

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Sabrina Rocha Neves

ATIVISMO JUDICIAL: sua aplicabilidade e papel na garantia de direitos fundamentais a partir da inércia e omissão dos poderes executivo e legislativo

Taubaté
2023

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Sabrina Rocha Neves

ATIVISMO JUDICIAL: sua aplicabilidade e papel na garantia de direitos
fundamentais a partir da inércia e omissão dos poderes executivo e legislativo

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté.

Orientadora: Prof. Ma. Elaine Cristina Rodrigues de Moura.

Taubaté

2023

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU**

N518a Neves, Sabrina Rocha
Ativismo judicial : sua aplicabilidade e papel na garantia de direitos fundamentais a partir da inércia e omissão dos poderes executivo e legislativo / Sabrina Rocha Neves. -- 2023.
51f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2023.

Orientação: Profa. Ma. Elaine Cristina Rodrigues de Moura,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Ativismo judicial. 2. Poder judiciário. 3. Direitos e garantias fundamentais. 4. Constituição federal. I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 342.1

SABRINA ROCHA NEVES

**ATIVISMO JUDICIAL: SUA APLICABILIDADE E PAPEL NA GARANTIA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA INÉRCIA E OMISSÃO DOS
PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO**

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté.
Orientadora: Prof. Ma. Elaine Cristina Rodrigues de Moura.

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em ____/____/____ pela comissão julgadora:

Prof. Ma. Elaine Cristina Rodrigues de Moura, Universidade de Taubaté.

Prof. _____, Universidade de Taubaté.

Dedico este trabalho, primeiramente, à Deus, por sempre me amparar;
aos meus pais, à minha irmã e ao meu namorado, por todo apoio e compreensão;
aos professores que acreditaram no meu trabalho;
e aos amigos que me acompanharam.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer à Deus, pois sem Ele, nada disso teria acontecido, obrigada por ter me trazido esperança, mesmo nos períodos mais turbulentos.

Em segundo, aos meus pais, Mário e Elaine, pela ajuda, estímulo e amor incondicional, agradeço por, desde o momento que demonstrei interesse, terem fomentado esse sonho, que ainda não chegou ao fim.

Também agradeço à minha irmã, Sara, minha parceira de vida... não tenho palavras para expressar o quanto você foi importante nessa fase, obrigada por me auxiliar e me inspirar.

Agradeço ao meu namorado, Edgar, pela ajuda, compreensão e carinho nessa etapa tão ímpar, obrigada por me animar e me apoiar em momentos que eu achava que não seria capaz.

Também agradeço aos meus amigos, em especial, Maria Júlia e Igor, pela parceria e horas de descontração, obrigada por tornarem esses anos mais leves.

Agradeço à minha orientadora, Prof. Elaine, obrigada por não só ter me ajudado a elaborar este trabalho que tanto idealizei, mas também por ter acreditado em mim.

Por último e não menos importante, agradeço a todos os meus professores e demais pessoas que colaboraram para que eu finalizasse essa etapa.

“Serei o que quiser.
Mas tenho que querer o que for.
O êxito está em ter êxito,
e não em ter condições de êxito.
Condições de palácio
tem qualquer terra larga,
mas onde estará o palácio
se não o fizerem ali?”

(Fernando Pessoa, Livro do Desassossego)

RESUMO

O ativismo judicial caracteriza-se pela atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário que, frente a determinados casos que não estejam respaldados em uma norma jurídica, busca interpretá-los de uma forma mais abrangente na tentativa de concretizar o valor normativo constitucional, antecedendo assim a formulação da própria lei e delimitando o precedente jurisprudencial. Cabe salientar que a Constituição Federal de 1988 assegura a proteção de direitos e garantias fundamentais do homem, sejam eles direitos individuais e coletivos em seu artigo 5º, direitos sociais do artigo 6º ao 11, direitos de nacionalidade nos artigos 12 e 13, e direitos políticos do artigo 14 ao 17, assim como a inafastabilidade da jurisdição em seu artigo 5º, inciso XXXV, evidenciando seu comprometimento com a aplicação de diversos princípios, como o da dignidade da pessoa humana, para a efetivação de um Estado Democrático de Direito. Com a presente pesquisa tem-se a finalidade de abordar a problemática dessa atuação mais expansiva do Poder Judiciário, pois mesmo que seja um assunto recente, sua realização tem despertado diversos questionamentos acerca da legitimidade das decisões proferidas. Ademais, especificamente objetiva-se sopesar a valoração desses direitos, analisando até onde os mesmos podem ser exigidos judicialmente, sem que haja a interferência nos demais poderes. Do ponto de vista teórico, o constituinte de 1988 reconheceu a tripartição dos poderes em seu artigo 2º, de modo que eles devem exercer suas funções de forma independente e harmônica entre si, com o propósito de evitar abusos. Além disso, definiu mecanismos que geram a nulidade de atos que sejam considerados inconstitucionais, ou seja, aqueles adversos às disposições da Constituição. A presente pesquisa utilizou-se do método dialético, que foi solucionado através das técnicas de pesquisas documentais e bibliográficas, bem como do estudo dos registros de ocorrências em informativos de órgãos competentes. O estudo realizado demonstra que o Poder Judiciário não pode se eximir de sua obrigação de atender àqueles que o procurem, mesmo que haja lacunas legislativas ou extravagâncias, pois sua principal função parte da ideia de concretizar o real valor normativo constitucional. Levanta-se a questão acerca da constitucionalidade dessa atuação, de modo que até onde ela pode ser exercida para efetivar tais direitos sem que o princípio da separação dos poderes seja mutilado? – Conclui-se que diariamente o Judiciário se depara com situações que ainda não foram tratadas pelo legislador, e para o direito não ficar desacreditado, ele toma para si a obrigação de sanar tais lacunas, valendo-se dos ditames constitucionais, de modo que garanta a mesma paridade de armas a todos os cidadãos para

que alcancem seus intentos, reduzindo desigualdades e contribuindo para o exercício de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Poder Judiciário. Direitos fundamentais. Constituição Federal.

RESUMEN

El activismo judicial se caracteriza por la acción expansiva y proactiva del Poder Judicial que, ante determinados casos que no se encuentran sustentados en una norma jurídica, busca interpretarlos de manera más integral en un intento de implementar el valor normativo constitucional, de esta manera precediendo a la propia formulación de la ley y delimitando el precedente jurisprudencial. Cabe señalar que la Constitución Federal de 1988 asegura la protección de los derechos humanos y garantías fundamentales, ya sean derechos individuales y colectivos en su artículo 5, derechos sociales en los artículos 6 a 11, derechos de nacionalidad en los artículos 12 y 13, y derechos políticos en el artículo 14 a 17, así como la inalienabilidad de la jurisdicción en su artículo 5, inciso XXXV, evidenciando su compromiso con la aplicación de varios principios, como el de la dignidad de la persona humana, para la realización de un Estado Democrático de Derecho. El objetivo de esta investigación es abordar el problema de esta actuación más expansiva del Poder Judicial, pues si bien es un tema reciente, su implementación ha planteado varios cuestionamientos sobre la legitimidad de las sentencias dictadas. Además, el objetivo específico es sopesar la valoración de estos derechos, analizando en qué medida pueden ser exigidos judicialmente, sin interferir con otras competencias. Desde un punto de vista teórico, la constituyente de 1988 reconoció la tripartición de poderes en su artículo 2º, de modo que éstos deben ejercer sus funciones de manera independiente y armónica entre sí, con el fin de evitar abusos. Además, definió mecanismos que generan la nulidad de los actos que se consideren inconstitucionales, es decir, aquellos contrarios a las disposiciones de la Constitución. La presente investigación utilizó el método dialéctico, el cual se resolvió mediante técnicas de investigación documental y bibliográfica, así como el estudio de registros de ocurrencia en información de los órganos competentes. El estudio realizado demuestra que el Poder Judicial no puede eximirse de su obligación de asistir a quienes lo soliciten, aunque existan vacíos legislativos o extravagancias, pues su función principal se fundamenta en la idea de implementar el verdadero valor normativo constitucional. Surge la pregunta sobre la constitucionalidad de esta acción, de modo que ¿en qué medida puede ejercerse para hacer efectivos tales derechos sin que se mutile el principio de separación de poderes? – Se concluye que el Poder Judicial se enfrenta cotidianamente a situaciones que aún no han sido atendidas por el legislador, y para que la ley no sea desacreditada, asume la obligación de subsanar dichos vacíos, haciendo uso de la dictados constitucionales, a fin de garantizar la misma paridad de armas a todos los

ciudadanos para que puedan alcanzar sus fines, reduciendo las desigualdades y contribuyendo al ejercicio de un Estado Democrático de Derecho.

Palabras-Clave: Activismo judicial. Poder Judicial. Derechos Fundamentales. Constitución Federal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1 Vertentes conceituais e a positivação dos direitos fundamentais	14
2.2 A evolução de direitos e garantias fundamentais	17
2.3 A problemática da reserva do possível e do mínimo existencial	21
3 O ATIVISMO JUDICIAL	25
3.1 Considerações histórico-conceituais do ativismo judicial e a inafastabilidade da jurisdição	25
3.2 O ativismo judicial como meio de efetivação dos direitos e garantias fundamentais .	30
3.3 Limites institucionais do judiciário e o risco para a legitimidade democrática	32
4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER JUDICIÁRIO COMO RESPOSTA SOCIAL NO BRASIL	35
4.1 A origem do Supremo Tribunal Federal	36
4.2 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade	39
4.3 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132	41
5 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um fenômeno jurídico compreendido pela conduta proativa do Poder Judiciário, que ocorre principalmente nas instâncias superiores, modificando ou criando obrigações e, conseqüentemente, interferindo de maneira significativa na atuação dos demais poderes. Embora haja bastante discordância doutrinária acerca da legitimidade dessa atuação, tal comportamento se dá com o desígnio de sanar lacunas e/ou combater desigualdades legais, fazendo valer princípios e direitos proclamados na Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 não só trouxe a volta da democracia, como também consagrou diversos direitos e garantias fundamentais, que fomentam a formação de um Estado Democrático de Direito, sendo, por isso, conhecida como “Constituição Cidadã”. O texto constitucional, ao contemplar direitos essenciais, intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impõe ao Estado a obrigação de promover meios que possibilitem efetivá-los.

Ocorre que tanto a Carta Magna como a democracia moderna são recentes se comparadas a outros governos, e dessa forma necessitam de maior amparo em sua formação basilar. Não obstante, a sociedade vem se modificando constantemente ao longo dos anos, mudanças que não são acompanhadas de forma regular pelo legislativo, ocasionando disparidades sociais e deixando algumas pessoas em situação de vulnerabilidade.

Nesse caso o Judiciário vem como forma de saneamento, visto que o mesmo texto constitucional que traz diversas garantias permite com que a pessoa que se sinta lesada busque amparo judicial. Assim, mais do que não se afastar de sua obrigação, o Poder Judiciário, através de sua ação corretiva, garante a efetividade de direitos constitucionais que até então estavam restritos ou violados.

Evidenciando esse forte compromisso, a Constituição Federal de 1988 além de trazer o rol de direitos e garantias fundamentais do homem (sejam eles direitos individuais e coletivos em seu artigo 5º; direitos sociais do artigo 6º ao artigo 11; direitos de nacionalidade nos artigos 12 e 13; e direitos políticos do artigo 14 ao 17), também contemplou o princípio da inafastabilidade da jurisdição em seu artigo 5º, inciso XXXV, comprovando seu comprometimento em prol do indivíduo e do bom funcionamento da sociedade, garantindo meios para que se alcance a equidade social.

Pode-se, pois, perguntar: O Judiciário possui legitimidade para tanto? Até onde essa atuação expansiva pode ser exercida sem que o princípio da separação dos poderes seja mutilado? Os doutrinadores concordam com esse tipo de postura? A política interfere nessa

prática? O que ocorre quando o princípio do mínimo existencial conflitar com o da reserva do possível? E, qual é a parcela de culpa do legislativo e executivo devido à inobservância da criação de leis e métodos que melhor resguardem os direitos fundamentais?

No que se refere à importância justificadora do tema acoplado à pesquisa escolhida, objetiva-se reconhecer o valor dos direitos fundamentais para o regimento de um Estado Democrático de Direito, o qual garante meios que possibilitam a proteção, promoção e recuperação dessas garantias, visando principalmente o equilíbrio e a segurança, de modo que todos possam viver de forma digna.

O presente trabalho de graduação adota por objetivo geral expor a problemática da lentidão legislativa e omissão executiva em acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, de modo que o judiciário tome para si a obrigação de sanar tais lacunas, valendo-se dos ditames constitucionais. Nesse sentido, especificamente, objetiva-se mostrar a atuação do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a divergência doutrinária acerca de sua ocorrência, e o risco para a legitimidade democrática. Não obstante, será demonstrada atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, como também serão analisados alguns julgados e a viabilidade de soluções apontadas, como a ponderação de alguns princípios.

Na seção 2 são tratados os aspectos gerais e históricos dos direitos fundamentais, abordando desde sua conceituação, bem como nascimento, evolução e reconhecimento positivo. Além disso, serão apontadas as adversidades a respeito da reserva do possível e do mínimo existencial.

Já na seção 3, são analisados os aspectos do ativismo judicial, de modo que será exposto, além de seu conceito, suas considerações históricas e sua atuação como meio de efetivação de direitos fundamentais. Nesta seção também será trabalhado o princípio da inafastabilidade da jurisdição condizente ao Poder Judiciário, como também os limites institucionais do judiciário e o risco desse fenômeno para a legitimidade democrática.

Finalmente, na seção 4 são abordados todos os aspectos referentes ao Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário, que servem como meio de resposta social no Brasil, elucidando sobre a origem do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como sobre a ocorrência do ativismo judicial e o controle de constitucionalidade, abordando os recentes julgados deste duto órgão, que mostram o papel de guardião dos direitos fundamentais frente às omissões e/ou extravagâncias legais.

Abordando a problemática nos campos Histórico, Sociológico e do Direito Constitucional, a presente pesquisa utilizou-se do método dialético, que foi solucionado

através das técnicas de pesquisas documentais e bibliográficas, bem como do estudo dos registros de ocorrências em informativos de órgãos competentes.

2 ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são uma pedra angular das sociedades democráticas e do Estado de Direito. Esses direitos são inerentes a todas as pessoas, independentemente de sua origem, raça, gênero, religião ou qualquer outra característica. Eles representam um conjunto de garantias e liberdades que buscam assegurar a dignidade, a liberdade e a igualdade de todos os indivíduos perante a lei e o poder estatal.

Tais direitos abrangem diversas esferas da vida humana, incluindo liberdades individuais, direitos políticos, direitos sociais e econômicos, e direitos culturais, de modo que estabelecem limites ao poder do Estado, garantindo que o governo respeite e proteja os interesses e a autonomia dos cidadãos.

Além disso, os direitos fundamentais frequentemente refletem valores universais, como a justiça, a igualdade, a dignidade e a liberdade, que são considerados essenciais para uma convivência harmoniosa e para o pleno desenvolvimento humano.

Ao longo da história, a concepção e o reconhecimento desses direitos evoluíram, refletindo mudanças nas sociedades e nas percepções sobre a natureza dos direitos humanos. Documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas adotada em 1948, bem como as Constituições Nacionais têm servido como marcos importantes na codificação e proteção desses direitos.

No entanto, a efetiva garantia dos direitos fundamentais muitas vezes requer vigilância constante, educação cívica e engajamento público, a fim de prevenir abusos e assegurar que tais direitos sejam respeitados em todas as circunstâncias.

Em suma, os direitos fundamentais representam um conjunto essencial de princípios que visam proteger a dignidade e a liberdade de cada indivíduo, contribuindo para a construção de sociedades mais justas, igualitárias e respeitosas dos direitos humanos.

2.1 VERTENTES CONCEITUAIS E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inúmeros e diferenciados são os conceitos de direitos fundamentais, de modo que sua origem remonta à longa evolução da ideia de reconhecer e proteger certas liberdades e garantias inerentes a todos os seres humanos.

A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir para esses direitos um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. (SILVA, 2005, p.175).

José Afonso da Silva, ao tratar sobre a difícil conceituação de tais direitos, concluiu que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (2005, p. 178).

Indo na mesma direção, Canotilho explana:

(...) direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2003, p. 369).

Nesse sentido, Alexandre de Moraes, em seu livro *Direitos Humanos Fundamentais* (2021), introduz o conceito dos direitos fundamentais, como sendo aqueles inerentes à condição humana, no sentido de que não são conferidos por governos ou sistemas jurídicos, mas reconhecidos e protegidos por eles, servindo como elementos fundamentais para a dignidade e liberdade de todas as pessoas, visto que emergiram como uma resposta às violações de dignidade ao longo do tempo.

Assim sendo, por estarem relacionados com os bens e interesses da pessoa humana, os direitos fundamentais impulsionam diversas perspectivas dentro de sua função:

Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho, a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (MORAES, 2003, p.46).

Pode-se dizer, portanto, que os direitos e garantias fundamentais, em âmbito do direito positivo, servem como uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos

do Estado que dependem dela, visando a efetivação de um Estado Democrático de Direito, e estando amparados, principalmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Paulo Bonavides, nenhum princípio é mais valioso para resumir o cerne da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais súbito teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2001, p.231).

Amparada a tal princípio a Constituição Federal de 1988, sendo classificada como marco jurídico de transição ao regime democrático, ampliou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, de modo que consagrou três das dimensões de um Estado Democrático de Direito, tais quais a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais.

Como afirma Jorge Miranda:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado (2000, p. 180).

Em seu Título II, tal dispositivo estabeleceu cinco espécies à categoria dos direitos e garantias fundamentais, sendo eles: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos, dentre os quais se encontram garantias relacionadas à vida, igualdade, segurança, moradia, trabalho, lazer, transporte, voto, assistência aos desamparados etc.

A previsão desses direitos os coloca em elevada posição em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características, tais como imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementaridade; demonstrando a importância do constituinte em assegurar valores significativos.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

Importante ressaltar que, na medida em que são inseridos no texto constitucional, tais direitos possuem aplicação imediata. Conforme entendimento de José Afonso da Silva:

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana (2005, p. 105).

Todavia, mesmo que esses direitos estejam positivados, ainda há uma problemática sobre sua aplicação. Para Norberto Bobbio, ainda há um certo desrespeito, no sentido de que tais direitos não são cumpridos em sua totalidade, em razão da falta de cuidado na hora de fundamentá-los adequadamente, de modo que o comando legal acaba não sendo seguido.

O problema não é filosófico, mas jurídico, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 17).

Assim, percebe-se que mais do que esclarecer quais são os direitos fundamentais e suas diversas conceituações, para que um Estado Democrático de Direito realmente seja exercido, deve-se buscar maneiras de executar aquilo que está positivado, no sentido de cumprir, em sua integralidade, todos os direitos estabelecidos em lei.

Dentro dessa ideia, tem-se que:

(...) não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Eles têm um papel decisivo na sociedade, porque é por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a sociedade se acha enferma. (CUNHA, 2011, p. 253).

2.2 A EVOLUÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Vários foram os dispositivos que reconheceram direitos e garantias fundamentais do homem. Como marco inicial, pode-se citar o Código de Hamurabi (1690 a.C.), o qual consagrou diversos direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, prevendo, da mesma forma, a supremacia das leis.

O Cristianismo, posteriormente, foi forte influenciador na consagração de direitos fundamentais, através da concepção de igualdade entre todas as pessoas, independente de raça e sexo.

Durante a Idade Média, diversos foram os documentos jurídicos que reconheceram a existência de direitos humanos, dentre os mais importantes, se encontram a *Magna Charta Libertatum* de 1215, a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Settlement*, de 1701, dentre os quais previam a o devido processo legal, o livre acesso à Justiça, a vedação à prisão ilegal, o princípio da legalidade, além de outras previsões complementares e essenciais.

Ulteriormente, com a Revolução dos Estados Unidos da América, advieram alguns regulamentos, tais como a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, também de 1776; e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787. Através desses documentos, diversos direitos humanos foram proclamados, tais como o direito à vida, à liberdade, ao devido processo legal, à ampla defesa, dentre outros.

No entanto, os direitos humanos fundamentais somente foram sancionados com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França, cujo preâmbulo assim se manifestava:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral. (FRANÇA, 1789).

Dentre os diversos direitos previstos estão o princípio da igualdade, liberdade, segurança, legalidade, liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento etc.

Posteriormente, em meados do século XIX, a efetivação dos direitos fundamentais continuou com a Constituição Espanhola, de 1812; a Constituição Portuguesa, de 1822; a Constituição Belga, de 1831; e a Declaração Francesa, de 1848; esses dispositivos consagraram, dentre várias garantias, o princípio do juiz natural, a inviolabilidade de

domicílio, a liberdade de culto religioso, a assistência aos desempregados, além dos tradicionais direitos humanos.

A Constituição Mexicana de 1917, já no século XX, pode ser citada como grande influenciadora no quesito de prestação social, de modo que passou a garantir direitos individuais, como por exemplo, os direitos trabalhistas e educacionais. Além dela, também no século XX, pode-se citar a Constituição de Weimar, na Alemanha, de 1919, que além de consagrar direitos fundamentais, demonstrava forte disposição de defesa aos direitos sociais.

Anos mais tarde, com a Declaração Universal Dos Direitos Humanos adotada em 10 de dezembro de 1948, houve uma grande mudança com relação à perspectiva dos direitos humanos, eis que tal documento sustentava a ideia de que essencialmente esses direitos deveriam ser protegidos em lei, evitando assim tiranias e opressões, visando à garantia e defesa do princípio da dignidade humana. Tais mudanças ensejaram um novo tratamento a esses direitos, de modo que eles se transformaram em direitos essenciais de uma sociedade.

Essa declaração fez com que os Estados-Membros se comprometessem a promover o respeito universal aos direitos e garantias fundamentais, de modo que, além de direitos subjetivos, também acabou impulsionando uma ordem objetiva de valores, auxiliando a legislação vigente, bem como a administração do Estado e jurisprudências.

Neste mesmo ano, a Constituição Italiana foi a primeira pós 2ª Guerra Mundial, de modo que trouxe o respeito à dignidade humana e o repúdio ao nazi-fascismo.

Dessa forma pode-se observar que, em âmbito mundial, com o passar dos anos houve um novo ciclo na formação do Estado, cujo mesmo passou a garantir o respeito aos direitos fundamentais com o auxílio do Poder Judiciário.

Em solo brasileiro também houve certa evolução histórica dos direitos humanos fundamentais nas Constituições. Dentre elas, a de 1824 previa um extenso rol de direitos e garantias individuais, tais como a igualdade e legalidade, a liberdade religiosa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros. Seguindo a existência de um rol expressamente declarado, a Constituição de 1891, além de garantir os direitos tradicionais, também fez referência a outras garantias essenciais, como a gratuidade do casamento civil, direito de reunião, ampla defesa, habeas-corpus, etc.

Em 1934, com uma nova Constituição houve a preservação dos direitos já postulados, de modo que outros foram acrescentados, como a irretroatividade da lei penal, assistência jurídica gratuita, escusa de consciência, dentre outros. Anos depois, apesar de suas características, a Constituição de 1937 também trouxe alguns direitos fundamentais, dentre os quais estão a impossibilidade de aplicação de pena perpetua.

A Constituição de 1946, além de possuir um capítulo específico para os direitos e garantias fundamentais, também protegeu direitos sociais, bem como a família, educação, trabalho etc. Cerca de vinte anos depois, a Constituição de 1967 assegurou igualmente um capítulo de direitos e garantias, além de também prever a manutenção de direitos sociais aos trabalhadores.

Com o advento da Constituição de 1988, que está respaldada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e também na Convenção Americana de Direitos do Homem de 1969, pode-se dizer que houve uma ampliação e maior respeito a tais direitos, visto que, esta Carta Magna além de tutelar novas formas, foi a primeira a delimitar os direitos fundamentais, antes mesmo da disposição do Estado.

Em seu Título II, ao trazer “Direitos e Garantias Fundamentais”, entende-se que a Constituição delimitou algumas diferenças entre eles. “Direitos” podem ser compreendidos como normas materiais que consistem nas disposições afirmativas que fixam existência legal aos direitos reconhecidos. Já as “garantias”, por sua vez, consistem naquelas disposições processuais e/ou instrumentais que servem para defender os direitos, ou seja, de maneira simplificada, pode-se dizer que os “direitos” seriam as normas principais em relação às “garantias”, que seriam as normas acessórias.

Os direitos fundamentais são os bens em si mesmo considerados, declarados como tais nos textos constitucionais. As garantias fundamentais são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais. Assim, ao direito à vida corresponde a garantia de vedação à pena de morte; ao direito à liberdade de locomoção corresponde a garantia do habeas corpus; ao direito à liberdade de manifestação do pensamento, a garantia da proibição da censura etc. Enfim, os direitos fundamentais são bens jurídicos em si mesmos considerados, conferidos às pessoas pelo texto constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos por meio dos quais é assegurado o exercício desses direitos, bem como a devida reparação nos casos de violação. Enquanto aqueles nos asseguram direitos, as garantias conferem proteção a esses direitos nos casos de eventual violação. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 100).

Ao que se refere à natureza desses direitos, são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no Direito Positivo, a favor da dignidade, da igualdade e da liberdade da pessoa humana, e sua eficácia e aplicação dependerão do enunciado contido na norma constitucional que os abranja, em consonância com o direito positivado (SILVA, 2005, p.179).

A Constituição de 1988 é firme no sentido de garantir eficácia e aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, como exposto em seu artigo 5º, §1º. Assim, pode-se dizer que algumas normas constitucionais fundamentais possuem aplicação plena, de forma que devem ser executadas imediatamente. Outras, porém, possuem eficácia contida ou limitada, de forma que vão depender da criação da legislação infraconstitucional, de modo que, enquanto não surgir essa norma que garanta sua aplicação, o dispositivo constitucional não será autoaplicável.

Quanto ao rol dos direitos individuais básicos do cidadão delineado no artigo 5º da referida Carta Magna, este não é taxativo, pois também há a previsão de outras normas contendo direitos e garantias, como por exemplo o caput do artigo 225 e artigo 150 do referido documento, que afiançam o direito de viver em um meio ecologicamente equilibrado e as garantias de ordem tributária respectivamente.

Todavia, são cinco os direitos individuais básicos do cidadão expressamente previstos no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; de modo que os demais direitos fundamentais reconhecidos ao longo dos incisos do aludido artigo decorrem desses cinco direitos básicos do homem.

2.3 A PROBLEMÁTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos fundamentais, a partir de sua regulamentação ao longo dos anos, ganharam uma roupagem de garantia daquilo que pode ser entendido como o mínimo indispensável para uma existência digna, abrangendo muito mais do que a mera subsistência e impondo ao Estado a obrigação de efetivá-los.

A partir daí surge o instituto do mínimo existencial, que consiste na gama de interesses ligados à preservação da vida, bem como à liberdade, estando intrinsecamente ligado à dignidade humana. Consequentemente, por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade, tais direitos assumem um status superior, determinando que o Estado auxilie, materialmente, aquele que necessite. Sem essa roupagem, Gouvêa (2003) explana que esses direitos permaneceriam um mero esquema formal.

Pode-se perceber, portanto, que o mínimo existencial é a soma de causas e garantias que possibilitam o mínimo de bem estar ao cidadão, estando intimamente ligado ao princípio

da dignidade humana. Essa proteção possibilita com que cada pessoa usufrua de serviços sociais básicos, tais como saúde, segurança, educação, alimentação e moradia. Nesse sentido:

O conteúdo do mínimo existencial ultrapassa a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência, para resguardar não só a vida humana em si, mas uma vida saudável, portanto, uma vida com certa qualidade. Não se pode negligenciar que o princípio da dignidade da pessoa humana também implica uma dimensão sociocultural que não pode ser desconsiderada, mas que constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 668).

Todavia, nem sempre o Estado terá condições de cumprir com sua obrigação, e é nesse sentido que surge um instituto de ponderação, conhecido como “reserva do possível”, que serve para analisar o caso concreto e a disponibilidade do Estado de efetivar o direito em discussão.

A reserva do possível pode ser entendida como uma limitação ou restrição dada a algum direito. Ela surgiu a partir de um julgamento ocorrido na Alemanha, em decisão conhecida como *Numerus Clausus*, onde o Tribunal Alemão analisou uma demanda proposta por estudantes que não haviam sido admitidos nas escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em razão do ínfimo número de vagas disponibilizado pelo país, embasada no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, que garante com que todos os alemães tenham direito de escolha sobre sua profissão, local de trabalho e centro de formação.

Ao julgar o caso, a Corte Alemã decidiu que não seria adequado aumentar o número de vagas nas universidades, eis que essa exigência comprometeria o limite social básico. Tal decisão restou amparada na limitação desenhada na reserva do possível, que estabelece que nem sempre os direitos poderão ser plenamente efetivados, de modo que, mesmo que o Estado tenha recurso para efetivá-los, este não tem o de dever de cumprir aquilo que não é razoável.

A respeito da decisão dada pelo Tribunal Alemão:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2001, p. 265).

Quando trazida para o Brasil, houve uma mudança na interpretação de tal teoria, de modo que esta acabou sendo utilizada a partir da insuficiência orçamentária do Estado, ou seja, em razão da falta de recursos necessários para concretizar o direito pretendido, se

diferindo daquela apresentada pela Corte Alemã, seja em virtude das diferenças sociais e econômicas, por exemplo.

Dessa forma, quando empregada no Brasil, a reserva do possível serve de limitação à efetivação dos direitos fundamentais, condicionando-os à disponibilidade de recursos, para que a realização de algum direito em questão não prejudique a prestação dos demais.

Nesse sentido, Barcellos explica que:

(...) é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo (2002, p. 232).

Destarte, ante a ausência de condições que garantam de forma integral a prestação de direitos fundamentais, o Estado a partir da reserva do possível escolhe quais serão as prioridades e os parâmetros a serem seguidos. Isso não quer dizer que ele tenha o poder de escolher qual direito quer concretizar ou não, mas que a partir da análise dos recursos disponíveis faça uma consideração acerca dos bem exigidos, visando sempre à decisão mais razoável para o caso concreto em questão.

Vale destacar que, a fim de se evitar uma insegurança jurídica, tal instituto só poderá ser utilizado quando ficar comprovado objetivamente a carência de recursos, não bastando a mera alegação. Assim, percebe-se que a reserva do possível somente será utilizada após analisada a disponibilidade de recursos, juntamente com a garantia do mínimo existencial.

Todavia, é sabido que pode haver casos em que o mau planejamento de verbas ou a insuficiências de políticas públicas prejudiquem a realização dos direitos postulados em lei, de modo que o administrador se utilize de tal teoria como óbice e não garanta a proteção do mínimo existencial. Caminhando nesta direção, Cambi se posiciona no sentido de que:

Confiar unicamente na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a realidade brasileira marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público (2009, p. 245).

É nesse sentido que o Judiciário vem como meio de resposta, visto que o mesmo texto constitucional que assegura diversos direitos e garantias, também possibilita expressamente em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a pessoa que se sinta lesada recorra às vias judiciais quando necessário, ou seja, quando tiver algum direito violado: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito” (BRASIL, 1988).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, pode-se citar o trecho do voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento do RE 581.488/RS, o qual alegou que:

Não cabe certamente ao Judiciário, já se disse, formular e executar políticas públicas, em qualquer área, inclusive na de saúde. São atividades típicas e próprias dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, inexistindo políticas públicas estabelecidas ou sendo elas insuficientes para atender as prestações minimamente essenciais à efetividade do direito fundamental social, abre-se o espaço para a atuação jurisdicional. (RE 581.488, Relator(a): Dias Toffoli, julgado em 03/12/2015, DJe de 07/04/2016).

Portanto, com relação ao tema em comento, tem-se a ideia de que a cláusula da reserva do possível apenas deverá ser utilizada a partir de um justo motivo, para que direitos e garantias não sejam aniquilados. Nessa perspectiva, pode-se citar a linha de raciocínio utilizada pelo STF, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N° 45/DF, tendo como relator o Ministro Celso de Mello:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004).

3 O ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos anos, a sociedade passou por diversas mudanças, fazendo com que o Judiciário desempenhasse um grande papel na resolução de conflitos envolvendo direitos e garantias fundamentais que até então não estavam sendo abarcados pelos poderes Executivo e/ou Legislativo.

A Constituição de 1988, ao assegurar que todo aquele que se sinta lesado busque amparo judicial, fez com que o Judiciário não se eximisse de tal obrigação, conferindo a ele o dever de examinar todas as lides, mesmo havendo vácuos ou extravagâncias legislativas, visto que sua principal função parte da ideia de concretizar o real valor normativo constitucional.

Além disso, ao delimitar que os direitos e garantias fundamentais representam parte necessária de uma democracia, abrangendo muito mais que a mera subsistência do ser humano, foi imposto ao Estado a necessidade de efetivá-los, além de oferecer meios para que essas prerrogativas pudessem ser cumpridas de forma isonômica.

Nesse sentido, ao se deparar com situações que ainda não estavam sendo tratadas pelos demais poderes, o Judiciário acabou tomando para si a obrigação de sanar tais lacunas, expandindo seu papel, e valendo-se dos ditames constitucionais, a fim de que as pessoas tivessem as mesmas paridades de armas, antecedendo muitas das vezes a formulação da própria lei e delimitando o precedente jurisprudencial.

Essa conduta mais expansiva ficou popularmente conhecida como “ativismo judicial”, que pode ser entendido como a postura proativa do Judiciário, a partir de uma interpretação expansiva da Constituição, buscando a efetivação de direitos e garantias assegurados constitucionalmente, em virtude de algumas situações decorrentes da lentidão ou inércia dos poderes legislativo e/ou executivo.

Embora essa conduta vise o exercício de um Estado Democrático de Direito, levanta-se a questão acerca da constitucionalidade dessa atuação, no sentido de até onde ela pode ser exercida, sem que o princípio da separação dos poderes seja mutilado. Da mesma forma, discute-se sobre a legitimidade do Judiciário, bem como o risco para a democracia.

3.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICO-CONCEITUAIS DO ATIVISMO JUDICIAL E A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O termo “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos, em 1947, no trabalho de Arthur M. Schlesinger Júnior para a revista *Fortune*, chamado “The Supreme Court: 1947”. Neste artigo, Arthur analisou a atuação dos juízes da Suprema Corte americana, concluindo que esta poderia desempenhar um papel mais proativo na concretização do bem social, não se limitando às políticas elaboradas pelo legislativo ou executivo.

Nesse sentido, os juízes ativistas poderiam ser entendidos como aqueles que atuavam em favor das minorias, ou seja, em prol daqueles que estavam sendo lesados de alguma forma, visando uma maior efetivação de direitos e garantias constitucionais.

Todavia, ao delimitar esse tipo de atuação, Arthur não se preocupou com uma conceituação exata, muito menos definiu critérios que pudessem identificar decisões ou postura daqueles que se manifestavam dessa forma. Ele apenas expôs que dentro da Suprema Corte os magistrados poderiam ter uma atuação diferenciada daquela que estavam habituados.

De qualquer forma, juristas, estudiosos do Direito e pensadores buscaram expor algumas definições. Para Elival da Silva Ramos, por exemplo, o ativismo judicial deve ser compreendido como o exercício da obrigação jurisdicional que extrapola as fronteiras determinadas pela legislação, conferindo ao Poder Judiciário o dever de atuar, solucionando não só questões de interesse subjetivo, mas também de questões normativas (2014).

Luís Roberto Barroso (2008b), por sua vez, explana que o conceito de ativismo judicial está relacionado à participação mais abrangente e eficaz do Judiciário na concretização de objetivos e diretrizes institucionais, que acaba interferindo, conseqüentemente, na atuação dos demais poderes.

Segundo ele, tal conduta ganhou maior notoriedade nos anos de 1953 e 1969, período em que a Corte esteve sob a presidência de Earl Warren, e foi marcada por uma justiça progressista, visando a construção de uma democracia mais inclusiva e humanitária. Nesse sentido, ele afirma que tal fenômeno contribuiu para que demandas que até então não estavam sendo satisfeitas fossem resolvidas.

Para Mauro Capelleti, o ativismo judicial acaba sendo bem mais presente nas situações que tratam de conteúdos de direitos fundamentais, em virtude dessas normas serem mais vagas.

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em

regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciais. Esta é, portanto, a poderosa causa da acentuação, que em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim a criatividade (CAPELLETI, 1993, p. 42).

Quando transportado para o Brasil, Barroso leciona que o ativismo judicial é instalado em situações de retração por parte do Poder Legislativo, que impedem a efetivação de alguma demanda social.

O Ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e o seu alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2006, p.11).

Para isso, Barroso (2008b) aponta algumas características dessa conduta, tais como a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Demasiadas foram as situações em que o Judiciário teve uma posição manifestamente ativista no Brasil, tal qual a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da fidelidade partidária, de modo que, a partir do princípio da democracia, afirmou que a vaga no Congresso pertence ao partido político, criando uma nova hipótese além das elencadas no texto constitucional. Além desta decisão, pode-se citar o julgado a respeito da vedação do nepotismo no legislativo e executivo, de maneira que foi extraída uma vedação que até então não estava declarada, expressamente, em norma constitucional ou infraconstitucional.

Gomes (2009) afirma que há duas classes de ativismo judicial, a inovadora, que ocorre quando o juiz cria uma norma de direito, e a reveladora, quando o juiz acaba gerando uma regra de um direito, a partir de lacunas legislativas, a fim de concretizar algum princípio.

Combinado com as previsões constitucionais, tais como do direito de petição (artigo 5º, inciso XXXIV, “a”, Constituição Federal), acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, Constituição Federal), o ativismo judicial colaborou para que o cidadão buscasse amparo judicial, contra abusos e/ou omissões até do próprio Estado.

Todavia, com a evolução da cultura política - que no caso do Brasil se deu a partir da redemocratização em 1985 e com a promulgação da Constituição

Federal em 1988 - o conceito de democracia não mais se resumiria ao pleito eleitoral. A democracia também visava a realização de direitos, especialmente os consagrados na Constituição Federal. E, sendo o Poder Judiciário o órgão estatal por excelência na aplicação do direito, o que se observou, então, foi a ideia da efetivação dos direitos como forma de expressão do ideal democrático. E nessa onda de 'efetivação de direitos', chegou-se ao que se concebeu como ativismo judicial, cujo viés determinante foi a preponderância dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal afirmados na decisão judicial sobre as atividades dos poderes Executivo e Legislativo (PAULA, 2019, 119-144).

Consequentemente, esse intento de efetivação de direitos acabou criando uma tensão, haja vista que tal conduta pode ser entendida como uma ingerência nas atividades dos demais poderes.

Em outras palavras, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário. (STRECK; TASSIRANI; LEPPER, 2015, p.56).

Assim sendo, importante mencionar que o ativismo judicial é tratado de forma dúbia, tendo em vista carga valorativa positiva e negativa, de modo que a discussão doutrinária cinge-se a elas. Ora positiva, quando representam a concretização de valores e fins constitucionais, ora negativa, quando invadem a competência dos demais poderes.

Para Elival da Silva Ramos, parte da doutrina acredita que qualquer prática judiciária que não se limite a uma atuação atrelada ao texto da Constituição, será ativista, de modo que estará indo contra os ideais de democracia (2014). Em contrapartida, há outra parcela da doutrina que não vê o ativismo de forma negativa, em razão da criatividade jurisprudencial fazer parte do sistema político (RAMOS, 2014).

Ainda, discute-se acerca da possibilidade do magistrado se compelir ou até mesmo desejar resolver interesses populares, comprometendo seus julgamentos, por não estar se atendo às questões jurídicas e sim à satisfação pública. O resultado disso seria o advento da insegurança jurídica.

Nesse sentido, a fim de se evitar crises institucionais ou vícios impossíveis de sanar, é importante que o magistrado tenha cautela nesses processos que demandem prestações diferenciadas, visto que o Judiciário não pode se abster de sua obrigação por medo de incomodar outro poder, mas que consiga interpretar o texto legal, visando sua eficácia prática.

Mas essa mudança de postura se deu ao longo das primeiras décadas do século XXI com o chamado ativismo judicial e que, ao conferir eficácia imediata dos direitos fundamentais, passou não só a ingressar em assuntos dos Poderes Executivo e Legislativo, como também a fazer determinações de condutas aos agentes desses Poderes. Mas cumpre dizer que tal ingresso e

tais determinações estão baseadas em critérios jurídicos, máxime por normas e princípios estabelecidos na Constituição Federal (PAULA, 2019, p.119-144).

Importante mencionar que o prestígio e o destaque do Judiciário somente foi dado em razão da ausência de valor das normas, bem como pela má administração dos recursos do Estado e/ou ineficácia e inércia legislativa, que fizeram com que o magistrado extrapolasse a esfera do Direito e integrasse a da política, como afirma Carlos Eduardo Dieder Reverbel (2010).

A partir disso, pode-se dizer que ele saiu de uma esfera de mero pronunciamento da lei, para uma contribuição mais dinâmica, visando o cumprimento de sua função, bem como a efetivação de preceitos instituídos na Constituição.

Advirto logo que se trata, indubitavelmente, de fenômeno de excepcional importância, não limitado ao campo do direito judiciário, pois de modo mais geral, reflete a expansão do estado em todos os seus ramos, seja legislativo, executivo ou judiciário. Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de *'check and balances'*, à paralela expansão dos *'ramos políticos'* do estado moderno. (CAPELLETI, 1993, p. 19).

Pode-se perceber, portanto, que o ativismo judicial contribuiu para que ocorresse uma mudança no meio jurídico, de modo que sua aplicação tem se mostrado cada vez mais pertinente, haja vista ocorrência de situações inéditas. Entretanto, para que essa conduta realmente proteja direitos e garantias fundamentais é necessário que ela ocorra dentro de uma racional fundamentação, indo de encontro com o que a Constituição determina, pois, nesse caso, como afirma Barroso (2008b), a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, garante o acesso ao Poder Judiciário às pessoas que aleguem violação a direito. Nesse sentido, quando provocado, tal órgão não poderá se abster de pleitear a demanda em questão.

Para Lenio Streck, a inafastabilidade da jurisdição garante com que haja a definição de condições mínimas para o devido funcionamento do sistema democrático (2016, p. 723).

Dessa forma, pode-se dizer que o Judiciário adquire o papel de interpretador, vinculando todos à Constituição e tornando aplicáveis, ao caso concreto, normas que até então eram abstratas.

A partir desse princípio e em face da omissão dos demais poderes no cumprimento de suas obrigações, o ativismo judicial vem como corretor, por parte do Judiciário, na efetivação

desses direitos. Ao assumir essa figura mais dinâmica, evitando que o direito fique desacreditado, o Judiciário constrói sua decisão a partir dos limites constitucionais.

A atividade jurisdicional não se resume uma operação técnica de declaração da lei ao caso concreto, como tradicionalmente proclamava um segmento doutrinário montesquiano. Os tempos mudaram e a atividade jurisdicional também se permitiu criar o direito, não apenas nos casos de complementação de lacunas da lei, mas, num primeiro momento em criar conceitos e estendê-los aos princípios jurídicos, e num segundo momento em definir fatos, exprimir valores sociais e estabelecer a verdade sociológica dentro de um processo para aplicar tecnicamente a norma jurídica e imputar sanções jurídicas. (PAULA, 2014, p. 40).

Para Abboud esse destaque decorre, na maioria das vezes, a partir de uma ação governamental insatisfatória, em consonância com um extenso rol de instrumentos constitucionais que possibilitam o controle de tais ações, além do fato de os demais poderes não conseguirem acompanhar todas as mudanças que surgem na sociedade, fazendo com que o Judiciário abrace essa responsabilidade (2021).

Destarte, percebe-se que o mesmo texto constitucional que atesta diversos direitos, traz encargos aos entes do Estado para que essas garantias possam ser realizadas. Especificamente, a atividade do Poder Judiciário gira em torno da defesa do cidadão, ao garantir que todos tenham a mesma paridade de armas para alcançar seus intentos, servindo como meio de resposta frente a situações que até então não estavam sendo abarcadas.

3.2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Com a chegada da Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, houve uma expansão do Estado Democrático de Direito, de modo que surgiu a necessidade de promover e efetivar direitos e garantias fundamentais.

O Poder Judiciário é o aplicador último do direito. Significando que, se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo – de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo. (GRAU, 2002, p. 335).

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2003) alega que cabe aos magistrados o dever de dar sentido às normas jurídicas, quando estas tratarem de assuntos relacionados à aplicação de

conceitos jurídicos indeterminados ou princípios, em virtude de o papel do Judiciário estar ligado à interpretação e respeito da Constituição, visando a efetivação de direitos assegurados.

Para tanto, o artigo 5º, XXXV, da Carga Magna explana que toda violação ou ameaça poderá ser submetida à apreciação do Judiciário, que é entendido como guardião da Constituição e dos direitos por ela estabelecidos, possuindo a obrigação de solucioná-los, mesmo que possam ser objetos de outros poderes.

Sendo assim, em prol da efetividade, ele acaba assumindo a função de concretizar essas garantias fundamentais, recusando qualquer preceito que as violem.

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais impregnados de estatura constitucional. (BRASIL, 2004).

Por conseguinte, o ativismo judicial atua como intérprete da lei, sendo muito mais presente nas matérias que tratem de direitos fundamentais, haja vista frequente vagueza de tais normas. Nesse rumo, Mauro Capelleti explana que:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciais. Esta é, portanto, a poderosa causa da acentuação, que em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim a criatividade (1993, p. 42).

Para Capelleti, essa manifestação criativa do Judiciário não seria uma afronta ao Poder Legislativo, no sentido de “criar” leis. No seu entendimento, toda interpretação é criativa, de modo que se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade da atividade jurisdicional (1993) Além disso, a própria legislação, por ser muito ampla ou muito vaga, faz com que o Judiciário adapte a norma ao caso concreto, visando sua eficácia. Nesse sentido:

No entanto, admite Kelsen que referida relação de vinculação nunca é exaustiva, ou seja, sempre há espaço para interpretação do caso concreto perante o dispositivo de lei, o que se denomina moldura da norma. Referido espaço pode ser intencional, quando a lei o prevê, ou, ainda, não intencional,

ou seja, quando o sentido verbal do texto não é unívoco (VILLAS BOAS; FERNANDES, 2016. p. 55-72).

Em vista disso, pode-se dizer que os magistrados não só se encontram atrelados à Constituição e aos direitos e garantias fundamentais, mas também desempenham uma função além, de modo que acabam controlando os atos dos outros poderes, definindo o conteúdo e a aceção exata dos direitos constitucionalmente assegurados, de modo que haja o devido respeito e zelo por eles.

Todavia, apesar de possuir essa flexibilidade na efetivação de garantias, ante a inoperância dos demais órgãos, é necessário que o ativismo judicial esteja respaldado naquilo que a Constituição preconiza, para que outros ditames não sejam deturpados, pois só assim haverá a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

3.3 LIMITES INSTITUCIONAIS DO JUDICIÁRIO E O RISCO PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O princípio da separação dos poderes, delimitado no artigo 2º da Carta Magna, determina que haverá independência e harmonia entre eles, estando intimamente ligado ao exercício da soberania estatal. A respeito dessa interação, Alexandre de Moraes explana que:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito. (...) consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade (2003, p. 290).

Importante ressaltar que o artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição de 1988, estabelece que essa relação constitui clausula pétrea, de modo que não poderá ser objeto de emenda constitucional que vise abolir a separação dos poderes.

Para José Afonso da Silva, a função da separação dos poderes vai muito além do que determinar o que cada órgão irá fazer, ela contribui para a construção de um Estado Democrático de Direito.

O poder é fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma

conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins. O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, também chamada sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar (SILVA, 2015, p. 106).

Ainda, José Afonso da Silva acrescenta que, em razão de o Estado ser uno, quando se fala em separação dos poderes, está-se falando em separação de funções estatais. No sentido de que, o que se divide, de forma sucinta, são as atribuições de cada órgão que se encontram no mesmo patamar.

Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. (SILVA, 2015, p.107).

Nesse sentido, tal princípio contribui para que os poderes desenvolvam suas funções de uma forma efetiva e dinâmica, resultando em uma atividade pautada na relação de freios e contrapesos (*check and balances*), sistema esse adotado pela Constituição de 1988, que determina que a atuação de um deles servirá de contrapeso para a atividade dos demais.

Assim sendo, fica claro que tal separação é pensada no exercício democrático, todavia, embora os poderes sejam autônomos e independentes, poderá haver uma relação de cooperação entre eles para melhor efetivação de direitos e garantias, no sentido de que um poder poderá participar na função típica de outro, sendo pautada dentro dos limites legais.

A característica da independência entre os órgãos do Poder Político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas a predominância no seu desempenho. Isso significa que as funções legislativas, executivas e jurisdicionais são exercidas, predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente, mas não com exclusividade. Essa participação momentânea de um Poder na função típica de outro não destrói nem ameaça a separação das funções estatais, a qual não é absoluta, mas, tão somente, relativa (MORAES; PIRES, 2023, p.13).

Com relação ao Poder Judiciário, pode-se dizer que nos últimos anos houve certo alargamento em seu papel no sistema de freios e contrapesos, ainda mais em se tratando da proteção de direitos e garantias fundamentais, bem como a proteção de minorias, ocasionando certa tensão entre os demais poderes.

Assim, em razão do seu protagonismo na solução de conflitos, há quem diga que a jurisdição constitucional é antidemocrática, seja pelo fato de seus representantes não serem eleitos democraticamente ou por impor restrições à vontade da maioria, tradicionalmente identificada na maioria parlamentar (LOZER, 2004, p. 10).

Nesse sentido, a atividade ativista exercida pelos tribunais acaba sendo vista como um impasse, de modo que parte da doutrina acredita que a autocontenção judicial seria um bom meio de solucionar tal problema, visto que, em razão de não serem eleitos pelo povo, os atuantes do Poder Judiciário não poderiam legislar, muito menos realizar medidas concernentes às pessoas que exercem mandato popular, devendo aguardar que supram a falha, para assim decidir a causa.

Esse meio de resposta, denominado de autorrestrição judicial, retira do Judiciário a supremacia nas decisões, e passa a primazia para as normas, dificultando a ocorrência do ativismo judicial, no sentido de que restringe a criação de jurisprudência em temas de natureza política. Tudo isso para que não se afete as funções dos determinados poderes, evitando excessos de um protagonismo judicial.

Todavia, importante salientar que uma das funções do Judiciário gira em torno da proteção e efetivação de direitos e garantias constitucionais, que ocorre, muitas das vezes, a partir da ampliação de sua atuação, fortalecendo uma maior participação popular.

Para Capelleti, essa prestação mais efetiva do Judiciário não interfere no sistema de freios e contrapesos, pelo contrário, o mantém funcionando:

Advirto logo que se trata, indubitavelmente, de fenômeno de excepcional importância, não limitado ao campo do direito judiciário, pois de modo mais geral, reflete a expansão do estado em todos os seus ramos, seja legislativo, executivo ou judiciário. Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de "check and balances", à paralela expansão dos "ramos políticos" do estado moderno. (CAPELLETI, 1993, p. 19).

Sendo assim, essa "contenção" imposta ao Judiciário só será viável se não prejudicar a atuação do Estado com relação a casos em que direitos fundamentais estiverem sendo discutidos, pois, do contrário, tal conduta cerceará àqueles que buscarem acesso à justiça, aumentando as desigualdades e impedindo a manutenção de uma justiça mais igualitária.

(...) Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2008b, p. 7).

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER JUDICIÁRIO COMO RESPOSTA SOCIAL NO BRASIL

Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal vem exercendo um papel mais ativo na sociedade, ainda mais em se tratando da proteção de minorias, de modo que seu objeto é declarar a legitimidade da Constituição, oportunizando que esses grupos tenham a chance de serem representados.

Nesse sentido, muitos doutrinadores defendem a ideia de que o Judiciário não tem apenas a obrigação de ser “a boca da lei”, mas também de interpretar o texto constitucional, amparando pessoas que até então estavam sendo lesadas, a partir da função contramajoritária, que possibilita com que haja a efetivação de direitos desses grupos que até então estavam sendo excluídos.

A Constituição Federal de 1988 assegurou diversos direitos, visando uma sociedade ideal, alcançando todas as classes. Nessa perspectiva, quando houver alguma lacuna e/ou desinteresse dos demais poderes, o Judiciário vem como meio de resposta, concretizando aquilo que a Carta Magna determina.

Esse papel alternativo e mais dinâmico evita com que haja a ocorrência de tiranias contra grupos que estejam socialmente vulneráveis. Assim, no entendimento de José Adércio Sampaio é importante que os desprotegidos tenham lugar no mundo político, devendo ser atendidos por aquele que possuem o dever de elaborar leis e políticas públicas para a proteção e defesa de todos, mas quando o processo democrático se mostrar insuficiente, será necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal (2002, p. 76 e 77).

Apesar de haver a divisão de atribuições entre os poderes, importa salientar que, para o bom exercício da democracia, é necessário que haja a garantia de tudo aquilo que está positivado na Constituição, ainda mais em se tratando de direitos fundamentais. Nessa esteira, percebe-se que todos aqueles vinculados ao texto constitucional estão interligados e devem agir em cooperação, fazendo valer o que está positivado. Nesse sentido, com base nos entendimentos de Konrad Hesse, Casassanta aduz:

(...) a força normativa da Constituição não reside somente na adaptação inteligente a uma dada realidade. Muito embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes não só a vontade de poder, mas também

a vontade da Constituição. E essa vontade origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que projeta o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside também na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Assenta-se ainda na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade (apud CASASSANTA, 2008, p.3).

Dessa forma, com o objetivo de alcançar todas pessoas, promovendo os princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade e da proporcionalidade, e vedando qualquer ocorrência de retrocesso, o Judiciário segue promovendo decisões que são respaldadas pelo texto legal, protegendo direitos e garantias fundamentais não apenas da maioria ou minoria, mas de todos. Como afirmou o Ministro Luiz Felipe Salomão, no REsp nº 1.183.378/RS:

Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. (BRASIL, 2011a).

4.1 A ORIGEM DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) é a mais alta corte de justiça do Brasil, desempenhando um papel crucial na interpretação e na defesa da Constituição Federal. Sua atribuição está expressamente delimitada no artigo 102 da Carta Magna de 1988.

A origem do STF remonta à Constituição de 1824, formalizada em 1828, sob o nome de Supremo Tribunal de Justiça, tendo suas competências delineadas no artigo 164. Naquele período, o Tribunal atuava como um órgão revisor, julgando crimes envolvendo figuras de alto escalão do Império e resolvendo questões de competência e jurisdição entre as províncias.

No entanto, não havia uma indicação explícita de que a função principal da Corte era a proteção da Constituição.

O verdadeiro guardião da Constituição naquela época era o Legislativo, através da Assembleia Geral, encarregado de zelar pela Constituição e promover o bem-estar geral da Nação. Além disso, existia o chamado "Poder Moderador", exercido pelo Imperador Dom Pedro I, que tinha poderes quase ilimitados, como nomear Senadores, dissolver a Câmara dos Deputados e perdoar ou moderar as penas de réus condenados.

A Constituição Imperial era ambígua em relação ao equilíbrio de poderes, permitindo que um poder sobrepujasse o outro, dando ao Imperador a autoridade de tomar decisões de forma quase unilateral. Em resumo, o Poder Judiciário existia de maneira proforma naquela época, uma vez que os assuntos mais sensíveis estavam sujeitos à vontade do Imperador, que detinha poderes soberanos nas decisões.

A consolidação do Supremo Tribunal Federal (STF) como um órgão de destaque no sistema jurídico brasileiro ocorreu com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988. Esta data representou um marco republicano significativo para a sociedade brasileira, não apenas por ser o símbolo máximo da democracia e do Estado de Direito, mas também por marcar uma mudança de mentalidade na sociedade. Embora de forma implícita, nesse período foram plantadas as sementes do pensamento jurídico lógico, seguindo os princípios delineados na pirâmide de Kelsen.

O movimento conhecido como o "novo constitucionalismo latino-americano" desempenhou um papel fundamental nessa transformação. Esse movimento foi impulsionado pela transição de vários países da América Latina de regimes ditatoriais para regimes democráticos. No Brasil, conforme apontado por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, a força normativa e a efetividade da Constituição ganharam relevância após o período do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 142).

A Constituição de 1988 conferiu ao STF um papel central no sistema jurídico ao atribuir-lhe a guarda da Constituição, conforme estabelecido no artigo 102. Essa atribuição levanta a questão de se o STF é o único e legítimo guardião da Constituição? Antes de 1988, qual era sua função?

Historicamente, houve o mesmo debate após a Segunda Guerra Mundial, no caso da "Prússia contra o Reich", na Alemanha da era Weimar, que tratou sobre a celeuma de quem deveria ser o guardião da Constituição. Nesse caso, o Estado da Prússia questionou a intervenção do governo central (Reich) e pediu ao Tribunal Estatal do Reich que reconhecesse

a incompatibilidade com a Constituição. A partir disso, dois pontos de vista se destacaram nesse debate: o de Carl Schmitt e o de Hans Kelsen. Schmitt argumentou que a avaliação da legitimidade de um sistema era um julgamento político e não científico, e que apenas o presidente poderia atuar de maneira neutra e suprapartidária, pois era eleito pelo povo. Para ele, o controle de constitucionalidade das leis não deveria ser realizado pelo tribunal constitucional.

Por outro lado, Hans Kelsen defendeu que a Constituição tinha a função de limitar o poder estatal, especialmente o do executivo, para que assim, o exercício de uma democracia pudesse ser realizado. Nesse sentido, ele explanou sobre a necessidade de um tribunal constitucional, a partir do controle concentrado de constitucionalidade e criticou o poder exclusivo que até então era dado somente ao presidente (RODAS, 2019).

No contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) é considerado o guardião final da Constituição, dada a função de guardar a Constituição expressamente atribuída a ele pela própria Constituição de 1988. Embora o dever de proteger a Constituição seja compartilhado por todos os poderes e cidadãos, o Judiciário desempenha um papel crucial na interpretação e na aplicação da Constituição.

A Constituição Cidadã, aquela que até o momento mais confiou na solução judicial dos conflitos, além de ampliar o papel reservado ao Judiciário, dilatou a legitimidade para provocar a guarda precípua da Constituição e adotou esquemas novos de legitimação. Tudo junto multiplicou o uso do Judiciário pela sociedade de destinatários e obrigou o juiz brasileiro a romper sua tradicional clausura. (NALINI; RAMOS; LEVY, 2013, p. 385).

Nesse sentido, à medida que a sociedade avança é necessário que haja uma interpretação constitucional mais plural, envolvendo vários setores da sociedade, a fim de se encontrar um equilíbrio que evite a anarquia na interpretação da Constituição, e possibilite a manutenção de um sistema mais democrático.

E esse é o papel do Supremo Tribunal Federal, promover a preservação da democracia e do Estado de Direito, visto que em razão de ser o guardião da Constituição, possui a responsabilidade de garantir que as leis e atos governamentais estejam em conformidade com os princípios fundamentais estabelecidos nela, contribuindo para a estabilidade institucional e o respeito aos direitos individuais dos cidadãos.

Sendo assim, sua atividade não deve ser vista como ameaça, mas como uma garantia que possibilita com que as pessoas sejam representadas.

Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico de que aquela pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que

maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos (ALEXY, 2015, p.53).

4.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como apontado, o Supremo Tribunal Federal exerce uma atividade proativa na proteção e garantia de direitos fundamentais. Todavia, surge a discussão acerca da pontualidade dessas decisões ativistas e o controle de constitucionalidade exercido por ele. Sobre o tema, o jurista Cezar Peluso expõe que o STF não só adota uma postura ativista, como também considera essa abordagem como necessária para efetivar os princípios contidos na Constituição diante da politização e da falta de ação dos outros poderes.

O Supremo sempre aponta para os interesses gerais da sociedade. Essa acusação de ativismo não é exclusiva da Suprema Corte do Brasil. Nos EUA, sérios problemas que deveriam ter sido resolvidos no plano legislativo, ou na área administrativa, só tiveram solução social satisfatória com a intervenção da Suprema Corte. Foi assim inclusive com o racismo. No Brasil lidamos com uma Constituição Analítica, bem diferente da Americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que poderiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: A Constituição de 88 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado, ele decide. Isso já foi chamado de “ativismo judicial a convite constitucional”, o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusações de partidarismo. Mesmo lidando com questões políticas, age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras cortes. Eu diria mais: quando decisões da Corte chama a atenção da opinião pública é porque as matérias tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como o aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direito dos homoafetivos (PELUSO, 2011).

Após um longo período de regime de exceção, a Constituição de 1988 estabeleceu o Estado Democrático de Direito no Brasil, o que levou o legislador constituinte a incluir uma ampla gama de assuntos na Constituição. Impulsionado pelo desejo de garantir liberdade, o foco foi na proteção dos cidadãos, da democracia e das instituições, proporcionando a máxima segurança jurídica ao inserir essas questões na Constituição Federal.

Assim, com esses temas incorporados à Constituição, o Supremo Tribunal Federal não só possui o dever constitucional de preservá-los, mas de torná-los efetivos, tornando a Carta

Magna operante e eficaz. Para isso, muitas das vezes o STF acaba desempenhando um papel mais ativo, em razão das lacunas deixadas pelos outros poderes, podendo ser interpretado como ativismo judicial.

Em sede de decisão, o Ministro Celso de Mello tratou da necessidade do ativismo judicial para reafirmar a soberania da Constituição, em virtude da omissão do Poder Público, controlando e corrigindo erros.

É por isso que posso afirmar, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte – que não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República – desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição. Isso significa reconhecer que a prática de jurisdição, quando provocada por aqueles que atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (MELLO, 2019).

Nesse sentido, auxiliando o bom funcionamento da norma fundamental, o controle de constitucionalidade concede ao STF a responsabilidade de determinar se as leis e regulamentos estão de acordo com a Carta Magna. Essa função central se dá a partir de diversas formas, como em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Súmulas Vinculantes, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), etc.

Nas ADIs e ADPFs, o Supremo é convocado para julgar a conformidade constitucional de uma lei ou ato normativo em caráter abstrato, ou seja, sem a presença de um litígio específico. Nas ADIs, qualquer pessoa ou entidade com legitimidade pode questionar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, já nas ADPFs, a ação é utilizada para preservar princípios fundamentais da Constituição. Assim, ao analisá-las, o STF pode declarar a inconstitucionalidade integral ou parcial da norma, tornando-a inaplicável.

Além disso, esse douto órgão possui a prerrogativa de emitir súmulas vinculantes, que são resumos das suas interpretações sobre questões constitucionais relevantes. Elas possuem efeito vinculante e compulsório para todos os órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública, isso significa que, se uma súmula vinculante estabelecer a

inconstitucionalidade de uma lei, todos os juízes e tribunais são obrigados a aplicar essa súmula e declarar a inconstitucionalidade da lei em casos pertinentes.

Já as ADCs são ações nas quais o STF é acionado para afirmar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, com o propósito de proporcionar segurança jurídica na matéria em questão. Normalmente, essas ações são instauradas pelo próprio Poder Público ou por entidades representativas. Se o STF declara a constitucionalidade em uma ADC, isso impede que juízes e tribunais avaliem a norma como inconstitucional em situações concretas.

Diversas foram as vezes em que o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura ativista, preenchendo vazios deixados por outros poderes. Estas incluem os julgamentos da: ADI 3105/DF (instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência), ADI 3367 (criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário), ADI 3510/DF (pesquisa com células-tronco embrionárias), HC 82424/RS (liberdade de expressão e racismo), ADPF 54/DF (interrupção da gestação de fetos anencefálicos), etc.

Dessa forma, pode-se perceber que vários precedentes evidenciam a atuação ativa do tribunal, refletindo uma nova realidade do Supremo Tribunal Federal, cujo objetivo não se limita a somente aplicar o texto frio da lei, reconhece-se a importância das interpretações amplas para efetivar a verdadeira vontade da sociedade, em prol do que a Constituição preconiza.

4.3 ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.277 E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132

Dentre as diversas decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal, protegendo e garantindo direitos frente às omissões ou extravagâncias legislativas, será esmiuçado a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, que foi analisada em conjunto com o Mandado de Injunção nº 4.733, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que foi julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277.

A ADO nº 26, juntamente analisada pelo Mandado de Injunção nº 4.722, foi uma ação ajuizada que tinha como objeto o reconhecimento da omissão inconstitucional do Legislativo, pela ausência de um debate efetivo e a falta, até aquele momento, de uma legislação específica que criminalizasse todas as formas de homofobia e transfobia, tais como ofensas

individuais e coletivas, homicídios, agressões, ameaças ou discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, seja ela real ou percebida pela vítima.

Nessas ações constitucionais, foram apresentados dois fundamentos para justificar a aceitação do pedido: (i) um fundamento formal, que se refere à existência de normas constitucionais que demandam a interpretação dos atos de homofobia e transfobia como formas de racismo (artigo 5º, XLII), ou, como alternativa, a obrigação do Estado de assegurar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais que estão diretamente ameaçados (artigo 5º, XLI); e (ii) um fundamento material, que está relacionado ao dever constitucional de criminalizar sempre que houver uma proteção insuficiente que vise salvaguardar os direitos da população vulnerável em questão, ou seja, devido à ausência de uma lei que classifique tais atos como crimes.

Vale destacar que o Supremo Tribunal Federal não usurpou as prerrogativas do Legislativo, apenas se utilizou de seu papel como interpretador da Constituição. Ademais, os remédios constitucionais que foram utilizados – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção – estão assegurados no texto constitucional, precisamente para corrigir as deficiências do Poder Legislativo. Sendo assim, tais ações foram propostas com o objetivo de sanar lacunas que estavam prejudicando um grupo social.

Assim, dada a omissão legislativa, essa comunidade recorreu ao Poder Judiciário para que, a partir de uma interpretação constitucional mais abrangente, tipificasse as diversas formas de discriminação, referente à orientação sexual, como crime, já que, segundo levantamentos, entre 2008 e junho de 2016, cerca de 868 pessoas pertencentes a esse grupo perderam a vida de forma violenta no Brasil.

Em sede de julgamento, o Ministro Celso de Mello explanou:

Essa visão de mundo, fundada na ideia artificialmente construída de que as diferenças biológicas entre o homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais, meninos vestem azul e meninas vestem rosa, (...) impõe notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT uma inaceitável restrição a suas liberdades fundamentais, submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo incompatível com a diversidade e o pluralismo. (...) A omissão do Estado mediante a inércia do poder público também desrespeita a Constituição, ofende os direitos que nela se fundam e impede, por ausência ou insuficiência de medidas, a própria aplicabilidade dos postulados da lei fundamental (...) ninguém pode ser privado de direitos ou sofrer sanções de ordem jurídica em razão de sua identidade de gênero (...) os LGBTs têm o direito de receber a igual proteção das leis. (...) Versões tóxicas da masculinidade e da feminilidade acabam gerando agressões a quem ousa delas se distanciar no seu exercício de direito fundamental e humano ao livre desenvolvimento da personalidade, sob o espantinho moral criado por fundamentalistas religiosos e reacionários morais com referência à chamada ideologia de gênero. (...) Nada é mais nocivo, perigoso e

ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazer executá-la integralmente. (MELLO, 2019).

Com relação à Arguição de Descumprimento Fundamental nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, pode-se dizer que a Suprema Corte representou uma verdadeira ruptura no Direito das Famílias, visto que trouxe um novo paradigma, o reconhecimento da união homoafetiva.

O Supremo Tribunal Federal concluiu que a união homoafetiva deve ser reconhecida como uma entidade familiar, e, como tal, deve conferir todos os direitos e deveres que surgem da união entre homem e mulher, ou seja, desde que preenchidos os requisitos exigidos por lei.

Em suma, essas ações apontaram como direitos fundamentais infringidos, o princípio da igualdade, da liberdade (que se manifesta na autonomia da vontade), o princípio da segurança jurídica, bem como o princípio da igualdade. Nesse sentido, o que se buscava era a aplicação analógica do artigo 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas, fundamentando na chamada “interpretação conforme a Constituição”.

De pronto, o Relator, Ministro Ayres Britto, demonstrou sua postura dela procedências das ações:

E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família (BRASIL, 2011b).

Em consonância, o Ministro Celso de Mello explanou:

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação histórica -, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representa, fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática (BRASIL, 2011b).

Assim, tal julgamento restou respaldado no artigo 226 da Constituição, que trata da família como base da sociedade, recebendo proteção do Estado. Segundo o relator, pouco importa se a família foi estabelecida por meio do casamento ou por outro mecanismo não formalizado, também não importando se ela é composta por pessoas héteros ou homossexuais.

Para o Ministro Ayres Britto, a família deve ser uma realidade espiritual e cultural, não necessitando estar ligada a laços biológicos (BRASIL, 2011b).

Ainda, ele afirmou que a Constituição não diferencia família fática e a formalmente constituída, também não distingue a família hetero e a família homoafetiva (BRASIL, 2011b). Sendo assim, esta deveria ser reconhecida como entidade família, de modo que lhe fosse aplicado regime relativo à união estável entre homem e mulher, disposto no artigo 1.723 do Código Civil brasileiro.

É crucial destacar certos aspectos de tal julgamento. Inicialmente, foi enfatizada a significância do princípio da igualdade, que foi descrito como o mais amplo e repetido princípio na Constituição da República Federativa do Brasil. Além disso, foi ressaltada a importância da dignidade da pessoa humana, visto que a Constituição de 1988 consagra a liberdade e proíbe discriminações baseadas em raça, cor, religião, sexo ou qualquer outra forma de preconceito.

Importante mencionar que o Estado Brasileiro é laico, o que significa que não está vinculado a nenhuma religião ou organização religiosa em particular, devendo cumprir, em sua integralidade, os princípios e garantias estabelecidos na Constituição. Isso mesmo que, em determinados casos, entrem em conflito com ditames ou orientações religiosas, visto que, em um Estado Democrático de Direito, todas as características do indivíduo são respeitadas, inclusive suas escolhas com relação à sua vida pessoal (desde que não prejudique outrem), que devem ser movidas pela virtude fundamental máxima, o amor.

Dessa forma, mais uma vez o Judiciário veio como meio de resposta, frente o atrasado dos demais poderes, ampliando o alcance da Constituição, para que todo cidadão tenha garantia e acesso ao que nela está positivado, contribuindo para o bom exercício da democracia, na medida em que oferece a mesma paridade de armas para que os cidadãos alcancem seus intentos.

Nesse sentido, pode-se dizer que, enquanto os outros órgãos permanecem inativos, o Poder Judiciário acaba exercendo um papel mais atuante na promoção dos princípios e garantias constitucionais, não sendo apenas a boca que pronuncia as leis, mas a mão que as executa, garantindo justiça e proteção, possibilitando que as pessoas tenham mais igualdade e liberdade na condução de suas vidas.

5 CONCLUSÃO

Ante o presente trabalho, pode-se dizer que a Constituição de 1988 foi um marco na sociedade brasileira, estabelecendo um Estado de bem-estar social, e promovendo a defesa de direitos e garantias já no início de seu texto. Além disso, ela ampliou de forma significativa a abrangência desses direitos e garantias, incorporando não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, econômicos e culturais em seu rol.

Nesse sentido, além de expandir e impor ao Estado o dever de cumprir tais direitos, a referida Carta Magna, ao recepcioná-los à categoria de autênticos direitos fundamentais, introduziu o princípio da aplicabilidade imediata. Esse princípio enfatiza a força normativa de todos os dispositivos constitucionais relacionados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, estabelecendo um regime jurídico específico para com eles, cabendo ao Poder Público conferir a máxima e imediata eficácia a todos os preceitos que definem direitos e garantias fundamentais.

Diante dessas determinações, a responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo na plena realização dos direitos sociais torna-se evidente. Todavia, em casos de omissão por parte desses poderes, seja na implementação de políticas públicas e/ou leis, o Poder Judiciário, inevitavelmente, se torna vinculado à concretização dessas garantias. Assim, além de sua função de aplicar o direito, na qualidade de guardião da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais, ele assume o encargo de efetivá-los, buscando a máxima eficácia desses direitos, e recusando a aplicação de normas que os violem.

É nesse contexto que surge o fenômeno do ativismo judicial, sendo resultado do exercício da função judicial além dos limites tradicionalmente definidos por suas zonas de atuação e competência. Essa atuação não apenas existe, como também é inerente ao modelo constitucional adotado pelo Direito brasileiro na Constituição de 1988.

A razão para isso reside no fato de que a Constituição não se limita a ser apenas uma carta de princípios orientadores, mas também constitui um sistema de direitos humanos reconhecidos e consagrados como fundamentais, de modo que eles não podem depender unicamente da boa vontade do legislador ou das condições ideais do governo para que sejam efetivados. Assim, é um dever fundamental das autoridades, e quando estas falham, é dever do Judiciário, quando acionado, garantir a efetividade das normas fundamentais, evitando que elas se tornem meras palavras vazias e desprovidas de aplicação prática.

Isso fica evidente em um dos casos exemplificados, a ADO nº 26, em que ocorreu uma interpretação que ampliou o alcance de um tipo penal, incluindo elementos que não estavam

expressamente contemplados em seu texto original. Nesse contexto, verifica-se uma intervenção sem precedentes nas atribuições do Poder Legislativo, o que levanta preocupações quanto à preservação do princípio da separação dos poderes, além de questionar princípios fundamentais para a sociedade, como o da legalidade.

É importante destacar que o ativismo judicial não pode ser categorizado como intrinsecamente bom ou ruim, pois essa avaliação depende da perspectiva de quem o analisa. Como mencionado anteriormente, o ativismo judicial é um fenômeno existente e, como tal, apresenta desafios que precisam ser abordados com cuidado para evitar desequilíbrios.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Corte Constitucional e instância máxima de recursos do país, ao se utilizar do ativismo judicial, deve se valer dos ditames constitucionais, de modo que garanta a mesma paridade de armas a todos os cidadãos, mas que se atente para não mutilar outras determinações constitucionais, pois só assim haverá a promoção de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 9, p. 258-301, 2008a. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621/2194>. Acesso em: 20 ago. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141–176, 2003. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45690/45068>. Acesso em 18 out. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Conjur, 2008b. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em 25 jun. 2023.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 22 set. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378 – RS**. Recorrente K R O. Recorrido Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 out. 2011. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=18810976&tipo=5&nreg=201000366638&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120201&formato=PDF&salvar=fals> e. Acesso em: 20 set. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Requerente Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 abr.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 581.488/RS**. Requerente Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 03 dez. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 17 out. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

CAPELLETI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASASSANTA, Eduardo. **Resumo da Obra “A força normativa da constituição” de Konrad Hesse**. 18 out. 2008. Disponível em: <https://eduardocasassanta.wordpress.com/2008/10/18/resumo-da-obra-a-forca-normativa-da-constituicao-de-konrad-hesse/>. Acesso em: 21 set. 2023.

CUNHA, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivum, 2011, p. 253.

FRANÇA. Embaixada da França no Brasil. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Ambassade de France au Brésil, 13 jan. 2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 17 out. 2023.

GOMES, Luiz Flavio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus.com.br, 04 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 14 set. 2023.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOZER, Juliana Carlesso. **Democracia e Controle de Constitucionalidade**. 2004. 136 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória: 2004. Disponível em

<http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/36/1/JULIANA%20CARLESSO%20LOZER.pdf>. Acesso em: 01 set. 2023.

MELLO, Ministro Celso de. **Voto: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>. Acesso em: 02 set. 2023.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo.** 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Giovani Silva de; PIRES, Nara Suzana Stainr. **O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a598e7d200bf0255>. Acesso em: 19 set. 2023.

NALINI, José Renato. **Ativismo judicial, garantismo ou produtividade adequada?** In: NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). **Ativismo e garantismo.** Salvador: Juspodivm, 2013.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. O processo como instituição: as lições do estado jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 119-144, jan. 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Constitucional descomplicado.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PELUSO, Cezar. **STF enfrenta polêmicas com independência.** Conjur, 15 maio 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua>. Acesso em: 28 set. 2023.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo Judicial e Estado de Direito.** In: José Levi Mello do Amaral Júnior (Org.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

RODAS, Sérgio. **Positivismo jurídico não legitimou nazismo, e sim combateu o movimento de Hitler.** Conjur, 09 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-09/positivismo-juridico-nao-legitimou-nazismo-sim-combateu>. Acesso em: 20 ago. 2023.

RONCAGLIA, Daniela. **Ativismo judicial é necessário na omissão do Poder Público**. Conjur, 23 abr. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico?pagina=5. Acesso em: 17 set. 2023.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Ltda, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; TASSIRANI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 05, p. 51-61, 2015.

VILLAS BOAS, Regina Vera; FERNANDES, Francis Ted. **Prática de ativismo judicial ou diálogos contemporâneos entre áreas do conhecimento? Efetividade dos direitos fundamentais, concretizando a justiça**. **Revista de Direito Privado**, vol. 65, 2016.