sindicato impetrante o direito de greve na forma da Lei 7.783/89 e a declarar a nulidade do processo que proibiu o movimento paredista.	Suprir a inexistência da lei prevista no inciso VII, do art. 37, da CF, de modo a notificar o Congresso Nacional sobre a sua mora e a elaborar norma para o caso concreto, viabilizando o imediato exercício de greve.	Suprir a inexistência da lei prevista no inciso VII, do art. 37, da CF, de modo a garantir aos associados do sindicato impetrante o direito de greve na forma da Lei 7.783/89 e a declarar a mora do Congresso Nacional, determinando a sua supressão.	Suprir a inexistência da lei prevista no inciso XLI, do art. 5º, da CF, de modo a fixar prazo de, no máximo, um ano para a atuação do Congresso Nacional. Caso vencido o lapso temporal ou caso o STF entenda desnecessária a sua fixação, requereu-se a criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas a partir de suas inclusões na Lei de Racismo.
A FAVOR	Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Carlos Britto e Cármen Lúcia	Gilmar Mendes, Menezes Direito, Celso de Mello, Carlos Britto, Ellen Gracie e Cármen Lúcia.	Eros Grau, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto, Cármen Lúcia e Cezar Peluso.	Edson Fachin, Celso de Mello, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes.

CONTRA	<p>Apenas declarar a mora do congresso nacional: Maurício Corrêa</p> <p>Limitar a decisão à categoria representada pelo sindicato impetrante: Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.</p>	<p>Limitar a decisão à categoria representada pelo sindicato impetrante: Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.</p>	<p>Limitar a decisão à categoria representada pelo sindicato impetrante: Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.</p>	<p>Apenas reconhecer a mora e cientificar o Congresso Nacional: Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.</p> <p>Indeferir o pleito: Marco Aurélio.</p>
DECISÃO	Deferimento para aplicar as Leis 7.701/88 e 7.783/89 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.	Deferimento para aplicar as Leis 7.701/88 e 7.783/89 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis, bem como para fixar o prazo de 60 dias para que o Congresso delibere sobre o assunto.	Deferimento para determinar a aplicação da Lei 7.783/89.	Deferimento para reconhecer a mora do Congresso Nacional e para aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Legislativo atue, a Lei do Racismo à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Fonte: Elaborado pela autora. Dados da pesquisa (2021).