

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO - UNINOVE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**HUGO CHAVES CAPORAL**

**O PAPEL DO ATIVISMO JUDICIAL EM DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES FRENTE À OMISSÃO DOS PODERES  
EXECUTIVO E LEGISLATIVO.**

**São Paulo  
2021**

**HUGO CHAVES CAPORAL**

**O PAPEL DO ATIVISMO JUDICIAL EM DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES FRENTE À OMISSÃO DOS PODERES  
EXECUTIVO E LEGISLATIVO.**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-graduação *Strictu Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

**Linha de pesquisa I:** Justiça e o Paradigma da Eficiência

**Orientador:** Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva.

**São Paulo  
2021**

Caporal, Hugo Chaves.

O papel do ativismo judicial em direitos e garantias fundamentais e seus limites frente à omissão dos poderes executivo e legislativo. / Hugo Chaves Caporal. 2021.

110 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2021.

Orientador (a): Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva.

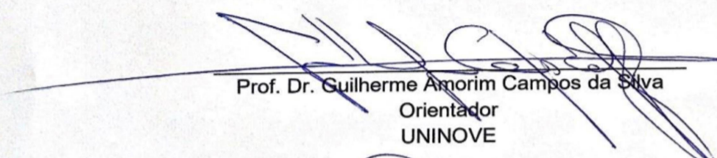
**HUGO CHAVES CAPORAL**

**O PAPEL DO ATIVISMO JUDICIAL EM DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES FRENTE À OMISSÃO DOS PODERES  
EXECUTIVO E LEGISLATIVO**

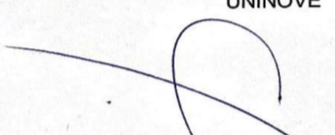
Dissertação apresentada ao Programa  
**Pós-Graduação *Stricto Sensu* em  
Direito** da Universidade Nove de Julho  
como parte das exigências para a  
obtenção do título de Mestre em  
Direito

São Paulo, 10 de março de 2021

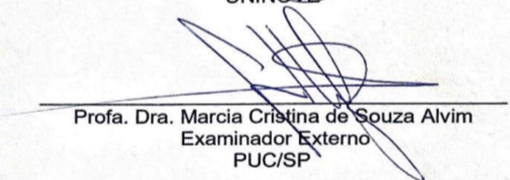
**BANCA EXAMINADORA**



Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva  
Orientador  
UNINOVE



Prof. Dr. José Renato Nalini  
Examinador Interno  
UNINOVE



Profa. Dra. Marcia Cristina de Souza Alvim  
Examinador Externo  
PUC/SP

## AGRADECIMENTOS

A tarefa de agradecer é uma das mais especiais para mim. Momento de emoção em que constatamos que não somos e nem estamos sozinhos. Ainda que o êxito de chegar até aqui fique restrito apenas ao nome de uma pessoa, é ilusão da vaidade pensar que conquistamos algo individualmente.

Chegar até a banca final de um mestrado é produto, antes de tudo, da inspiração. Alguém nos inspirou a traçar este caminho e a sonhar com este instante. Por mais óbvio que possa parecer, fico feliz em não sair do clichê da inspiração de todos nós quando crianças, aquela que, apesar de infantil, é verdadeira e pura: mãe e pai, respectivamente, Giovanna Carneiro Chaves e José Rinaldo Caporal Filho.

Aqui também me permito rir sozinho e contemplar. Dois seres tão diferentes só poderiam inspirar de maneiras distintas. Contudo, uma característica une ambos: a perseverança.

Minha mãe, obrigado pelo exemplo de que, apesar de tudo, vale a pena estudar. Obrigado por ter sido professora de escola privada e de escola pública municipal e estadual. Obrigado por ter ensinado uma matéria (artes/história da arte) que ainda carece do reconhecimento necessário em um país em que a cultura é ignorada de maneira geral. Obrigado por ser essa psicóloga de grande sucesso, lapidada com muito sacrifício e suor.

Meu pai, obrigado pelo exemplo de “construir” as coisas do mais absoluto zero. De empreender muitas vezes, acreditando neste país. E quando as coisas não deram certo, e foram algumas, de se reinventar com o sorriso no rosto quantas vezes fossem necessárias, não importando o tempo, a idade ou local, sempre com o pensamento de que é possível fazer. Obrigado pela coragem de olhar os obstáculos de frente e vencê-los.

Ainda refletindo sobre aqueles que nos servem de exemplo, fica a especial lembrança do meu saudoso avô, José Rinaldo Caporal. Pensamento diário de um amor que levo no peito, com a honra de ser seu neto e carregar o sobrenome da nossa família. Apesar da ausência terrena, sei que, de alguma forma, sua alma sorri, vibra e se emociona com a minha vida, esteja em qual paraíso estiver. Aqui, nós continuamos a te amar.

Além da inspiração é preciso trabalho. A ideia, por si só, não transpõe barreiras. O caminho é por vezes difícil e desgastante.

Neste percurso, o primeiro agradecimento vai para minha esposa, Laís Palmeira Lamenha Caporal. Obrigado por todo suporte, compreensão, amor e companheirismo. Sempre a primeira a acreditar em mim, nas minhas ideias e nos meus projetos, e a última de pé ao meu

lado quando muito desses não deram certo. Este deu e não seria possível sem você, sem a sua força e a sua luz. Obrigado de coração por ser minha família e também por ter me dado uma nova família linda nas pessoas da sua mãe, Rosa Palmeira Lamenha, do seu pai, Antônio Braga Lamenha, e do nosso cachorro, Torresmo, porque nem só de gente a família é composta.

Agradeço também meus amigos e irmãos: Felipe Guimarães, Rinaldo Caporal, Luan Guimarães, Eduardo Albuquerque, Hélivio Peixoto, Geraldo Galvão e tantos outros que cometerei a injustiça de não nomear neste momento. Vocês são escolhas diárias desta caminhada, contribuindo, cada qual a sua maneira, para que eu persevere no que acredito.

Confesso que já me perdi na contagem de quantas mãos ajudaram a moldar este trabalho. Porém, sem as duas mãos, a mente e os conselhos do Prof. Guilherme Amorim ele com certeza não aconteceria. Obrigado pela dedicação, disponibilidade e paciência. Pelos ensinamentos e direcionamentos que ajudaram a moldar não só esta dissertação, mas este profissional como um todo.

Peço então licença para estender meus agradecimentos aos professores Gabriel Chalita, José Renato Nalini, Luciana Temer, Luana Pedrosa, Wilson Levy, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Marcelo Benacchio e José Fernando Vidal. Estejam certos que cada um de vocês marcou este aluno pessoal e academicamente. Espero conservar a amizade e levo-os em pensamento nas minhas próximas jornadas.

Cabe ainda um obrigado e uma referência para duas pessoas que aparecem pouco, mas são de fundamental importância para execução dos trabalhos: Camila Fonseca e Viviani Almeida. Responsáveis pela parte mais burocrática do programa, por vezes foram elas que me socorreram para resolver da picuinha mais simples ao problema de sistema mais complexo. Obrigado de coração pela paciência em me atender.

Também não é possível esquecer os meus companheiros de jornada: Diógenes Wagner, Mariana Aguiar Esteves, Rodston Carvalho, Tássia Tavora, Enedino Januário, Marcos Marinho, Cristian David Gonçalves, Heloísa Corrêa Meneses, Artur Barbosa da Silveira e tantos outros que mais uma vez pecarei em não registrar nominalmente. Foi inesquecível ter está experiência ao lado de vocês. Levarei para toda a vida.

Faço questão de registrar o meu agradecimento especial a Universidade Nove de Julho. Foi através da parceria entre a instituição e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, concedendo bolsas integrais para alunos de todo o Brasil que eu consegui ingressar no tão sonhado mestrado que agora finalizo. Estendo os cumprimentos

para a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Alagoas, que viabilizou materialmente a execução da primeira fase do exame e comemorou publicamente minha admissão.

Foram centenas de candidatos e apenas 11 aprovados, surgindo assim o “grupo nacional”, com pessoas de Rondônia, Mato Grosso, Minas Gerais, Maranhão, Distrito Federal e, honradamente, Alagoas, através deste aluno que vos escreve.

Recordo-me ter lido a lista de aprovados para a arguição oral rapidamente, de baixo para cima, e não ter visto meu nome. Só depois, em um segundo momento e com mais atenção, percebi que estava lá, entre os convocados. A lista final, chamados para matrícula, já foi lida com mais cautela, mas também com muito mais emoção, pois demorei a acreditar que era possível “chegar”.

Penso que esta ação da Universidade Nove de Julho em conceder bolsas de mestrado nacionalmente, é muito mais que uma oportunidade de estudo, causando um impacto muito significativo e por vezes pouco perceptível para aqueles mais desavisados. Ao trazer estudantes de todo o Brasil para esta “troca”, de maneira completamente gratuita, as experiências vividas alcançam patamares que marcam profundamente todas as partes envolvidas e criam raízes em todos que estão inseridos no processo. Muito obrigado por este ciclo da minha vida.

Por fim, agradeço a Deus, sem amarras e da forma mais espiritual que esta palavra possa significar para cada um que a lê, por ter me permitido caminhar até aqui e realizar este sonho.

## RESUMO

A atuação do Poder Judiciário tem ganhado espaço na vida dos brasileiros conforme o ideal de cidadania avança. Buscar e defender direitos passaram a ser uma rotina na vida dos brasileiros. Contudo, para alcançarmos este cenário, é preciso ter a consciência anterior de como surgem estes direitos e garantias fundamentais. Com esta ideia, o trabalho é iniciado fazendo um apanhado histórico dessas origens, do modelo democrático que estamos inseridos e de como chegamos a ele. Para conseguirmos identificar e desenvolver o raciocínio, fora preciso fazer um estudo teórico sobre esses textos normativos essenciais, seus problemas e principalmente suas aplicabilidades. Foi feita uma busca de onde nasce o poder, quais suas consequências, quem em cada época o tinha e como suas divisões resultaram no sistema tripartido atual. Neste panorama, fora proposta uma dialética sobre uma possível hierarquização das normas constitucionais, tanto do ponto de vista interno, como quando comparadas com tratados internacionais em que o Brasil é signatário. É nesse contexto, de expectativas legislativas geradas por Lei e na Constituição Federal de 1988 e não alcançadas pelo Poder Executivo que o Judiciário aumenta de tamanho. A partir disto, desenvolveu-se a análise sobre o poder e a forma de julgar para entender os limites da atuação do Poder Judiciário quando posto a efetivar estes direitos em situação de omissão ou inércia dos outros dois poderes, cerne principal da hipótese formulada. Desenvolveu-se então uma análise sobre ativismo judicial e *judicial review*, com especial atenção as suas origens e formas de aplicação. Avançando neste tema, o mais importante tribunal do Brasil foi examinado. O Supremo Tribunal Federal é visto por olhares históricos, jurídicos e políticos. Para a ilustração final deste cenário, estudou-se o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 26 que, mesmo sem legislação própria ou expressa sobre o tema, foi o meio pelo qual o STF criminalizou a homofobia e a transfobia equiparando-a ao crime de racismo previsto na Lei nº 7.716/89.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo judicial, Supremo Tribunal Federal, Direitos e Garantias Fundamentais; Separação dos Poderes.



## ABSTRACT

The performance of the Judiciary Power has gained space in the lives of Brazilians as the ideal of citizenship advances. Seeking and defending rights became a routine in the lives of Brazilians. However, to achieve this scenario, it is necessary to have previous awareness of how these fundamental rights and guarantees arise. With this idea, the work started by taking a historical overview of these origins and the democratic model we are inserted in and how we arrived at it. In order to be able to identify and develop the reasoning, it was necessary to make a theoretical study about these essential normative texts, their problems and mainly their applicability. A search was made of where power is born, what its consequences are, who at each time had it and how its divisions resulted in the current tripartite system. In this scenario, a dialectic was proposed about a possible hierarchy of constitutional norms, both internally and when compared to international treaties to which Brazil is a signatory. It is in this context, of legislative expectations generated by Law and in the Federal Constitution of 1988 and not reached by the Executive Power that the Judiciary increases in size. From this, the analysis on the power and the way of judging was developed to understand the limits of the Judiciary Power's performance when put into effect these rights in a situation of omission or inertia of the other two powers, the main core of the formulated hypothesis. An analysis on judicial activism and judicial review was developed, with special attention to its origins and forms of application. Moving forward on this topic, the most important court in Brazil was examined. The Federal Supreme Court is seen through historical, legal and political views. For the final illustration of this scenario, we studied the case of Failure to Comply with Fundamental Precept No. 26, which, even without its own or express legislation on the subject, was the means by which the Supreme Court criminalized homophobia and transphobia by equating it with the crime of racism provided for in Law No. 7,716 / 89.

**KEYWORDS:** Judicial activism, Supreme Court, Rights and Guarantees; Check and Balances.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>1. ANÁLISE TEÓRICA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO</b> .....	16
1.1 O JUSNATURALISMO COMO NASCIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEU RECONHECIMENTO POSITIVO E ASPECTOS COM PÓS-POSITIVISMO .....	16
1.2 O CONCEITO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	18
1.3 A HISTÓRIA E CONQUISTAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	19
1.3.1 A INFLUÊNCIA INGLESA.....	20
1.3.2 A CONTRIBUIÇÃO AMERICANA.....	23
1.3.3 A INFLUÊNCIA FRANCESA .....	24
1.3.4.1A CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917.....	27
1.3.4.2 A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR DE 1919 .....	28
1.3.4.3 O FIM DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	29
1.3.4.4 PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966) E PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966).....	31
1.3.4.5 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA (1969) .....	33
1.4 A NATUREZA JURÍDICA E POSIÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	34
1.4.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ROL FUNDAMENTAL E RIGIDEZ.....	34
1.4.2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS.....	36
1.4.3 DA POSSÍVEL HIERARQUIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	37
1.4.4 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS ....	39
1.4.5 DO NÃO ABSOLUTISMO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS E DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL FRENTE A TRATADOS INTERNACIONAIS.....	41
<b>2. O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS DEMOCRÁTICOS</b> .....	46

2.1 O PODER DE JULGAR .....	46
2.2 AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO E AS DISCRICIONARIEDADES DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO.....	50
2.2.1 DA RELAÇÃO COM O PODER EXECUTIVO .....	50
2.2.2 DA RELAÇÃO COM O PODER LEGISLATIVO .....	54
2.3 JUDICIAL LAW/JUDICIAL REVIEW .....	58
2.3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES DO CONTROLE JUDICIAL, ATIVISMO JUDICIAL E OS ENSINAMENTOS DE MARBURY v. MADISON.....	58
2.3.2 ATIVISMO JUDICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	63
2.3.2.1 ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA QUESTÃO INTERPRETATIVA.....	63
2.3.2.2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO RESPOSTA SOCIAL .....	67
<b>3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER JUDICIÁRIO: UM PAPEL ATIVO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA.....</b>	<b>74</b>
3.1 A ORIGEM DO STF.....	74
3.2 SCHMITT <i>VERSUS</i> KELSEN E SEUS REFLEXOS NO BRASIL.....	75
3.3. O AUMENTO DE COMPETÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A GARANTIA DE ACESSO AO JUDICIÁRIO E O PRÓPRIO CONTROLE JUDICIAL.....	78
3.4 O TAMANHO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A ÓTICA DE SUAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS .....	79
3.5 O POSSÍVEL DECISIONISMO BRASILEIRO .....	83
3.6 DESEQUILÍBRIO NA SEPARAÇÃO DOS PODERES - A POLÍTICA E SUA INFLUÊNCIA DIRETA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	85
3.7 O DESLOCAMENTO DA REPRESENTATIVIDADE .....	88
3.8 A ERA JUDICIAL .....	90
3.9 ANÁLISE DE UMA DECISÃO PARADIGMÁTICA: AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 – A POSSÍVEL CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA POR DECISÃO JUDICIAL .....	91
3.9.1 CONTEXTUALIZANDO A OMISSÃO.....	92
3.9.2 AÇÃO, JULGAMENTO E CONSEQUÊNCIAS DA OMISSÃO DE MANDAMENTO INCRIMINADOR.....	92

<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>99</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>102</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho dissertativo surge a partir da hipótese formulada sobre o papel e os limites de atuação ativa do Poder Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, para resguardar direitos e garantias fundamentais frente às supostas violações praticadas pelos outros dois poderes, Executivo e Legislativo, na modalidade omissiva.

Para isto, necessário se faz adentrar, antes de qualquer pretensão analítica, em perguntas secundárias sem as quais o questionamento principal não sobreviveria. Entre estas indagações temos: O que realmente são esses direitos e garantias fundamentais que precisam ser resguardados? Quais suas origens? O que faz cada um dos poderes afinal? Qual a origem do poder interpretativo e de julgamento? O que seria uma postura ativista do judiciário? Qual o papel da Corte Suprema? Há interferência política entre os atores principais de um julgamento?

Todas essas são colocações precisam ser respondidas antes de tentarmos, ousadamente, indicar onde começa e onde termina cada um dos Poderes que compõe a nossa República. Claro que assim como estas, muitas outras serão formuladas e pretensiosamente respondidas, ajudando a compor este trabalho de maneira sólida, unitária e evidenciando a pertinência com linha de pesquisa escolhida, qual seja, “Justiça e o Paradigma da Eficiência”. Entretanto, sabidamente, não tem a audácia de esgotar um tema tão complexo ou mesmo ser o detentor da verdade final.

Nesse contexto, é preciso lembrar que a atual democracia e Constituição do Brasil são recentes quando colocadas em perspectivas com outras nações ocidentais. Isto quer dizer que os poucos mais de 30 anos de seu restabelecimento e promulgação, respectivamente, ainda não foram suficientes para criar todas as raízes que um Estado Democrático de Direito demanda. Ainda mais se pensarmos que nos turbilhões jurídicos e políticos que o país viveu neste mesmo período.

Desta forma, as atuações do Judiciário, Executivo e Legislativo, apesar de definidas em texto constitucional, são sempre alvo de questionamentos, porque a interação entre eles nem sempre cumpre o ditame de ser harmoniosa. Ao contrário! Esta dinâmica cria áreas turbulentas justamente por onde tentaremos nos aventurar.

O Poder Julgador, o mais efetivamente técnico e, em tese, o menos sujeito a questões políticas, torna-se por vezes o “fiel da balança” para a população frente às omissões perpetradas que geram não apenas uma frustração jurídica de concretização dos direitos e

garantias fundamentais constitucionalmente elencados, como também alterações de expectativa, credibilidade e representatividade diferentes daquelas originalmente previstas.

Contudo, é preciso entender as consequências, positivas e negativas, de se adotar este modelo de um judiciário forte, portador da “última palavra” e se o sistema de freios e contrapesos tem funcionado para evitar a sobreposição.

Para atingir estes objetivos, este trabalho teve que adotar uma metodologia científica dividida nas seguintes etapas da pesquisa teórica:

i) Inicialmente, foi feita uma pesquisa exploratória, buscando as principais doutrinas sobre o tema e tudo aquilo já debatido até hoje. Destaca-se aqui as célebres obras de Mauro Capelletti – “Juízes Legisladores?”, Fabio Comparato “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos” e Ingo Sarlet - “A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional”.

ii) Após isto fora feito um trabalho na modalidade qualitativa, através de um amplo levantamento e revisão bibliográfica conforme pode ser observado nas referências. A materialização do método se complementou através de observações teóricas, análises históricas e estudos de diversos julgados para obtenção das respostas.

No primeiro recorte, buscar-se-á entender o nascimento dos direitos e garantias fundamentais e sua efetivação em cada um dos momentos mais marcantes da humanidade. Levando em consideração que o foco deste trabalho é uma visão de aplicabilidade desses direitos, os apontamentos se concentraram nos eventos que trouxeram os principais reflexos para temática. De nada adiantaria a revisão de toda a história se não impactasse diretamente estes pontos.

A construção feita em direitos e garantias fundamentais é importante para entendermos como chegamos a Constituição Federal de 1988 e a repartição de poderes vigente no país. Por isto mesmo, opta-se por investigar a sua origem nos direitos naturais, os modelos revolucionários, fatos históricos que culminaram na estrutura existente e os diplomas internacionais que influenciaram diretamente a construção da vigente Constituição do Brasil.

Neste segundo momento, o foco são as forças que constituem a atual República Federativa do Brasil, especialmente suas competências, divisões, interações e zonas de conflito, com enfoque especial nas omissões dos Poderes Legislativo e Executivo em direitos e garantias fundamentais e na atuação do Poder Judiciário ao responder a estas omissões.

Esta etapa se traduz em ponto crucial da pesquisa. Permeiar os termos como ativismo, *judicial review*, judicialização da política e outros tantos que, mesmo causando tanto impacto na vida jurídica cotidiana, não têm uma definição cristalina. Não se trata apenas em conceito,

como também em critérios para verificar se são reais, se acontecem, quando, por quais razões, seus efeitos positivos ou negativos e, principalmente, tentando encontrar as consequências futuras deste fenômeno.

Contaremos, para isto, com grandes nomes do direito nacional e internacional, que, através de suas obras, nos cederam algumas de suas análises sobre o tema. Por certo, suas visões serão integradas ao cenário atual do Poder Judiciário e da democracia brasileira.

O momento é especial para o tema porque a percepção social sobre o Poder Judiciário aumentou dramaticamente nas últimas décadas. Com a Constituição Federal chegando à idade ápice da força juvenil, somado ao desgaste do Executivo e do Legislativo, seja por questões próprias da política, seja por escândalos de corrupção que se amontoam na mídia, naturalmente o poder julgador encontra seu espaço de destaque na sociedade brasileira como o grande concretizador de direitos e garantias fundamentais, participando das transformações, dos debates e também sendo alvo de pressões que inicialmente são estranhas às suas funções.

Neste contexto, nada o representa mais que o Supremo Tribunal Federal, corte revisora e constitucional de todo o território nacional. Este é o terceiro recorte deste trabalho. Com uma visão voltada para o STF, a pesquisa se debruça desde sua origem, passando por sua função primária que é a interpretação e guarda constituição (o que nos levará ao famoso caso de Schmit vs Kelsen) e o aumento dessas atribuições, adentrando ainda em um possível decisionismo do judiciário e também em como os seus 11 Ministros e suas decisões passaram a ser peças políticas em um complexo jogo entre os Poderes.

Dentro dessas decisões, ativistas ou não, que tem tido um impacto social cada vez mais relevante ao versar sobre os direitos fundamentais, um julgado paradigmático foi trazido para contextualizar e os pontos centrais aqui indicados.

A especial atenção foi dada a uma decisão com grande força histórica, política, jurídica e social exaurida pelo Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. As razões são inúmeras.

Ao equiparar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, pode, o STF, a pretexto de concretizar mandamento constitucional e proteger os direitos fundamentais de grupo vulnerável, ter criado o primeiro tipo penal que não respeita o princípio da legalidade, isto é, que não é oriundo da lei formal e sim filho de uma revisão judicial de uma lei já consolidada, podendo ter usurpado a competência legislativa, interferindo diretamente do modelo tripartido de poder e ofendido a mais cara base do direito penal, que por óbvio, também guarda relação direta com os direitos fundamentais.

# 1. ANÁLISE TEÓRICA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO

## 1.1 O JUSNATURALISMO COMO NASCIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEU RECONHECIMENTO POSITIVO E ASPECTOS COM PÓS-POSITIVISMO

O reconhecimento dos direitos fundamentais no mundo está intrinsecamente ligado à formação dos grupos sociais e da sociedade organizada em si. É possível afirmar que alguns direitos são adquiridos pelo simples ato de existir do indivíduo, como a vida. Tais direitos prescindem de elemento positivado para que sejam vistos como fundamentais, pois se baseiam na estrutura lógica do jusnaturalismo, sendo uma espécie de direito natural do ser humano:

(...) o direito natural é o conjunto mínimo de preceitos dotados de caráter universal, imutável, que surge da natureza humana e que se configura como um dos princípios de legitimidade do direito. Os direitos naturais são inerentes ao indivíduo, devem estar em qualquer sociedade e precedem a formação do Estado e do direito positivo. (...) Das referidas assertivas extraímos as características fundamentais do jusnaturalismo: 1. A origem dos direitos do homem não é o direito positivo, mas uma ordem jurídica superior e suprema, denominada direito natural. 2. Os direitos naturais são a expressão da natureza humana presente em todos os membros da família humana (comum e universal); não é uma concessão graciosa do direito positivo. 3. O direito natural existe independentemente de ser reconhecido ou respeitado pelo direito positivo. (SIQUEIRA JÚNIOR, 2004).

Assim sendo, a roupagem dada pelo direito positivo, quando existente, é de mero reconhecimento da existência do direito natural e não de criação deste. Se em determinado sistema jurídico houver omissão nas leis ou mesmo a existência de uma norma com conteúdo material contrário, estaremos diante de um atentado ao direito natural e, portanto, aos direitos humanos fundamentais.

O equívoco existente será sempre do sistema ou da norma que não reconhecer os direitos humanos naturais, nunca o inverso. Pode-se assim afirmar que todo direito natural é um direito fundamental. Porém, nem todo direito considerado fundamental em uma sociedade é, obrigatoriamente, um direito humano natural e, portanto, não necessariamente ultrapassa as fronteiras de seu território de aplicação. A tarefa de reconhecer isto e separá-los é complexa, pois sempre realizaremos nossa análise de acordo com os valores enraizados em nosso meio.

Pegemos como exemplo o direito à saúde. Trata-se de um direito humano natural fácil de ser reconhecido, ainda mais com sua direta conexão com a vida. Todo ser humano, independente de positivação, tem direito a integridade de sua saúde. Contudo, em



determinado momento, toda saúde se debilitará, precisará de ajuda para se recompor e voltar à normalidade.

Este direito à saúde de um indivíduo surgirá então como uma obrigação para alguém, no Brasil, para o Estado. A configuração que cada Estado-País dá ao tratamento e cumprimento desta obrigação pode ser um direito fundamental ou não, extensivo a todos ou restrito a um grupo por um determinado fator, seja financeiro, através de ônus pecuniário, seja social, como a condição de cidadão.

Dito de outra maneira, a forma como se garante ou reconhece a aplicação de um direito natural, não necessariamente atende a um critério universal, podendo ter conotações de direitos fundamentais diferentes em cada Estado-País. Esta é uma diferenciação doutrinária entre direitos humanos e direitos fundamentais que traz consequências diretas para aplicação e eficácia destes. A instrumentalização jurídica é fator indissociável para que os direitos inatos sejam concretizados:

Ademais, sustentamos ser correta a distinção traçada entre os direitos fundamentais (considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente) e os assim denominados "Direitos Humanos", que, por sua vez, constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna. Com efeito, ainda que se possa e deva reconhecer uma crescente interpenetração, caracterizada particularmente pela influência recíproca entre as esferas internacional e constitucional (diga-se de passagem, expressamente consagrada na nossa Constituição, especialmente no seu art. 5.º, § 2.º), inexistem dúvidas quanto a seu distinto tratamento, de modo especial, o grau de eficácia alcançado, diretamente dependente da existência de instrumentos jurídicos adequados e instituições políticas e/ou judiciárias dotadas de poder suficiente para a sua realização. (SARLET, 1999).

O jusnaturalismo, ao ser entendido como o ponto de nascimento dos direitos, consagrando os naturais, inerentes a própria razão de existir, é assim a fonte primeira dos direitos humanos e, por conclusão do raciocínio implementado, de muitos direitos e garantias fundamentais.

Pensando em aplicabilidade e eficiência dos direitos jusnaturais, esta ideia mais ampla e aberta poderia servir de base para uma posição judiciária menos conservadora. Porém, a desnecessidade do direito positivo está alinhada também com surgimento de problemas, como a ausência de limites.

O direito positivo surge então como uma segurança daquilo que poderá ser cobrado, afinal, há a garantia de estar registrado:

Primeiramente, o positivismo jurídico pode ser definido como a escola de Direito que tem por fundamento o Direito positivo, ou seja, aquele posto, imposto, positivado pelo Estado. (...) O conceito de positivismo jurídico foi construído em oposição ao jusnaturalismo, que tem como fundamento o Direito natural. (SIQUEIRA JUNIOR, 2011).

Exatamente no outro extremo do jusnaturalismo estará o pós-positivismo. Enquanto o primeiro ignora a necessidade de existência do texto normativo, o segundo debate um avanço e além daquilo que está escrito, isto é, a partir do próprio positivismo.

De modo geral, no que tange ao objeto, o positivismo jurídico exclui de sua esfera de análise qualquer conteúdo transcendente ao direito positivo (daí sua principal divergência com relação ao jusnaturalismo), limitando-se a descrever e organizar apenas o direito produzido pelo convívio humano, chamado direito positivo. Por conseguinte, dependendo do tipo de teoria positivista que se professe, seu objeto de estudo irá oscilar, ora em torno dos códigos produzidos nos novecentos (positivismo legalista/exegético), ora em torno da norma jurídica (Hans Kelsen), ora em torno do conceito de regra (Herbert Hart); institucionalismo; ou, ainda, como o conjunto de decisões emitidas pelos tribunais (realismo jurídico). (NERY JUNIOR e ABOUD, 2013).

O pós-positivismo é visto então como uma forma de correção das imperfeições do próprio positivo. O que surge como intrigante neste dualismo é uma característica comum a ambos, jusnaturalismo e pós-positivismo: a falta de amarras objetivas. Por esta razão, se igualam neste vértice, pós-positivismo ao jusnaturalismo, ao servirem de base argumentativa para uma atividade judicial mais intensa, principalmente quando abarcada pela linha principiológica.

Dito isto, compreender a origem destes direitos e garantias que serão analisados pelo poder julgador, deve ser a saída jurídica madura para entender os caminhos futuros.

## 1.2 O CONCEITO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 nomeia expressamente o seu título II como descritivo dos direitos e das garantias fundamentais. Na mesma esteira, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também traz uma enumeração daqueles direitos que são intransigíveis para os países que a declaram.

Porém, nenhuma destas importantíssimas cartas político-jurídicas, descreve um conceito preciso sobre o que seriam estes direitos, deixando a interpretação a partir daquilo que elas já entendem como direito fundamental personificado em norma ou princípio. Enquanto esta tarefa de conceituar pode parecer simplória para alguns mais desavisados, para

outros se mostra extremamente desafiadora quando considerado o impacto que este conjunto de palavras pode causar.

Uma possível causa desta dificuldade pode ser encontrada na possibilidade de exclusão ou limitação do que se torna, ou mesmo deixa de ser fundamental ao longo do tempo. Portanto, se evidencia mais razoável não engessar os direitos fundamentais em um conceito, mas em um sentido que deve ser almejado:

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana. O problema persiste, porém, quanto a discernir que pretensões podem ser capituladas como exigências desse valor. E aqui, em certos casos, a subjetividade do intérprete interfere decisivamente, mesmo que condicionada à opinião predominante, informada pelas circunstâncias sociais e culturais do momento considerado. (MENDES e BRANCO, 2018, p. 206).

A conclusão que se chega é: se os direitos humanos naturais, quando reconhecidos, não retroagem, o mesmo não se pode falar de todo o rol dos fundamentais. Estes direitos basilares teriam então uma parte fixa e outra mutável, sendo esta, moldada e acumulada a partir do contexto histórico que estiverem inseridos.

### 1.3 A HISTÓRIA E CONQUISTAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A história da humanidade pauta todo o caminho de evolução dos direitos fundamentais e seu reconhecimento no ordenamento. A cada nova configuração social ou domínio de uma civilização pela outra, novos formatos de sistemas jurídicos se aperfeiçoaram, indicados por cultura, comportamento, condições pessoais, valores e religiões. Por vezes, se tratava de uma relação turva na qual o Estado era o primeiro a ofender estes direitos ao invés de protegê-los.

Na Antiguidade greco-romana, inexistiam – até aonde as fontes históricas permitem tal conclusão – direitos fundamentais válidos para todas as pessoas. (...) Consequentemente, na Antiguidade greco-romana, somente os cidadãos da Pólis ou, respectivamente, os cidadãos de Roma possuíam direitos. Um exemplo de excelente feição plástica é a concessão de direitos dentro da Pólis. Somente os cidadãos da Pólis podiam usufruir da igualdade perante o direito (Isonomia), da mesma liberdade da palavra (Isogoria) e do mesmo respeito (Isotimia). (CARVELLI e SCHOLL, 2011, p. 168-169).

De todas as condições destacadas, a religião seria uma das primeiras a surgir como uma espécie de freio aos poderes do Estado ou daqueles que o representavam. A vontade de Deus ou Deuses era a justificativa para a tomada de decisões. Obviamente que de forma embrionária e ainda ressoando mais no campo das ideias e teorias do que em efetiva conduta

prática, o cristianismo, ao colocar o homem como imagem e semelhança de Deus, firma a ideia de a humanidade ser a coroa da criação e, portanto, algo divino que deveria ser respeitado:

O ensinamento do homem e a sua semelhança à imagem de Deus (*imago dei*) conduziram não somente à formação do pensamento da dignidade da pessoa humana e à ideia da liberdade pessoal, mas também ao reconhecimento da capacidade humana à autodeterminação e ao princípio da igualdade de todas as pessoas perante Deus. (AUGUSTINUS, 2001; AQUIN, 1941, *apud* CARVELLI e SCHOLL, 2011, p. 170).

Contudo, a evolução deste pensamento religioso não é linear, sofrendo diversos golpes e interpretações cruéis ao passar dos séculos:

Finalmente, cabe ressaltar que o Cristianismo e as declarações de direitos da Idade Média contribuíram, de certa maneira, para o desenvolvimento da ideia dos direitos fundamentais. Porém, tanto os pensamentos libertários isolados cristãos quanto as fragmentárias declarações de direitos da Idade Média não podem requerer para si um significado maior do que um caráter pré-figurativo dos direitos fundamentais na forma de simples limitações do poder da autoridade mandamental ou na forma de direitos concedidos às castas. (CARVELLI e SCHOLL, 2011, p. 172).

A ideia de sociedade e constituição é criada a partir deste contexto. A forma como as pessoas se associam e governam suas vidas, dita os moldes da estrutura jurídica daquele povo. A formação constitucional é um exemplo disto:

“Por constituição em sentido histórico entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social” (WILLOWEIT, 1992, *apud* CANOTILHO, 2003, p. 53).

Avançando no tempo, é preciso dizer que não apenas novas composições de sociedade moldaram os direitos fundamentais. O inverso também é verdadeiro. A busca por estes direitos foram molas impulsionadoras de transformações e, por vezes, revoluções, que ditam o nosso modo de vida até hoje.

Berço da civilização ocidental moderna, Estados Unidos e Europa tiveram os principais marcos e documentos históricos na contribuição do que hoje entendemos como os alicerces da nossa Constituição Federal de 1988.

### 1.3.1 A INFLUÊNCIA INGLESA

A contribuição inglesa é a pioneira no ocidente em acontecimentos históricos e oferta de documentos que visavam à consolidação dos direitos e garantias fundamentais quando ainda não se tinha noção do que era exatamente isto. Lições e institutos jurídicos criados a

partir de uma Inglaterra medieval atravessaram séculos e permeiam até hoje os mais diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

A *Magna Carta* (1215) criada no contexto da revolta dos senhores feudais contra os arbítrios e intempestividades do rei João da Inglaterra, conhecido como João Sem-Terra, tem sua importância atrelada ao conceito de legalidade e de limitação da figura real:

Mais que isso, porém, a Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. (...) O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres - a nobreza e o clero - existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. (COMPARATO, 2018)

Ao longo do século XVII, diversos documentos oficiais foram criados. *Petition of Right* (1628) que versava sobre a limitação na criação de tributos pelo Rei Carlos I e era uma espécie de complemento ou mesmo de reiteração de comandos da Magna Carta que não foram anteriormente respeitados pelo poder central. Em verdade, é este documento que inaugura uma série de diplomas legais que visam dobrar a coroa inglesa.

No século XVII, o Estado Absolutista foi questionado, em especial na Inglaterra. A busca pela limitação do poder, já incipiente na Magna Carta, é consagrada na *Petition of Rights* de 1689, pela qual novamente o baronato inglês, representado pelo Parlamento, estabelece o dever do Rei de não cobrar impostos sem a autorização do Parlamento (no *taxation without representation*), bem como se reafirma que "nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país". Essa exigência - lei da terra - consistia em parte importante do devido processo legal a ser implementado posteriormente. (RAMOS, 2018).

Em seguida e cumprindo a mesma diretriz, temos o *Agreements of People* (1647-1649) sendo este o primeiro texto constitucional e trazendo liberdades individuais como de religião e consciência, além de estabelecer a igualdade entre os cidadãos. O diferencial deste texto é o seu caráter constitucional e a imposição de hierarquia e respeito, limitando tanto o Rei quanto o próprio Parlamento (CARVELLI e SCHOLL, 2011).

Três décadas depois, surge então o *Habeas Corpus-act* (1679). Trata-se de uma resposta ao desrespeito contínuo aos documentos anteriores (CARVELLI e SCHOLL, 2011,

p. 178). É verdade que o habeas corpus já existia sob outro nome: *writ*. Entretanto carecia de instrumentalização adequada para trazer efeitos ao seu comando (COMPARATO, 2018).

Observando à luz da necessidade de efetivação, seria este instrumento o primeiro marco da atuação judicial que busca intervir na omissão ou no desrespeito normativo advindo de outras forças e poderes.

Como legado, a instauração *Habeas Corpus-act* é uma verdadeira revolução no que tange a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Isto porque ele não se limitou a defender a liberdade, mas serviu de exemplo para outros remédios constitucionais que temos hoje:

A importância histórica do habeas corpus, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, constitui no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. Na América Latina, por exemplo, o *juicio de amparo* e o mandado de segurança copiaram do habeas corpus a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas. (COMPARATO, 2018).

Assim sendo, os remédios constitucionais brasileiros derivados da ideia exposta são pelo menos cinco e estão previstos no art. 5º, incisos LXVIII (o próprio habeas corpus), LXIX (mandado de segurança), LXXI (mandado de injunção), LXII (habeas data) e LXXIII (ação popular) da CF/88 (SILVA, 2013, p. 445). Até os dias de hoje, a atuação judicial se mostra, nestes remédios, uma solução ativa para resolver os conflitos que desafiam as questões constitucionais.

Abrindo um breve parêntese para percebemos o tamanho e a relevância do habeas corpus ao longo de séculos não só para efetivação do direito fundamental a liberdade, mas como fator de garantia primária que originou outras possibilidades judiciais. Cumpre lembrar que em uma época não tão distante, se levarmos em conta os lapsos temporais aqui citados, a República Federativa do Brasil suspendeu o *writ* por ato unilateral do chefe do Poder Executivo ao decretar o Ato Institucional nº 5 em 1968<sup>1</sup>, excluindo, neste mesmo documento, a apreciação do judicial dos efeitos desta suspensão, bem como de qualquer ato praticado em suposta consonância com o previsto. Comparando apenas as situações jurídicas postas, foi como um retorno técnico ao século XVII.

---

<sup>1</sup> Ato Institucional nº 5: Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Mergulhada em turbulenta situação política e religiosa, ao passo que tentava fazer funcionar a coexistência entre as ordens da Coroa e a vontade do Parlamento, a Inglaterra viu crescer neste período uma intensa demanda por legislações que regulassem os direitos conquistados. É neste contexto, com a deposição do Rei Jaime II, que surge o *Bill of Rights* (1689), como uma resposta à monarquia, condicionando o acesso ao trono à aceitação do documento:

Promulgado exatamente um século antes da revolução Francesa, o Bill of Rights pôs fim, pela primeira vez, desde o surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Por isso mesmo, as eleições e o exercício das funções parlamentares são cercados de garantias especiais de modo a preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe de Estado. O documento proposto à aceitação do Príncipe de Orange, como condição de seu acesso ao trono da Inglaterra, representou a institucionalização da permanente separação de poderes no Estado, à qual se referiu elogiosamente Montesquieu meio século depois. (COMPARATO, 2018).

Como principal marco histórico inglês na evolução dos direitos e garantias fundamentais, este documento também apresentou seus problemas. A obtenção de liberdades civis e a retirada de poderes do Rei com transferência direta para o Parlamento contrastou com a imposição de uma religião oficial, razão da centelha que conduziu à revolta e a criação do documento passa a ser motivo de conflito entre católicos e anglicanos.

### 1.3.2 A CONTRIBUIÇÃO AMERICANA

Do outro lado do atlântico e com muitos aspectos pioneiros, o movimento de independência dos Estados Unidos junto com a Declaração (1776) que a sacramentou, contribuiu de forma decisiva para o estabelecimento da democracia e as balizas que determinam o mundo presente: “(...) representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.” (COMPARATO, 2018).

De igual forma ao ocorrido na Inglaterra, a questão primeira que conduziu as forças políticas ao levante revolucionário não está ligada a efetivação de direitos e garantias fundamentais individuais ou sociais, sendo as conquistas conseguidas por estes, ao menos de início, meros reflexos da limitação do poder estatal que tinha como principal mote problemas tributários:

Ora, o combustível para as mudanças que se seguiram foi caracterizado pela profunda insatisfação dos colonos com as medidas adotadas pela Inglaterra. Estas, basicamente, incluíam o incremento da tributação, que incidia diretamente, sob diversos aspectos, no cotidiano dos súditos da Coroa do Novo Mundo (Lei do Açúcar, 1764; Lei do Selo, 1765; e, principalmente, Lei do Chá, 1773). (MORGAN, 2003 *apud* PALMA, 2019).

Entretanto, apesar da razão original que motiva a crise política não ser essencialmente liberdades e direitos individuais, Thomas Jefferson (1743-1826) cria a Declaração de Independência (1776), ultrapassando a mera pretensão inicial e, aqui sim, ingressando em valores fundamentais atinentes a todos os cidadãos norte-americanos (PALMA, 2019).

Além disto, precursor do famoso 04 de julho de 1776 foi o 12 de junho do mesmo ano, data do documento intitulado *Virginia Bill of Rights* (1776), considerado o pilar mestre da tanto da Declaração de Independência (1776), quanto da própria Constituição Americana (1787). Seu destaque não se restringe a proteção de direitos essenciais como vida e liberdade, mas uma nova natureza jurídica que trazia a impossibilidade de revogação ou alienação destes de forma casuísticas por governantes e representantes do povo, reconhecendo-os como direitos inatos e os tornando supraestatais ao serem inseridos no texto constitucional daquele Estado (CARVELLI e SCHOLL, 2011).

A história americana se revela de grande valor para a configuração dos direitos e garantias fundamentais e do modelo democrático baseado no constitucionalismo, tendo como uma de suas consequências a projeção do Poder Judiciário que se apresentará nos séculos seguintes.

Porém, antes, sendo um dos capítulos mais importantes da história, o alcance dos efeitos da Revolução Americana desembarca na Europa, especialmente à França, tornando-se uma forte influência para aquela que foi a revolução mais poderosa no mundo moderno: a Revolução Francesa (1789).

### 1.3.3 A INFLUÊNCIA FRANCESA

Temos na França um dos acontecimentos mais interessantes da história de efetivação dos direitos fundamentais. A importância dos pensadores e da filosofia pode ser inicialmente traduzida através de Montesquieu e seu livro *De L'Esprit des Lois* (1748). Se a fórmula para eficácia dos direitos fundamentais é a desconcentração do poder, o Barão de La Brède trouxe importante ensinamento ao desenhar a maneira moderna aquilo que hoje consagramos como a tripartição do poder estatal em nosso art. 2º da nossa atual Constituição Federal. Neste sentido, Montesquieu escreveu:



Outro grande inconveniente, na monarquia, é que os ministros do príncipe julguem eles mesmos as contendas. (...) Existe, pela natureza das coisas, uma espécie de contradição entre o Conselho do monarca e seus tribunais. O Conselho dos reis deve ser composto por poucas pessoas, e os tribunais por muitas. A razão disto é que, no primeiro, devem-se tomar os assuntos com alguma paixão e segui-los desta mesma maneira; o que só se pode esperar de quatro ou cinco homens que fazem disto seu trabalho. Pelo contrário, precisa-se de tribunais de judicatura com sangue-frio, para os quais todas as causas sejam de certa forma indiferentes. (MONTESQUIEU, 1748, p. 91).

O conceito de funcionamento do Estado através da alienação de parte de direitos individuais fundamentais com a necessária contraprestação é escancarado pela célebre obra *Du Contrat Social* (1762) de Jean-Jacques Rousseau. Ainda sob a égide do monarca soberano, o filósofo transcreveu o mecanismo da ordem social em regime de escambo e revolucionou para sempre o entendimento de quais direitos e liberdades queremos abdicar para sustentar a organização administrativa estatal:

Concorda-se que tudo aquilo que cada um aliena em virtude do pacto social de seu poder, de seus bens, de sua liberdade, seja somente a parte de tudo aquilo cujo uso interessa à comunidade, mas é preciso convir também que só o soberano pode ser juiz desse interesse.

Todos os serviços que um cidadão pode prestar ao Estado, ele os deve tão logo o soberano os solicite. O soberano, porém, por seu turno, não tem o direito de onerar os súditos de nenhum peso inútil à comunidade. Nem mesmo o pode desejar porque, sob a lei da razão, nada se faz sem causa. Do mesmo modo que sob a lei natural.

Os compromissos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios porque são recíprocos e sua natureza é tal que, ao cumpri-los, não se pode trabalhar para os outros sem trabalhar também para si mesmo (ROUSSAEU, 1762, p.45-46).

Se a revolta ocorrida na França teve como uma de suas inspirações a Revolução Americana, é importante destacar que estes dois filósofos franceses e suas obras influenciaram esta última de maneira essencial (SARLET, 2012, p. 30).

O marco que a Revolução Francesa (1789) estabeleceu não nasce com uma bandeira branca de paz, mas sim com a guilhotina e sangue para enfrentar o absolutismo e tomar a Bastilha.

Ademais, os opositores do Antigo Regime eram encerrados na Bastilha, torturados e, após serem julgados com extrema parcialidade, executados em praça pública. A partir daí, a "queda" da mais conhecida masmorra do país, ou seja, a tomada do prédio e a libertação final de seus últimos enclausurados, fato este ocorrido aos 14 de julho, tornou-se o grande marco da história francesa. A invasão do prédio, o assassinato de guardas e o linchamento do seu diretor deram o tom de dramaticidade do evento, constituindo-se, além de ato simbólico, de afronta ao poder da monarquia, uma oportunidade para os revoltosos se abastecerem de armas e de toda farta munição estocada no célebre cárcere (PALMA, 2019).

A revolta tinha como carro chefe a completa inovação do sistema político existente, derrubando assim privilégios dos nobres e do clero. Foi exercida por um povo em estado de miséria e capitaneada por uma burguesia que buscava um rearranjo na estrutura de poder.

Por isto mesmo não é possível dizer que a insurreição visava necessariamente à consagração de direitos humanos ou fundamentais. É o que se vê na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789), documento fruto dos ideais revolucionários que tinham como norte a eliminação do modelo existente: “Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária” (HOBSBAWN, 2008, p. 20).

Em que pese à crítica feita, não se pode incorrer no erro de achar que o documento é menos importante ou influente por causa disto. As outras características que o permeavam eram igualmente ou mais admiráveis, como a declaração de respeito aos direitos naturais e a imposição de limites legais para ações estatais.

Os dispositivos nela contidos por vezes careciam de instrumentos técnicos que os assegurassem, mas não é possível classificar isto como um defeito, pois não era necessariamente seu papel, já que sua aplicação mostrou ter aderência social teórica e possuir uma espécie de força normativa constitucional:

Seguindo a tradição inglesa, os norte-americanos deram mais ênfase às garantias judiciais do que à declaração de direitos pura e simples. Os franceses, ao contrário, quase que se limitaram a declarar direitos, sem mencionar os instrumentos judiciais que os garantissem. É preciso não esquecer, no entanto, que o Direito vive, em última análise, na consciência humana. Não é porque certos direitos subjetivos estão desacompanhados de instrumentos assecuratórios próprios que eles deixam de ser sentidos no meio social como exigências impostergáveis. (...) A Declaração de 1789 foi, aliás, em si mesma o primeiro elemento constitucional de novo regime político. Pelo fato de ter sido publicada sem a sanção do rei, houve quem a interpretasse, de início, como simples declaração de princípios, sem força normativa. Mas em pouco tem a assembleia aceitou as ideias expostas por Sieyès em sua obra famosa e reconheceu que a competência decisória por ela exercida emanava diretamente da nação, como poder constituinte, e que o rei não passava de poder constituído, cuja subsistência como tal, de resto, dependia ainda de aprovação explícita da assembleia, no texto constitucional a ser votado. (COMPARATO, 2018).

Se na prática, à época e posteriormente, nem sempre era possível encontrar o eco dado pela Declaração, às linhas mestras por ela lançadas são até hoje elementos norteadores da estrutura jurídica vigente em países em que o estado democrático de direito é o modelo vigente.

### 1.3.4 O SÉCULO XX: ACONTECIMENTOS E EXPOENTES JURÍDICOS DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Para compreensão do atual cenário político e jurídico brasileiro, moldado pela Constituição Federal 1988, o século XX é o que carrega as principais influências e implicações positivadas em nosso ordenamento.

A explicação para isto seria a proximidade temporal dos fatos históricos e dos documentos internacionais produzidos antes e depois destas situações que marcaram a humanidade, ajudando a entender como a atuação do Poder Judiciário em garantir a aplicação de direitos e garantias fundamentais, aumentou sua presença dentro dos três poderes e se tornou parte da sociedade em que vivemos.

#### 1.3.4.1A CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917

O primeiro grande marco do século XX na consagração de direitos fundamentais surge no meio da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Em que pese o México não ter participação decisiva no conflito bélico global, havia dentro do seu próprio território agitações políticas profundas.

Na mesma toada de fatos históricos anteriores, esta Constituição também surge como resposta a uma ordem política que concentrava poder, neste caso em forma ditatorial, e reprimia direitos e garantias individuais:

La Constitución Política del 05.02.1917 fue producto de la Revolución Mexicana. La excesiva concentración de la propiedad rural en un número reducido de hacendados; la anacrónica forma de explotar la tierra y los peones a través de las haciendas; la represión que ejerció la dictadura de Porfirio Díaz en contra los disidentes y de los movimientos de huelga iniciados por los trabajadores, particularmente los de Cananea en 1906 y Río Blanco a principio de 1907, así como frente a las huelgas ferroviaria de 1908 y de Tizapan en 1909; la falta de movilidad política y social en las ciudades, y la permanente manipulación de las elecciones, fueron algunos de los factores que propiciaron el surgimiento del movimiento revolucionario en 1910. (FAVELA, 2010)

Neste diapasão, é pioneira com a constitucionalização de direitos trabalhistas, reconhecendo tais direitos sociais também como fundamentais ao lado liberdades individuais e direitos políticos. Em outras palavras, trata-se da inauguração de uma nova era positivo constitucional, caminho que a Europa só passa a trilhar após o fim da guerra (COMPARATO, 2018).

#### 1.3.4.2 A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR DE 1919

Esta Constituição surge, ao lado da Constituição Mexicana de 1917, como uma espécie de decretação do fim do constitucionalismo clássico e inaugurando o constitucionalismo social, situação encorpada pelo triunfo da Revolução Russa e seu modelo socialista de produção que tiveram extensões em todo o planeta (PINHEIRO, 2006, p. 102).

O documento produzido ao fim da Primeira Guerra Mundial continha as diretrizes fundamentais do constitucionalismo moderno. Como todo diploma que nasce após grande cisão histórica, seu conteúdo continha uma oposição ao período imediatamente anterior.

Buscava equilibrar forças e agradar todos os lados que compunham a sociedade alemã, o que apesar de suas qualidades tornou-a dúbia em muitos aspectos: “A Carta política abre-se com a surpreendente declaração de que 'o império alemão (das Deutsche Reich) é uma República!'” (COMPARATO, 2018).

Apesar da confusão, pode-se dizer que esta é uma verdadeira Constituição da República. Em verdade, a inauguração da primeira república alemã e uma tentativa de conciliação nacional frente às mazelas econômicas e sociais do pós-guerra:

Esta Constituição representou o pacto social celebrado entre a burguesia e as demais forças sócio-políticas, em razão das graves adversidades oriundas da Grande Guerra e consequentemente, das obrigações do Tratado de Versalhes. Tentou-se de uma só vez recuperar tudo e até mesmo superar o que já havia sido conquistado pelos alemães no século XIX. Uma constituição moderna com base na soberania popular. A República estava disposta enfaticamente no seu art. 1.º, além da previsão de uma democracia parlamentarista concebida de modo quase perfeito e do rol de direitos fundamentais. Cediço que as clássicas garantias dos direitos fundamentais foram ultrapassadas, pois a Constituição de Weimar, além de elencar extenso rol dos direitos de liberdade, trouxe direitos fundamentais sociais, diretrizes de governo e as obrigações fundamentais do cidadão. (...) Embora na Constituição de Weimar os direitos fundamentais eram tratados como normas programáticas, muitos deles tinham aplicabilidade imediata, não sendo apenas diretrizes para o legislador, como o direito fundamental à Justiça, a proibição de extradição de alemães, a liberdade de reunião em ambientes fechados, a garantia de recorrer judicialmente e o direito de propriedade. Também se demonstrou que os direitos fundamentais permaneciam completamente sem efeito se não houvesse um recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) para sua aplicação e um tribunal constitucional (Verfassungsgericht) para sua proteção. Assim, os mais importantes direitos fundamentais de comunicação permaneceram limitados em sua vigência. E os direitos sociais, desde o início, restaram promessas vazias em razão das consequências da guerra, inflação e desemprego. (AMORIM, 2013).

Como se vê, os direitos e garantias fundamentais ganharam, além da força constitucional indispensável, aplicação imediata em muitos casos. Cabe ressaltar aqui que a extensão do rol de direitos e garantias, por si só, não sustentou suas efetividades. A previsão de manejo judicial constitucional e um tribunal específico para sua análise foram à tentativa de fazer valer aquilo que estava sedimentado.

Porém, diante das graves crises nacionais e internacionais, incluídas nesse contexto a humilhação e o sentimento de revanchismo do povo alemão, situação posta pela obrigatoriedade de cumprimento do Tratado de Versalhes (1919), não deixaram que a democracia social posta na Constituição de Weimar prevalecesse (TÁVORA e ARAÚJO, 2016).

As pressões políticas e populares venceram e culminaram com a chegada democrática de Adolf Hitler ao poder em 1933. A partir daqui há um novo retrocesso em direitos humanos e fundamentais para o povo alemão. O caminho legal para isto foi pautado pela própria Constituição de Weimar, em seu art. 48, ao considerar um estado de exceção temporário que nas mãos do líder nazista se tornou permanente:

O art. 48 da Constituição de Weimar dispunha que o Presidente da República poderia adotar medidas de exceção nas hipóteses de ameaça à segurança pública e à ordem; a excepcionalidade da medida tornou-se regra a partir de 1933, com a ascensão do nazismo. Com base no mencionado art. 48 da Constituição de Weimar, mediante um decreto, formulado para a “proteção do povo e do Estado”, Hitler suspendeu os artigos da Constituição então vigente, relativos às liberdades individuais, perenizando o que se suponha constitucionalmente transitório. (GODOY, 2017).

Após questões bélicas e políticas, o mundo vê surgir novamente uma Alemanha forte e pujante, que domina economicamente a Europa continental, contraria o documento que pôs fim a Primeira Guerra Mundial ampliando suas fronteiras cada vez mais. O fato histórico que se procede a seguir é o holocausto e eclosão da Segunda Guerra Mundial, duas das maiores violações de direitos humanos que se tem registro.

#### 1.3.4.3 O FIM DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Finda a segunda guerra mundial e com a derrota da Alemanha nazista, finalmente prospera a ideia de uma aliança global entre os países, criando assim a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, o que deixa para trás de vez o fracasso da Liga das Nações.

Um aspecto de sucesso para que a comunhão de países se consolidasse é a tentativa de equilíbrio de forças entre as nações mais poderosas do mundo. Destaca-se, então, a criação do Conselho de Segurança da ONU, único órgão com poder decisório e coercitivo da organização, que conta com cinco cadeiras permanentes para Estados Unidos, URSS (hoje Rússia), Reino Unido, França e China, sendo estes os únicos países com poder de veto. Dentre suas principais funções, sobressaem-se a manutenção da paz e a segurança internacional, determinar a existência de ameaças e a elaboração de planos de regulamentação de armamentos<sup>2</sup>.

O ato seguinte é a normatização de direitos básicos reconhecidos de forma multilateral, considerados como o mínimo necessário para que a humanidade não repetisse erros passados e pudesse pautar a direção para o futuro daquilo dito como elementar a existência dos povos. O temor era claro, não se podia dar espaço, ao menos juridicamente, para a possibilidade de novas atrocidades como as vivenciadas na Segunda Guerra Mundial. Neste contexto, surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o instrumento que melhor definiu, até hoje, o conteúdo ideal dos direitos que deveriam ser assegurados a todos os seres humanos. Cabe ao jurista extrair os efeitos que essa bela definição de valores tem no plano do direito positivo, através da análise da natureza jurídica da declaração. (...) A Declaração Universal dos Direitos Humanos não é juridicamente obrigatória em si, como recomendação da Assembléia Geral das Nações Unidas, mas é preciso verificar em que medida ela contribui para a caracterização de obrigações eventualmente decorrentes de outros instrumentos da ordem jurídica internacional. (ANTUNES, 2011).

Não tendo força normativa vinculante, é possível incorrer no erro de que a DUDH possui menor relevância, não tendo grande influência jurídica por isto. Não é verdade. O conteúdo material da declaração é reflexo do início de uma nova etapa do que se convencionou chamar de Direito Constitucional Internacional, nada mais sendo que uma indexação dos direitos humanos em direitos fundamentais nos países que participam da Organização das Nações Unidas (SARLET, 2012, p.39).

Por óbvio, não se trata de um processo rápido ou automático. As culturas, as formas políticas e o arcabouço jurídico de cada nação fizeram com que cada uma trilhasse seu caminho para a concretização dos enunciados. O próprio Brasil demora a progredir neste campo. Vislumbrando pelo aspecto técnico, é possível dizer que regredimos ao ingressar em

---

2 O Brasil e o Conselho de Segurança da ONU. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/137-o-brasil-e-o-conselho-de-seguranca-das-nacoes-unidas>. Acessado em 05.10.2020.

uma Ditadura Militar, só voltando a trilhar o caminho de direitos e garantias elementares com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesta esteira, ao fazermos uma análise comparativa, vemos que todos os direitos e garantias fundamentais previstos no documento internacional foram incorporados a Carta da República Brasileira de 1988, tendo a redação extrema similaridade, quando não cópias, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Apenas como alguns exemplos desta relação, podemos destacar a aproximação jurídica e textual dos Artigos I, II e III da DUDH com o art. 5º, caput, e incisos I e II da CF/88, ou mesmo o Artigo V com o inciso III do art. 5º, ambos dos mesmos corpos normativos respectivamente citados<sup>3</sup>.

Estes exemplos demonstram cabalmente que a DUDH não se trata de um mero “farol”. Na realidade é um guia ativo que abre caminho em denso ambiente, indicando as trilhas mais adequadas a serem seguidas para aqueles que querem consagrar um modo de vida avesso às concentrações de poderes e aos cerceamentos de liberdades.

#### 1.3.4.4 PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966) E PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966)

Dois dos primeiros grandes textos normativos com forças vinculantes que as Organizações das Nações Unidas conseguiram aprovar em assembleia geral foram os pactos internacionais tratando de direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais.

Apesar de serem da década de 60, tais institutos só ingressaram no direito brasileiro mais de 25 anos depois, através dos Decretos Presidenciais nº 591/1992 e 592/1992, feitos

---

3 Declaração Universal dos Direitos Humanos: Artigo 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade; Artigo 2º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania; Artigo 3º - Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. (...); Artigo 5º - Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Constituição Federal de 1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

após as aprovações do Congresso Nacional em 1991 e os depósitos das cartas de adesão no início de 1992.

Pode-se dizer que a Declaração Universal dos Direitos Humanos encontrou neste pacto a sua materialização jurídica, pois muitos de seus preceitos são repetidos sob a roupagem de comandos regradados e que os países, voluntariamente, se obrigam a executar e proteger. É uma transformação dos direitos humanos em política de Estado e, portanto, de reconhecimento em direitos fundamentais:

Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois pactos internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 240).

Os dois pactos tem características e formatações textuais muito parecidas. O que os difere são suas essências.

O Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos visa primordialmente, porém não restrito, a limitação do poder estatal, garantia da liberdade e a impedir arbitrariedades costumeiramente praticadas pelos Estados-Nações pelo mundo. Busca-se uma postura negativa ou inerte do Estado. Defende o que a doutrina chama de direitos fundamentais de primeira grandeza ou primeira geração.

Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz a obrigação de um comportamento positivo do Estado, tendo este o dever de agir, praticando ações para concretizar o que fora preceituado. São os chamados direitos de segunda grandeza ou geração:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos cíveis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MELLO, 1995).

Esta denominação de “gerações” aos direitos e garantias fundamentais é própria de uma ideia da mutabilidade e do aumento ao longo da história. Os direitos vão surgindo ou sendo reconhecidos à medida que a sociedade demanda tensões e conflitos por seus nascimentos. Porém, apenas expor ou pronunciar tais direitos e garantias, sem perceber se a realidade social consegue abraçar aquelas disposições, pode resultar em uma lógica de descrédito para as instituições.



Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de direito. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos do homem como um sinal do progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções, o inferno está cheio. (BOBBIO, 1992, p. 32).

Como então operacionalizar, isto é, trazer efetividade para coberturas jurídicas já existentes em sentido amplo? Seria o Poder Judiciário uma forma válida de preencher estas lacunas e trazer os efeitos práticos para casos em concreto? Não parece existir uma resposta simples para estas indagações.

#### 1.3.4.5 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA (1969)

Percorrendo caminho parecido com os outros pactos já mencionados, a Convenção Americana de Direitos Humanos demorou ao menos duas décadas para ingressar no ordenamento jurídico nacional. A situação foi concluída com o Decreto Presidencial nº 678/92.

Em que pese não trazer tantas novidades para o nosso ordenamento, muito pela demora do Brasil em incluí-la e pela promulgação da Constituição Federal de 1988 que tem diversos ensinamentos em seu bojo, implícitos e explícitos, e que são oriundos tanto deste documento quanto de outros internacionais já citados, a Convenção Americana de Direitos Humanos tem importância na sua força normativa garantista:

No primeiro caso contencioso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Velásquez Rodríguez, contra o Estado de Honduras) decidiu-se que os Estados-partes na Convenção têm a obrigação de respeitar os direitos humanos e de garanti-los, devendo a tais Estados ser imputadas todas as violações dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção, mesmo que o ato estatal violador de direitos tenha sido negativo, como a falta de diligência para prevenir tal violação etc. De fato, assim se expressou a Corte Interamericana nesse julgamento: "Em tal sentido, em toda circunstância na qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lesar indevidamente um dos tais direitos, fica-

se diante de uma hipótese de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo". (SANTOS e DO VALE, 2016).

Como se percebe, desde o início as violações decorrentes omissões estatais e que resultam em violações de direitos humanos foram reconhecidas. Desta forma, deve ser compreender o Estado como um todo, incluídos os três poderes. Portanto, há de se pensar que as obrigações de concretização alcançam todos os membros que sustentam o tripé da organização administrativa.

## 1.4 A NATUREZA JURÍDICA E POSIÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 1.4.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ROL FUNDAMENTAL E RIGIDEZ

O art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao consagrar direitos e liberdades individuais, torna-se um dos mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro. Não para menos, já em seu *caput* e em comando ininterrupto, consagra-se a igualdade de todos, inclusive entre nacionais e estrangeiros residentes no país, e a proteção à vida, liberdade, segurança e a propriedade.

Destrincha em seus 78 (setenta e oito) incisos diversos direitos e garantias que protegem aquilo que fora proclamado na cabeça da norma. De pronto, todos os artigos da CF/88 ganham o status de norma formalmente constitucional, com aplicação vertical seguindo a teoria pura do Direito, se tornando verdadeiros fundamentos de validade para todo o restante do ordenamento.

A importância disso é passagem de um Estado ditatorial, que tinha um modelo constitucional questionável, para uma estrutura que estava se comprometendo em verdadeiro dever de obediência à Constituição Federal, baseada na hierarquização formal das normas e na definição dos critérios de validade seguindo os ensinamentos de Kelsen:

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com a outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1934, p. 247).

Assim sendo, qualquer dispositivo que conste na Constituição Federal de 1988, ainda que não tenha relevância na formação do estado ou em garantias individuais básicas, que são aquelas tipicamente constitucionais, deve ser considerada, pelo simples fato de ter a roupagem constitucional em sua forma, de hierarquia superior.

Todavia, aquelas que versam sobre direitos e garantias fundamentais são inserções, além de formais, materialmente constitucionais, porque versam, juntamente com as normas de organização estatal, sobre questões básicas que podem garantir ou dissolver o grupamento social defendido pela Carta Magna:

Fala-se em Constituição no sentido substancial quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas examinadas. A Constituição será, assim, o conjunto de normas que instituem e fixa as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o poder público (direitos fundamentais). (...) A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. (...) Em suma, participam do conceito de Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas. (MENDES e BRANCO, 2018, p. 83-85).

O reconhecimento material deste conjunto de normas pode ser constatado no efeito de aplicação imediata dada no §1º do mesmo art. 5º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (Brasil, 1988). Isto configura uma roupagem completamente diferente e especial para estes dispositivos.

Não se trata de simples dispensa da atuação do legislador ordinário para que se alcance a eficácia aos direitos e garantias fundamentais, mas sim de uma verdadeira ordem para seu cumprimento, o que demonstra justamente o caráter supra estatal e supra ideológico que estão presentes nestes elementos.

Aqui temos uma questão vital para o ativismo judicial. É a partir deste raciocínio de força constitucional, isto é, de que a Constituição não pode se feita de comandos fracos, sem efetividade, sob pena de serem promessas vazias, que a judicatura pauta interpretações extensivas utilizando o argumento de que a ausência de concretude levará a ruína da estrutura montada.

Dando continuidade ao pensamento de força constitucional e trazendo unidade ao documento maior da nação, o constituinte originário implementou no §4º do art. 60, inciso

IV<sup>4</sup>, a condição de cláusula pétrea para direitos e garantias fundamentais, impedindo qualquer tentativa de emenda que atente contra eles e colocando-os no mesmo patamar da organização estatal baseada na forma federativa, separação de poderes e o sufrágio universal.

A interpretação possível disto é que se apenas estes quatro tópicos são imutáveis na Constituição Federal, estes são os pilares do modelo político, jurídico e social reconhecido pelo povo brasileiro e se confundem com o próprio ideal da nação. Portanto, estes são direitos materialmente constitucionais consagrados. É nesta prateleira que direitos e garantias fundamentais residem em nosso ordenamento e buscam aplicação.

#### 1.4.2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

Esta natureza jurídica constitucional e irrevogável, somada a aplicação imediata determinada pelo dispositivo retro transcrito, revela o poder mandamental que a Carta Magna conferiu a estes institutos. Pode-se concluir que a regra entalhada é apenas a parte visível da poderosa estrutura jurídica que a sustenta:

Pode-se dizer que, de uma mera proclamação jurídica de normas com superioridade hierárquica em relação às demais, a inspiração humana alcançou, ainda, aquilo que se mostrara, até então, historicamente improvável: traçar valores supremos, e que assumem uma importância ainda maior em relação às demais normas constitucionais, embora estejam vertidos também em roupagem constitucional. (TAVARES, 2001).

O rol descrito em detalhes no artigo 5º é meramente exemplificativo. Não se restringe ao que está ali positivado por prestigiar uma interpretação extensiva destes direitos. É o que se infere do §2º do mesmo artigo:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

À parte do trecho final que garantiria por si só a ampliação dos direitos através de documentos internacionais que o Brasil viesse a integrar, a inclusão de direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição Federal adotados, revela que mais importante do que aquilo que está previsto e delimitado, é o conjunto sistêmico por ela criado.

---

4 Constituição Federal de 1988: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

Dito de outra forma, pensando exclusivamente pelo prisma jurídico brasileiro e sua base, têm igual importância o que fora lembrado expressamente e o que fora esquecido, desde que, no caso deste último, se encontre dentro do espectro de atuação de regras e princípios da Constituição Federal e, portanto, estará por ela protegido como se escrito estivesse:

Por derradeiro, convém atentar para a circunstância de que a existência de direitos fundamentais implícitos, no sentido ora emprestado ao termo, mesmo que possa, sob certo ponto de vista, ser tida como abrangida pela norma contida no art. 5º, § 2º, da nossa Carta, dela não depende. Os direitos fundamentais implícitos têm, isto sim, sua existência indiretamente reconhecida pelo citado preceito constitucional. Assim sendo, tenho para mim que a dedução de direitos implícitos é algo inerente ao sistema, existindo, ou não, norma permissiva expressa neste sentido. (SARLET, 2012, p. 71).

Assim sendo, ainda que uma norma não seja formalmente constitucional, é possível que seu efeito e aplicação adquiram a equivalência em tal nível hierárquico. Passa então a integrar o que se convencionou chamar de bloco de constitucionalidade:

Os tratados celebrados entre a promulgação da CF/1988 (LGL\1988\3) e a EC 45/2004 têm que ser considerados materialmente constitucionais, porquanto integrantes do intitulado “bloco de constitucionalidade”, que, grosso modo, é tudo aquilo que não consta da CF (LGL\1988\3) escrita, mas a essa se adere em razão dos valores e princípios constitucionalmente postos. (ABBOUD, SCAVUZZI e FERNANDES, 2017).

O que este bloco de constitucionalidade faz é dar a legitimidade para o sistema e a constituição dirigentes. Todo aquele conteúdo que pretenda inovar no mundo jurídico através de uma ordem executiva ou de um processo legislativo deve ser analisado sobre o amplo prisma deste muro constitucional criado. Pensando no aspecto judicial, haverá a discussão se ele inova ou reconhece, esclarecendo aquilo que já está positivado. De toda sorte, ele também estará dentro deste mesmo espectro.

Isto impedirá uma interpretação teratológica que por vezes os detentores do poder exercem, ao isolar uma regra já escrita na Lei Maior e colocá-la em contraposição a um fato específico, indicando uma suposta “brecha” para fazer valer seu ponto de vista ou seu projeto de Lei, tentando demonstrar uma espécie de elisão constitucional, quando em suma praticam o que nomeamos de evasão constitucional.

#### 1.4.3 DA POSSÍVEL HIERARQUIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Por toda correlação feita, resta evidente que a base do sistema jurídico brasileiro detém a Constituição Federal como mandante suprema. Ademais, normas infraconstitucionais devem

se adequar as suas determinações expressas e aos sentidos jurídicos indicados, ainda que implicitamente fixados. Em eventual confronto entre norma menor e dispositivo formalmente constitucional, a resolução do caso se mostra até certo ponto tranquila.

A celeuma se instaura ao se fazer a análise sobre outro viés. Existe hierarquia entre as normas constitucionais? Entre aquelas que são apenas formais e as que são materialmente constitucionais? Pesando apenas os direitos e garantias fundamentais, há um mais importante ou preponderante que outro?

A doutrina e a jurisprudência brasileira já conseguem responder algumas dessas perguntas. Há certo consenso quanto à equidade das normas presentes na Constituição da República. A divergência estaria restrita entre aquelas oriundas do poder reformador e originário. Isto não quer dizer que os direitos por elas pronunciados residem no mesmo patamar:

Há consenso na doutrina brasileira de que as normas constitucionais possuem igual hierarquia, admitindo-se apenas uma diferenciação entre as decorrentes do poder constituinte originário e do derivado. Entretanto, além dessa distinção não é possível realizar qualquer outra, nem ainda em relação às chamadas "cláusulas pétreas".

Nesse sentido, todas as normas constitucionais declaratórias de direitos encontram-se num mesmo nível hierárquico. Contudo, o mesmo não se pode afirmar em relação aos direitos, ou seja, a respeito do conteúdo dessas normas. Os direitos não são todos iguais. (LOPES, 2001).

Sendo os direitos diferentes, poder-se-ia argumentar que há um desnivelamento entre estes ou entre estes e o restante da CF/88. Tal raciocínio à primeira vista parece promissor: se há alguns ditos materialmente constitucionais e recebem inclusive proteção especial do próprio diploma, deveriam gozar de superioridade.

Entretanto, este caminho pode se mostrar falho, ao criar uma nova estrutura hierárquica dentro da própria Constituição Federal. Em exercício de lógica, esta segunda "pirâmide" de Kelsen dentro do diploma, ao subjugar aquilo que é de forma e aquilo que é de matéria constitucional, poderia tender ao infinito, já que existiria a possibilidade de se falar então em uma terceira hierarquia entre as próprias normas materialmente constitucionais, que por sua vez poderiam levar a uma quarta, entre os direitos fundamentais, por exemplo, e encaminhar para uma quinta, uma sexta e assim sucessivamente.

Não se pode falar em uma espécie de supercodificação para qualquer destas normas, aqui incluídas os direitos fundamentais, pois a Constituição Federal deve ser vista sob o prisma de unidade e as resoluções de possíveis conflitos provenientes de suas disposições originárias de resolvidas através da ponderação e harmonização (SARLET, 2012, p. 59).

Tampouco se pode negar a conexão e a interrelação destes direitos, uma vez que há uma interdependência e a negativa de um pode culminar na ineficácia dos outros (LOPES, 2001). O reconhecimento de uma sistemática complexa e integrada é base para que o sentido jurídico funcione no direito brasileiro, sendo esta uma visão neoconstitucionalista, que se desenvolvendo a partir de critérios de relativização que se mostrem proporcionais, já que os direitos fundamentais em casos concretos se contrapõem.

#### 1.4.4 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS

Recorda-se que o Brasil é signatário de diversos documentos que versam sobre direitos humanos, refletindo, por óbvio, nos direitos e garantias fundamentais que nosso país reconhece por si ou recepciona destes acordos. Até mesmo pelo comando expresso do já mencionado §2º do art. 5º, CF/88, incluído originalmente na Constituição Federal, há de se ter plena segurança daquilo que será adicionado ao sistema brasileiro, pois há a possibilidade de conflito com a própria Lei Maior.

O posicionamento jurídico destes diplomas e suas forças normativas foram objeto de intenso debate tanto da doutrina quanto da jurisprudência. Afinal em que posição hierárquica do ordenamento eles estão contemplados?

Pelo §3º do art. 5º da CF/88, estes podem possuir o status de Emenda Constitucional se forem aprovados pelo rito desta<sup>5</sup>. E se por ventura isto não ocorrer? É preciso ressaltar que este parágrafo terceiro foi incluído pelo Poder Reformador, ou seja, não se trata de uma previsão do constituinte originário. Ao se fazer a reforma, não trouxe uma previsão para os casos de pactos internacionais aprovados de maneira simples, posterior ou anteriormente a esta alteração.

A resposta para isto teve então que vir do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal ao analisar do Recurso Extraordinário 466.343/SP. No caso em concreto, discutiu-se a (in) constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, com possibilidade prevista no inciso LXVII, do art. 5º, além do art. 652<sup>6</sup> do Código Civil/2002 que repetiu o art. 1.287 do Código Civil/1916. Estas previsões, a priori, são contrárias ao previsto

5 Constituição Federal de 1988: Art. 5º (...) §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

6 Lei nº 10.406 (Código Civil) - Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

no item 07 do art. 07 do Pacto de San José da Costa Rica<sup>7</sup> que impede a prisão por dívida que não tiver natureza alimentar.

Vejamos o enredo: o pacto que versa sobre direitos humanos é anterior a CF/88; a CF/88 é anterior à entrada do pacto no ordenamento jurídico brasileiro; o pacto não foi recepcionado como emenda constitucional, até porque a previsão legislativa não existia à época, não estando os dois documentos em igualdade hierárquica; há um possível confronto entre a permissividade dada pela Carta Suprema e o pacto internacional; há um conflito entre o artigo internacional e artigo de lei federal; o inciso em questão é oriundo da promulgação da CF/88 e conforme posição pacífica do STF, não há que se falar em norma inconstitucional advinda do poder constituinte originário<sup>8</sup>. A solução adotada pelo Supremo se mostrou bastante inteligente e inovadora.

O primeiro ponto esclarecido seria quanto ao dispositivo constitucional. Entendeu a Corte Suprema que, na parte que tange a permissividade da prisão civil de depositário infiel, configura-se uma norma de eficácia contida e, portanto, restringível por legislação infraconstitucional (SILVA, 2016, p. 80).

A seguinte coluna de sustentação levantada foi a inserção deste tipo de tratado, quando aprovados de maneira simples, como supralegais. Isto garante o seguinte raciocínio: temos uma norma constitucional que em sua exceção era permissiva, mas que poderia e o foi restringida por legislação supralegal, revogando tacitamente artigos opostos ainda que de forma superveniente como o caso do art. 652 do Código Civil.

Assim sendo, em que pese posicionamento em contrário como do professor Blecaute Oliveira Silva, que não considera que os tratados como supralegais, isto é, que estejam acima das leis ordinárias e leis complementares (SILVA, 2016, p. 84), esta é a condição sedimentada hoje no direito brasileiro.

O relevante destaque aqui a é a atuação direta do Poder Judiciário, em claro exercício de hermenêutica constitucional, para garantir a máxima eficácia a um diploma que visa resguardar estes direitos e garantias tão essenciais.

---

7 Pacto de San José da Costa Rica: ARTIGO 07 - Direito à Liberdade Pessoal (...) Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

8 Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815.



#### 1.4.5 DO NÃO ABSOLUTISMO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS E DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL FRENTE A TRATADOS INTERNACIONAIS

Trata-se de uma afirmativa reiterada, porém nem sempre elucidada, que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos. Aliás, haveria algo absoluto no direito brasileiro ou internacional?

Pensando em uma escala de bens jurídicos protegidos pelo sistema, seria a vida, entendida como o próprio direito de existir, o mais elementar deles. A linha de raciocínio se baseia na concepção de que todos os outros direitos e, porque não, deveres fundamentais, dependem, antes demais nada, da existência e sobrevivência da raça humana. Não existe estado democrático de direito sem seres humanos reunidos em grupos sociais:

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. (MORAES, 2018, p. 74).

Ocorre que até mesmo o bem jurídico mais importante, considerado isoladamente, pode ser relativizado quando situações extremas são enfrentadas. É o que se depreende ao fazer a interpretação literal do inciso XLVII<sup>9</sup> da CF/88, que prevê que não há pena de morte no Brasil, salvo em caso de guerra declarada.

Pode-se ponderar que se trata de relativização da vida para a proteção da soberania nacional e autodeterminação da nação brasileira. Ora, a soberania está acima da vida? Acreditamos que este é um falso confronto. A soberania guarda intrínseca relação com a garantia de existência da população nacional. Ao autorizar a pena de morte em condições extraordinárias, o que se busca em verdade é a proteção de outras vidas, sendo primordialmente, considerado o contexto do inciso, a preservação das vidas dos brasileiros.

Entretanto, não há uma regulação posterior a promulgação da constituição que operacionalizasse estas execuções. A codificação que prevê a pena de morte é o Código Penal Militar, mais precisamente no Decreto-Lei nº 1.011/1969, na letra “a” do seu art. 55 com a forma de execução, por fuzilamento, tratada pelo art. 56 do mesmo diploma, sendo ambos devidamente recepcionados pela CF/88.

---

<sup>9</sup> Constituição Federal do Brasil: Art. 5º (...)XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Respeitando o princípio da legalidade, apenas há previsão de crimes puníveis com a pena capital no Livro II do CPM, que se debruça justamente sobre os crimes militares nos tempos de guerra, se amoldando a previsão constitucional mencionada. Mesmo assim, uma série de requisitos e formalidades são exigidos pelo diploma legal, como a comunicação obrigatória ao Presidente da República sedimentada no art. 57, para que se possa dar cumprimento a pena, o que demonstraria o seu alto grau de excepcionalidade. Entretanto, o parágrafo único do art. 57 afrouxa os procedimentos quando, além de se estar em guerra declarada, a pena for imposta em zonas de guerra, podendo dar cumprimento imediato à execução<sup>10</sup>. Nesta esteira, surge o debate sobre a constitucionalidade deste dispositivo:

Situação excepcional: embora não se possa crer nessa possibilidade, que somente existiria, no plano real, se o Brasil entrasse em conflito armado declarado contra outra nação, não há obrigação de comunicar previamente ao Presidente da República a pena de morte, quando a situação se der em zona de operações de guerra. Pode haver execução imediata, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares. Há quem sustente que tal norma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Argumenta-se, inclusive, a possibilidade de impetração de habeas corpus preventivo para sustar a execução. Assim não vemos. Se houver situação excepcional, demandando imediato julgamento de militar, cujos atos foram tão graves, a ponto de se aplicar a pena de morte, em plena zona de guerra, parece-nos cabível a pronta execução. A extravagância do momento justifica o disposto neste parágrafo. (NUCCI, 2014, p. 130).

Ao menos três outras possibilidades constam de forma indireta no direito brasileiro como capazes de relativizar o direito à vida, podendo sacrificá-la em situações determinadas: estado de necessidade e legítima defesa como excludentes de ilicitude previstos nos art. 23, incisos I e II do Código Penal Brasileiro<sup>11</sup> e a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente de culpabilidade. Sobre este último é importante destacar sua previsão indireta no art. 22 e a delimitação doutrinária:

Trata-se de elemento componente da culpabilidade fundado na tese que só devem ser punidas as condutas que poderiam ser evitadas. Assim, se, no caso concreto, era inexigível conduta diversa por parte do agente fica excluída a sua culpabilidade (que o isenta de pena). (GONÇALVES, 2019).

---

10 Código Penal Militar: Art. 55. As penas principais são: a) morte; Art. 56. A pena de morte é executada por fuzilamento; Art. 57. A sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao Presidente da República, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação. Parágrafo único. Se a pena é imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares.

11 Código Penal: Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa;

Cada um destes institutos possui peculiaridades específicas. Porém, em todos os citados há uma relação de ponderação e possibilidade de sacrifício do direito fundamental à vida, em regra, para proteger outras vidas.

O desenvolvimento lógico aqui destrinchado sobre o suposto bem jurídico tutelado mais importante do ordenamento brasileiro serve como um tubo de ensaio para a questão principal sobre direitos fundamentais: a sua plenitude.

Evoluindo o raciocínio já posto sobre a Lei Maior, surge como evidência que se o direito à vida não é absoluto, a defesa do direito à vida o seria, pois só se mostra justificável uma ação estatal ou particular com o resultado morte dolosa se a sua finalidade for a de evitar a sua própria multiplicação. Aqui, pede-se licença para não adentrar à questão do aborto e de suas permissões legais contidas no Código Penal, pois nos levaria a outra discussão: a de quando surge a vida.

Destaca-se que todas essas situações são oriundas de previsões legislativas e, ao menos inicialmente, prescindem de interferência judicial específica para sejam concretizadas. Quando há atuação do Poder Judiciário é, em regra, para dar reconhecimento ou garantia à situação executada.

Já ao tratarmos da supremacia no ordenamento jurídico, precisamos fazer uma análise além dos limites nacionais. A Emenda Constitucional nº 45/2004, também chamada de reforma do judiciário, trouxe diversos novos dispositivos para a nossa Constituição Federal de 1988. Sob a ótica proposta, vale a pena olharmos para o §4º do mesmo art. 5º que traz a seguinte redação: Art. 5º (...) §4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Brasil, 1988).

A interpretação que se dá a esta norma, ao menos em primeiro momento, seria a de um novo arranjo na pirâmide de Kelsen aplicada ao regramento brasileiro. A Carta Magna, antes reinando soberanamente, passaria a estar um degrau abaixo ao se submeter às disposições e interpretações do Tribunal Penal Internacional.

Explica-se. Caso algum dispositivo ou princípio constitucional fosse aplicado pelo Supremo Tribunal Federal proferindo a norma com determinada interpretação e, posteriormente, fosse dada posição diversa pelo TPI, aplicando regras de direito internacionais, seria obrigação do Brasil, enquanto nação, obedecer e fazer cumprir a decisão proferida mesmo que em território estrangeiro.

Importante ressaltar que o §4º citado, não traz qualquer condição para a submissão brasileira. Neste sentido, também não há qualquer determinação expressa para que o Tribunal Penal Internacional faça interpretação conforme a nossa CF/88.

Apesar deste cenário trazer hipóteses estranhas para o contexto brasileiro, o próprio Estatuto de Roma, que origina e regulamento o Tribunal Penal Internacional, no Brasil viabilizado pelo Decreto nº 4.388/2002, prevê em seu art. 1º o caráter complementar deste tribunal:

Artigo 1º - O Tribunal

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto. (BRASIL, Decreto nº 4.388/2002)

A interpretação dos doutrinadores a este artigo é a de que, ao ser somado como resto das disposições nacionais existentes, a Constituição Federal de 1988 continuaria a residir no topo da cadeia jurídica e o Supremo Tribunal Federal seu guardião máximo:

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. (PIOVESAN, 2013, p. 290).

O grande problema é que isto pode configurar letra morta para o dispositivo inserido pela EC nº45/2004, não produzindo qualquer efeito prático, ou aplicado conforme a conveniência do Estado Brasileiro.

O único exemplo existente até hoje no direito nacional é o processo nº 0005678-92.2009.1.00.0000 (PET 4625) que tramita perante o STF. Trata-se o caso de mandado expedido pelo TPI para detenção e entrega do Presidente da República do Sudão. À época, em despacho decisório, o Ministro Celso de Melo, ressaltando o art. 86 do Decreto nº 4.388/2002, optou por remeter o caso a Procuradoria-Geral da República para que desse sua posição. A relatoria atual se encontra com a Ministra Rosa Weber e não há qualquer novo posicionamento da mais alta Corte do país até o momento.

Na mesma linha caminha o Decreto Legislativo nº 89 editado pelo Congresso Nacional, posteriormente reconhecido pelo Decreto Presidencial nº 4.463/02, oportunidade em que se aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar de constar de forma expressa como obrigatório reconhecimento da competência da CIDH, os efeitos são inexistentes quando houver confronto com interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal a luz do direito interno, especialmente a CF/88<sup>12</sup>.

Este é mais um caso em que a benção do poder julgador sobre o que é ou não vigente na República brasileira se mostra decisiva.

Os direitos e garantias fundamentais entram numa nova era, não mais existindo apenas pelo contexto histórico explanado do conflito com o Executivo (considerado em sentido amplo), pelas conquistas e sua positivação através do Legislativo, mas sendo aquilo que essencialmente os tribunais disserem que são e, não menos relevante, quando e como são aplicáveis.

É possível considerar desta forma que o STF sai fortalecido, e com ele todo o Poder Judiciário, ganhando um protagonismo político ao deixar claro que toda e qualquer norma que se aventure pelo direito brasileiro passará pelo seu fino critério técnico. O ativismo judicial brasileiro se impõe de maneira brutal e se atrela a ideia de soberania nacional.

---

12 Vide Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 e Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

## 2. O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS DEMOCRÁTICOS

Uma atuação do Poder Judiciário que, em primeira visão, fuja de suas competências tradicionais, indo além da mera dicção da Lei, pode ser interpretada como uma alteração no modelo de Estado Democrático de Direito escolhido por nosso país.

Dito isto, para que se possam entender esses reflexos democráticos da atividade judicial ou, melhor ainda, reflexos no formato de democracia sustentado pela Constituição Federal de 1988, deve-se retornar aos princípios básicos que regem o Poder Judiciário e como foi construído o cenário em que está inserido.

### 2.1 O PODER DE JULGAR

O Poder Judiciário é um dos três poderes da República Federativa do Brasil, sendo o único não sujeito ao escrutínio do sufrágio universal. A forma de ingresso nos quadros da Magistratura está prevista nos art. 93 e art. 94, ambos da CF/88<sup>13</sup>, e se dá por critério técnico e impessoal através de concurso público, com suas promoções devidamente disciplinadas, ou por escolha do chefe de Poder Executivo após formação de lista específica para este fim. Isto não é sem razão.

A independência do Judiciário precisou ser garantida não apenas com sua ausência de subordinação aos outros poderes, com os quais deve conviver em harmonia, mas também pelo afastamento das pressões populares que são efêmeras, influenciam e são influenciadas pelos outros dois pilares existentes: Executivo e Legislativo.

Neste contexto, é preciso lembrar que é papel do poder que julga “dizer” o direito de forma independente, pois se trata de garantia do regime democrático (SOUTO MAIOR e FAVA, 2006). Ocorre que um debate anterior precisa ser estabelecido: o que é o direito?

O direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado. (...) Portanto, as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais. (DWORKIN, 1999, p. 10)

---

13 Constituição Federal de 1988: Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: (...)rt. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Pergunta de aparência simples, mas que guarda uma profunda complexidade. A partir do destaque feito, é possível entendermos que o direito é construído da relação institucional vigente entre poder jurídico e poder político. Para que esta relação se mostre verdadeira em um Estado Democrático de Direito, ela tem que existir sobre o pilar da independência de cada um.

As histórias, antiga e recente, mostram que um Judiciário subserviente está sempre a serviço de regimes ditatoriais incompatíveis com o regime democrático de direito, pois se curvam as vontades existentes de poderosos, quando apenas deveriam prestar continência e devoção a Constituição de seu país.

Não por outro motivo o legislador constituinte sabiamente optou por repetir de maneira expressa no 2º da Constituição Federal de 1988 os três poderes da União Federal em sua conhecida disposição: *Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

A simbologia deste artigo representa uma conquista renovada e um desafio democrático da Constituição Cidadã. Isto porque, o mesmo dispositivo estava presente na “Constituição” de 1967 (Art. 6º) e fora completamente desrespeitado pelo Executivo, que havia aumentado o seu tamanho ao usurpar as competências dos outros dois poderes.

Em que pese a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/79) ser anterior a promulgação da Carta Magna vigente, já se tinha, ao menos em teoria, como dever obrigacional do magistrado, em seu art. 35, inciso I<sup>14</sup>, cumprir e fazer cumprir a Lei com independência. Porém, devido ao contexto fático inserido, sem garantias plausíveis, era inviável acreditar que tais normas poderiam ser seguidas integralmente.

Neste mesmo sentido, algumas prerrogativas de que hoje gozam os magistrados brasileiros foram mantidas no degrau de dispositivo constitucional como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (atualmente no art. 95, I, II e III, da CF/88 respectivamente).

A ideia é que, se agora o Estado Democrático de Direito passaria a vigorar, as garantias que antes residiam no campo mais teórico, se tornariam práticas e exigíveis, assegurando a efetividade plena desta independência.

Isto combinado com as previsões também constitucionais do direito de petição e acesso à justiça e de restrição ao legislador que impede uma possível exclusão legal de apreciação do Poder Judiciário por lesão ou ameaça de lesão a direito (incisos XXXIV, “a”, e

---

14 Lei Complementar nº 35/1979 - Art. 35 - São deveres do magistrado: I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; (...).

XXXV, art. 5º, CF/88<sup>15</sup>) reflete a liberdade e independência que possibilita ao cidadão a busca e vitórias contra o próprio Estado em suas extravagâncias legislativas e executivas ou mesmo em suas omissões.

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 (LGL\1988\3) 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 (LGL\1988\3). 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 (LGL\1988\3) afirmados na decisão judicial sobre as atividades dos poderes Executivo e Legislativo (PAULA, 2019).

Essa busca do cidadão para a consagração de direitos cria uma tensão natural entre os poderes, porque a interação pode ser vista como uma intromissão indevida no escopo das atividades inerentes a cada um:

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 e LEPPER, 2015).

Outra possível consequência perigosa é o protagonismo popular do qual o judiciário inicialmente está afastado. Ao menos dois efeitos podem ser produzidos nesta situação: i) o próprio julgador, que é humano, pode se sentir compelido ou até mesmo querer atender aos anseios populares, o que poderia comprometer seus julgamentos que, ao menos a priori, devem ter apenas a questão jurídica como norte; ii) o julgador ser traído por supostas controversas e incoerências em suas decisões, causando pressões impopulares que, ainda que ilegítimas, respingam na própria instituição judiciária, afinal, uma vez que se passa a “agradar” ao público, ao percorrer o caminho inverso, a mesma força que antes apoiava pode soprar contrariamente.

Nas palavras do Prof. Nalini: “No centro desse debate está a figura do juiz, de quem cada vez mais se exige posturas superlativas, para além da condição humana que lhe é natural.” (NALINI, 2013, p. 383). A consequência técnica desta situação é o surgimento da insegurança jurídica.

---

15 Constituição Federal de 1988: Art. 5º (...)XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;



Soma-se isto ao fato que, como influência prática na vida das pessoas, o processo judicial e o posicionamento do juiz, para a população, têm um impacto muito mais relevante quando decide o caso concreto do que uma norma aberta produzida pelo Poder Legislativo (DWORKIN, 1999, p. 03).

Nesta visão, torna-se ingrata a prática da judicatura, pois sempre se terá a espada sobre a cabeça. Por isto mesmo o refúgio do bom julgador é sempre o aspecto técnico e o apego ao sistema jurídico.

Na perspectiva de que a atividade jurisdicional teve grande impulso com o ativismo judicial (e por que não dizer também em razão da Operação Lava Jato) para nela reconhecer que, mesmo dentro de uma concepção técnica, acaba por “descobrir” que o Poder Judiciário é um poder político, cuja tomada de decisão deve ater-se aos critérios meramente jurídicos, a visão institucional do processo igualmente ganha uma nova dimensão, extrapolando os estritos termos do procedimento. Isso se deve aos reflexos que a efetivação dos direitos fundamentais gera pedagogicamente à sociedade. E ao ocorrer isso, o processo cumpre com a missão da República Federativa do Brasil, como estabelecido no artigo 3º da CF (LGL\1988\3). Ao fazer isso, tem-se a aproximação do processo com a democracia. (PAULA, 2019)

Assim sendo, a cautela em processos que demandam prestações efetivas dos poderes constituídos ou que reprimam suas ações, deve ser vista com um rigor ainda maior sob pena de causarem obrigações inexecutáveis ou criarem crises institucionais.

Com efeito, não se pode negar que é papel indigesto do poder julgador fazer sim estas escolhas quando entender que atendem aos requisitos legais. Isto deve ser feito sem temor, ainda que cause uma celeuma, porque não pode o Judiciário se furtar de sua obrigação por receio de incomodar o Executivo ou Legislativo. Se assim não o fosse, a independência tão aclamada estaria comprometida:

Trata-se de uma visão moderna da função jurisdicional principalmente quando se relaciona aos direitos fundamentais. O juiz não mais assiste ou repete o dispositivo, mas o interpreta visando a eficácia prática da norma:

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).

O Judiciário sai de uma esfera de pronunciamento modesto da Lei para uma prestação mais efetiva. Para continuar cumprindo a função nos freios e contrapesos, avança em suas interpretações e decisões:

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).

Mostra-se evidente a existência de uma mudança jurídica e constitucional que todos os envolvidos ainda estão aprendendo a conviver. Em que pese o ativismo judicial não ser uma questão totalmente nova, sua forma de aplicação no direito brasileiro tem se mostrado a cada dia mais relevante e moldado situações inéditas.

## 2.2 AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO E AS DISCRICIONARIEDADES DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO

### 2.2.1 DA RELAÇÃO COM O PODER EXECUTIVO

A Constituição Federal de 1988 elencou diversas obrigações aos poderes constituídos, seus representantes e aos entes quem compõem a federação. A divisão dessas atribuições e competências pode ser vista ao longo de todo o corpo constitucional.

A principal delas, de certo, é a de cumprir e fazer cumprir a constituição, ou seja, uma obrigação implícita de efetivar todos os comandos nela contidos. Além disto, os fundamentos da república servem de base para guiar todas as ações destes.

O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática de direitos sociais, que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade humana. (SILVA, 2013, p. 122).

Surge então o imbróglio a partir da forma de cumprir os deveres elencados. Tratando especificamente de direitos fundamentais, a aplicação se dá com aplicabilidade imediata. Ocorre que, na prática, se apresenta o elemento daquilo que é possível ser feito naquele momento ou, em palavras doutrinárias, o princípio da reserva do possível:

Neste contexto de escassez, a crítica mais frequente que se faz ao controle jurisdicional de políticas públicas consiste na ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário, em virtude da ausência de eleição dos seus

integrantes. Diante desta característica não eletiva do Poder Judiciário, careceria a ele legitimidade para a tomada de decisões que envolveriam escolhas trágicas entre diferentes alternativas. (ARELLANO, 2017).

Se for levado em conta, por exemplo, o aspecto econômico para efetividade de direitos fundamentais, há de se ressaltar que todos têm um custo real e que não raras são às vezes em que se terá que fazer uma escolha, já que o orçamento é único (VALLE, 2009, p. 154, *apud* MACEDO e RODRIGUES, 2017). Seria o Judiciário poder adequado para interferir nesta decisão, já que não goza de mandato popular?

Por outro prisma, pode-se argumentar que não se tem mais espaço para pensar em poderes isolados e meramente harmônicos. Esta harmonia traduz um respeito e convivência institucional, mas não significa a ausência de situações de zonas mistas.

Esta visão doutrinária nomeia como colaboração de poderes está nova relação entre eles (SILVA, 2013, p. 111). Os embates existentes se mostram inerentes ao Estado Democrático de Direito:

Nascem, nesse contexto, as inevitáveis parcerias entre as funções de poder Legislativo, Judiciário e Executivo. O conceito de inevitáveis, nesse sentido, não significa, entretanto, livres de tensões e conflitos, pois o Estado de direitos fundamentais, fundado na ideia de democracia de antíteses, pressupõe sempre as interações, sejam elas cooperativas ou conflitivas. (PETER, 2015).

Há ainda a ideia de que não há uma exclusividade entre os poderes em suas funções, mas preponderância, porque todos terminam por exercer suas funções típicas e atípicas (CARVALHO FILHO, 2019, p. 77).

O próprio Poder Executivo pode rever e até mesmo anular seus atos baseados, se verificar que violam leis ou a própria constituição, exercendo uma espécie de controle próprio e autotutela<sup>16</sup>, mas que não se confunde com o controle de judicial de legalidade e constitucionalidade (DELPUPO, 2015).

Neste contexto é preciso ainda aplicar a ideia de legalidade estatal para seus atos e optes. A escolha do administrador público está atrelada a previsibilidade formal no ordenamento jurídico. Como não é possível que a legislação elenque todas as situações decisórias, surge então à liberdade discricionária executiva. Contudo, até mesmo esta escolha está restrita as possibilidades legais.

---

16. Neste sentido, Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: *Com isso, verificamos que a Constituição Federal concede a Administração Pública a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade difuso e o preventivo abstrato, sendo também admissível à administração realizar a interpretação conforme a Constituição, que não se confunde com o controle de constitucionalidade.*

A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos.

Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 139).

Não seria possível um controle pelo Poder Judiciário dos critérios de conveniência e oportunidade dos atos vinculados, já que inexitem tais elementos, pois estes obedecem estritamente comando legal. Neste caso do ato vinculado, o controle judicial recairia diretamente sobre o dispositivo vigente ou entre a adequação do ato praticado e a legislação que o permitiu (CARVALHO FILHO, 2019, p. 141).

A discricionariedade do Poder Executivo para decidir e atuar em políticas públicas, é matéria que se submete ao escrutínio público. Tal escrutínio não deve ser confundido com aquele da atuação do Poder Judiciário, que tem o poder-dever de examinar a legalidade do ato e a sua eficácia quando este tratar de direitos fundamentais.

(...) de nada adianta um Poder Judiciário que não seja capaz de conferir eficácia aos direitos fundamentais e, vice-versa, de nada adianta um elenco de direitos fundamentais se o Poder Judiciário não é capaz de garanti-los, de implementá-los. (CAMPILONGO, 2011, p. 87).

Os critérios do mérito administrativo, escolhidos por conveniência e oportunidade, são liberdades políticas do Administrador. Assim sendo, forças políticas sociais contrárias à determinada ação podem reagir sem que esta contenda recaia no aspecto jurídico.

Por isto mesmo é vedado ao controle judicial analisar os critérios de conveniência e oportunidade para questões discricionárias, não por sua inexistência, mas pela impossibilidade de substituição do administrador:

O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 142).

Entretanto, não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade, visto que primeira comporta a margem de liberdade conferida ao administrador público dentro de

previsões legais existentes, ao passo que a segunda é necessariamente contrária ao direito (CUNHA, 2000).

A delimitação desta atuação judicial em posição de controle, consideradas as possibilidades modernas de interpretação, mostra-se um tanto quanto problemática, pois nasce com um poderio gigantesco.

Dentro do Estado Democrático de Direito, no qual o Poder Judiciário tem prerrogativa de errar por último, quando as divergências entre os poderes estão em evidência, toda a sociedade se posta a debater sobre a forma que os juízes, principalmente os constitucionais, decidem. Afinal eles descobrem ou inventam o direito que pronunciam? (DWORKIN, 1999, p. 04).

Transferindo o raciocínio para situação de omissão do Poder Executivo ao não executar políticas públicas de direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, o cenário não muda.

É jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e tem como base julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que ao tratar das funções institucionais do Poder Judiciário assim asseverou:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (STF; ADPF nº 45, Rel. CELSO DE MELLO, Data do Julgamento:29.04.2004; Data da Publicação: 04.05.2004).

Legitimado a determinar a implementação de políticas públicas previstas tacitamente, esbarra o Judiciário em forte argumento favorável ao Executivo: como realizar?

A forma de operação continuará sob a batuta da Administração Pública quando não houver maneira expressa prevista em Lei. Desta feita o que determina de verdade o Poder Judiciário é que o resultado seja atingido, o que nos leva a um ciclo vicioso e repetitivo sobre o debate daquilo do que se é possível atingir.

Há quem vislumbre isto, controle, como ruim para democracia, uma ofensa ao sistema tripartido de poder. Senão completamente, há alguma razão nesta visão.

Uma interferência excessiva, não necessariamente guiada por quantidade, mas pelo alcance de determinada decisão, pode sim configurar ingerência no poder que, essencialmente, emana do povo.

### 2.2.2 DA RELAÇÃO COM O PODER LEGISLATIVO

O Poder Legislativo Brasileiro, em esfera federal, tem sua regulamentação a partir do art. 44 da CF/88, sendo divididos entre Câmara dos Deputados, representantes da população, e do Senado Federal, que representa os Estados e o Distrito Federal (art. 45 e art. 46, CF88).

Esta representação tem como função garantir a essência do poder do povo e equilibrar a balança entre os Estados Federados. O desígnio deste poder é essencialmente construir as bases e limites em que os outros dois poderes atuarão.

As questões vinculadas ou discricionárias do Poder Executivo são aqui demarcadas. O Poder Judiciário, ao menos em regra, só pode julgar a partir do arcabouço que lhe é fornecido pelo processo legislativo, inclusive o fornecido pelo constituinte originário e derivado:

A independência do juiz, primeiro, é uma garantia do próprio Estado de Direito, pelo qual se atribuiu ao Poder Judiciário a função de dizer o direito, direito este que será fixado por normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo, com inserção, ao longo dos anos, de valores sociais e humanos, incorporados ao direito pela noção de princípios jurídicos. (SOUTO MAIOR e FAVA, 2006).

Sendo assim, a consagração do princípio da legalidade pública se faz presente como bastião de resistência do qual os poderes não podem ultrapassar, inclusive o próprio Legislativo. Cumpre lembrar o entendimento amplo do conceito de legalidade e que a Constituição Federal é considerada a “Lei Maior”, sendo abarcada por esta ideia.

Logo, é neste Poder que estão concentradas as necessidades e demandas da população. Esta é a arena que devem (ou ao menos deveriam) ser tratadas as temáticas de relevância nacional, tais como a existência e formalidade de direitos e garantias fundamentais.

Contudo, as criações legislativas podem sofrer reprimenda tanto do Executivo quanto do Judiciário, através do veto ou do controle judicial de constitucionalidade/legalidade respectivamente.

Tratando da hipótese existente para o Poder Judiciário, o controle se exerce, em regra, tendo como parâmetro a Constituição Federal. Isto porque a *inovatio legis* é matéria típica da

função legislativa, podendo alterar legislações existentes desde que busquem validade na Carta da República e não o façam desrespeitando as leis já válidas e eficazes:

Caso o sejam, o ativismo leva, em última análise, à interferência irregular e nociva do Poder Judiciário nas demais esferas do Estado. Repitamos: a Constituição de 1988 previu para o Poder Judiciário, e para os demais poderes, funções atípicas, cujo exercício é permitido, desde que permaneça restrito aos parâmetros desenhados pela engenharia constitucional. (ABBOUD e MENDES, 2019)

Desta feita, atua o judiciário como legislador negativo ao exercer este controle judicial que, igualmente como acontece ao versar sobre a Administração Pública, deve se ater a um controle estritamente do critério técnico jurídico, isto é, das áreas vinculadas e não das áreas políticas.

Neste sentido, pode-se afirmar ainda que a não deliberação ou não aprovação de determinado projeto em lei formal, também é matéria própria à função típica do Legislativo. Ora, faz parte deste processo os debates, o contraditório e a submissão do assunto aos pares para que determinado tópico recue ou avance no sentido de se tornar Lei.

A possibilidade de correntes políticas exercerem suas forças para impedir ou progredir seus interesses está dentro do jogo democrático em que vivemos:

Por fim, a representação política só faz sentido quando o vértice do sistema político é composto pelo duas governo/oposição (...) Quando as decisões as decisões políticas não se expõem aos riscos do dissenso, à instabilidade, à constante abertura de novas decisões, o sistema político não é suficientemente complexo. Sem um alto nível de complexidade – ou seja, sem excesso de possibilidades de escolha – não há representação nem democracia. (CAMPILONGO, 2011, p. 63).

Porém, uma problemática se estabelece. E quando tratarmos de matérias inerentes a direitos e garantias fundamentais? É facultado ao Legislativo a sua não regulamentação ou proteção? Quando o processo de construção de uma lei que poderia aumentar o alcance de direitos e garantias fundamentais não avança, estamos diante de uma legítima manobra política? De outro modo, pode o Poder Judiciário obrigar o Poder Legislativo a criar determinada lei?

Assim é que, no contexto social de incertezas, inseguranças e indeterminações, o Poder Judiciário acaba sendo conclamado a intervir, com a finalidade de assegurar e solucionar pretensões de justiça, reivindicadas pelos indivíduos, as quais decorrem da omissão dos demais poderes constituídos, que não conseguem concretizar direitos, já garantidos na esfera jurídica. Os exemplos são muitos, abrangendo desde o não fornecimento de medicamentos adequados à garantia do mínimo vital à condição do ser humano - os quais devem ser garantidos pelo Poder Executivo -, até o desinteresse ou omissão - em tese, conveniente ao Legislativo -, no

enfrentamento de temas relevantes sobre as minorias, como é o caso do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 132/RJ. (...) Logo, matéria relevante para a sociedade, anteriormente não legislada pelo devido Poder, é submetida, por meio de caso concreto, à apreciação e julgamento do Poder Judiciário, que a decide, cumprindo a sua função primordial de concretização - e não de denegação - da Justiça, em face da omissão legislativa. (...) E o que se faz na omissão dos Poderes Executivo e Legislativo? Deve o Judiciário agir, já que o contrário implicaria a negação da pretensão de Justiça - postulado do sistema jurídico. (...) Não cabe ao Judiciário manter a neutralidade no caso de omissão ou ato ilegal dos poderes Legislativo ou Executivo, sob pena de contrariar o postulado da Justiça e de negar sua principal tarefa no Estado Democrático de Direito. (VILLAS BOAS e FERNANDES, 2016).

A Constituição trouxe, além dos limites estatais, objetivos e fundamentos que devem ser buscados constantemente pelo Estado brasileiro. Não parece ter este a possibilidade de se furtrar de garantir a dignidade da pessoa humana, por exemplo. A questão mais uma vez atravessa a difícil tarefa da forma.

O debate, inclusive, não se restringe ao âmbito nacional. A afetação que as decisões judiciais causam à população ao simplesmente exercerem suas funções corriqueiras em análises técnicas-jurídicas de determinado posicionamento, ato ou comportamento do Estado, seja pelo Legislativo ou Executivo, trazendo transformações e revoluções ao modo de vida existente em qualquer país que tenha como norte o Estado de Direito:

Na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, entre outros países, as decisões judiciais também afetam muitas outras pessoas, pois a lei frequentemente se torna aquilo que o juiz afirma. Essa corte tem o poder de revogar até mesmo as decisões do governo, se acreditar que elas são contrárias a Constituição, tendo, portanto, a última palavra na questão de se e como os estados pode executar assassinos, proibir abortos ou exigir preces nas escolas públicas, ou se o Congresso pode ou não convocar soldados para lutar numa guerra ou forçar um presidente a tornar público os segredos de seu gabinete. Quando a Corte decidiu em, 1954, que nenhum Estado tinha o direito de segregar escolas públicas por raça, levou o país à mais profunda revolução social já deflagrada por qualquer outra instituição política (DWORKIN, 1999, p. 04).

Pelos exemplos trazidos, a função política típica do Legislativo em criar leis a sua livre escolha, desde que respeitadas à finalidade pública, pode ser mitigada com a obrigação do Estado em regulamentar determinada matéria, ainda mais as que versem sobre direitos e garantias fundamentais.

Quando não o faz, o Supremo Tribunal Federal, representante máximo do Judiciário nacional, pode ser convidado a intervir e aplicar uma nova visão constitucional para a situação. Foi o que ocorreu no caso Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132:



Mas, indago: e se o STF, via interpretação conforme (ou nulidade parcial sem redução de texto), fizer exatamente o contrário do que propunha o Legislativo? Por exemplo, o Congresso nunca quis falar da regulamentação das uniões homoafetivas (atenção: não quero reiniciar a discussão do mérito dessa ação). Trata-se de um assunto que o Congresso, ao decidir não regulamentar, na prática o STF “regulamentou” de forma negativa. E o que fez o Judiciário, na ADPF 132? Fez interpretação conforme para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando procedência da ação, atribuindo, inclusive, efeito vinculante. Ou seja, nem tudo o que parece, é. (STRECK, 2013)

Nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, diante da inércia do Legislativo em reconhecer novos formatos de união estável de pessoas do mesmo sexo e, portanto, novos arranjos familiares (realidade que já se impunha na prática) o STF não declarou inconstitucional o artigo 1.723 do Código Civil<sup>17</sup> em si, mas afastou toda e qualquer interpretação deste artigo que sirva como impedimento para o reconhecimento de união pública, contínua e duradoura de pessoas do mesmo sexo como família (ADPF nº 132/2011).

Seria este um caso de ativismo judicial? Afinal, em que pese o judiciário estar atuando sobre legislação já existente, estaria criando regras expansivas de direitos fundamentais não previstos originalmente na norma. Independente da resposta se é ou não um ativismo em si, se nos orientarmos pelo raciocínio de CAPELLETI, citando BARWICK, agiu certo a Justiça brasileira:

Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciário do direito legislativo está insito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda “a melhor arte da redação das leis”, e mesmo o uso das mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciário. (...) Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu "texto", ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre - porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas. (CAPELLETI, 1993, p. 20-22)

Porém, o conteúdo que conterà a lei e as maneiras que esta estabelecerá de se atingir as garantias e os direitos devem ser preservadas a escolha da casa legislativa.

---

17 Lei 10.406/02 (Código Civil): Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Apenas se parece oponível a esta situação o resultado prático de ineficiência ou não concretização de um direito constitucionalmente consolidado. Em outras palavras, por este raciocínio, a atuação do Poder Judiciário de forma ativa estaria permitida quando a realidade social prática se mostrar em consonância com o direcionamento dado pela Constituição Federal, quando vista de maneira ampla, mas em descompasso com as atuações legislativas.

Nesta oportunidade, poderia então agir para inclusive expandir a interpretação de uma lei que tenha tímido conteúdo como visto no exemplo trazido. A ressalva aqui fica mais uma vez quanto aos limites e forma desta atuação devida condição abstrata da possibilidade.

## 2.3 JUDICIAL LAW/JUDICIAL REVIEW

### 2.3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES DO CONTROLE JUDICIAL, ATIVISMO JUDICIAL E OS ENSINAMENTOS DE *MARBURY v. MADISON*

É importante iniciar frisando que apesar dos termos muitas vezes se confundirem e se apresentarem iguais em celeumas jurídicas, o controle judicial e o ativismo nem sempre podem ser colocados no mesmo cesto.

O primeiro trata da possibilidade de revisão dos atos do Legislativo e Executivo pelo Judiciário. Ao fazer esta revisão (*judicial review*), este controle pode vir a praticar o segundo termo, o ativismo em si, principalmente se criar regras ou obrigações que inicialmente não se mostravam presentes na relação jurídica ou se restringir a atuação do outro poder.

De nossa parte, consideramos a atuação contramajoritária, a afirmação de direitos fundamentais contra maiorias democráticas, exercidas por meio da *judicial review*, serem essenciais em uma democracia tão frágil como a brasileira. Adiante-se, desde já, que exercer ou não controle de constitucionalidade não é, por si só, um ato caracterizador do ativismo judicial, já que nossa própria Constituição o prevê de maneira expressa e a legislação infraconstitucional regulamenta suas minúcias. Nessa perspectiva, não podemos confundir o ativismo judicial com algumas posturas judiciais que, no século XXI, sob a égide da Constituição de 1988, são perfeitamente legítimas. Destacamos: i) o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário, quando eles se mostrarem contrários, formal e/ou materialmente, ao texto constitucional e às leis; ii) a atuação contramajoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil e iii) atuação normativa do STF na correção da ação da omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, e.g., mandado de injunção (ABBOUD e MENDES, 2019).

Em outras palavras, por vezes representam a mesma coisa e podem ser confundidos, mas a diferença entre eles está fincada no debate sobre a legitimidade. O reconhecimento do

controle judicial como legítimo já é tema pacificado. O ativismo, a depender da visão que se adote, pode ser ou não ser.

Há quem destaque o ativismo como “bom” ou “mau” através das consequências que ele traz, como, por exemplo, quando “bom”, a ampliação de direitos e garantias fundamentais e a concretização da Constituição, sendo um dever e não algo opcional (MANILI, 2008, p. 1147-1153 *apud* ABBOUD e MENDES, 2019).

O problema de se estabelecer esta visão é que, diante da dificuldade de encontrar os limites da atuação judicial quando permitido o ativismo, os conceitos de “bom” ou “ruim” podem passar a ser meramente políticos:

Os autores norte-americanos, em geral, consideram bom o ativismo quando as posições políticas dos julgadores são coincidentes com os seus interesses morais ou políticos; e mal quando verificam o oposto. Ou seja, a questão judicial se transforma em mera disputa política ou ideológica. É o velho risco da política colonizando todo o discurso jurídico. Nessa colonização, o fundamento último do direito deixa de ser a Constituição e passa a ser decisão política. O conflito judicial torna-se, assim, do ponto de vista ontológico, um embate de ideologias ou visões de mundo. Diferenciar bom ou mau ativismo, seja de um ponto de vista progressista ou conservador, consiste em cultivar uma visão equivocada acerca do tema, que nada tem a esclarecer (ABBOUD e MENDES, 2019).

Como os efeitos do ativismo nem sempre podem ser medidos em positivos e negativos, já que essas concepções variam de acordo com os atingidos por suas consequências, mostra-se caminho mais seguro a opinião dos professores, já que a mera classificação ou divisão do ativismo em algo bom ou algo ruim, em simples rotulagem, não parece trazer qualquer benefício ao debate.

Quanto à origem do termo ativismo decorre do exercício do controle, mas não tem sequer uma delimitação segura. Atribui-se a nomenclatura a um artigo escrito por Arthur Schlesinger em 1947 sobre um embate entre o presidente americano, à época, Franklin Roosevelt e a Suprema Corte americana e não teria relação direta com métodos hermenêuticos e interpretativos, mas com problemas políticos e legislativos submetidos ao Poder Judiciário americano (MADEIRA e AMORIM, 2013).

Na oportunidade, o presidente americano buscava a aprovação de um plano econômico que tinha sua constitucionalidade questionada na maior corte do país. Em retaliação ao embate jurídico e como forma de pressão, enviou ao congresso um projeto de lei para nomear novos juízes para a suprema corte que estivessem alinhados a sua posição política, o que diminuiria os poderes dos juízes da época. A atuação de alguns componentes do tribunal que

findou por declarar constitucional o plano econômico fora classificada de ativista (MADEIRA e AMORIM, 2013).

Passando para análise do controle judicial na forma como o conhecemos, seu ponto de partida, ao menos em tese e na separação que estamos nos propondo a fazer, seria muito anterior ao do ativismo. O famoso julgado da Suprema Corte Americana ocorrido em 1803, *Marbury v. Madison*, é considerado o marco do controle judicial moderno que tem como baliza validadora a constituição do país.

Em que pese este ser reconhecido como o caso emblemático que delimita o antes e depois do *judicial review*, ou, em livre tradução, da revisão judicial dos atos praticados pelos outros poderes, há de se destacar que tal decisão não surge de um deserto de ideias.

Decisões de Supremas Cortes Estaduais Americanas como a Suprema Corte de Nova Jérsei, em 1780, que declarou inconstitucional um júri reduzido de seis pessoas quando havia previsão do *commow law* de doze jurados, afrontando a Seção XXII da Constituição do Estado de Nova Jérsei, julgamento conhecido como *Holmes v. Walton*. Nesta oportunidade a lei local legalizou a possibilidade de qualquer pessoa confiscar bens de antigos inimigos ingleses. Walton teria então exercido este confisco em detrimento Holmes que ao levar o caso à justiça se viu derrotado pelo número reduzido de jurados, o que seria contrário a própria Constituição Estadual. Recorreu então à corte máxima daquele estado e venceu pela inconstitucionalidade da lei que previu o julgamento reduzido (CONTINENTINO, 2016).

Outra decisão em sentido parecido foi exaurida pela *Superior Court of Judicature of Rhode Island* e versou sobre a impossibilidade exclusão de julgamento pelo tribunal do júri por lei estadual, uma vez que está é subordinada a Constituição e que esta garantia o direito de julgamento pela população (CONTINENTINO, 2016).

Nos dois precedentes temos o confronto do direito fundamental de ser julgado por um júri nos moldes determinados pelo sistema constitucional, seja estadual ou federal, contra legislações infraconstitucionais que abrandariam este direito.

A intervenção judicial para rever, nos casos concretos, a constitucionalidade de legítimos atos legislativos que até este momento se mostravam livres de ingerências forasteiras de seu ambiente natural, é o instrumento que provém o rearranjo nas relações entre os poderes. Tendência inicialmente nos Estados Unidos e posteriormente em todo o mundo. Mostra-se inegável a relação, já neste início, deste eterno conflito e, simultaneamente, simbiose, entre a atuação ativa do judiciário e o seu papel de controle para garantir a constitucionalidade.

O ativismo judicial é, portanto, parte de um problema do controle de constitucionalidade e do próprio constitucionalismo que valoraria o controle judicial em prejuízo dos poderes democraticamente eleitos (TUSHNET, 2013 *apud* ABBOUD e MENDES, 2019).

Ao tratarmos do controle de constitucionalidade, vale a pena trazer como critério comparativo a posição de outra emblemática corte de justiça: o Tribunal Constitucional Federal Alemão:

Em primeiro lugar, há de se ressaltar que, ao contrário do que ocorre na tradição brasileira, o sistema de controle de constitucionalidade é concentrado, ou seja, é da competência exclusiva do TCF realizar o controle vinculante, ainda que este seja ensejado por um caso particular ou concreto (controle concreto). Isso significa que o juiz do feito não poderá ignorar ou denegar aplicação à norma ainda não declarada inconstitucional por entender que uma tal norma fere a Constituição, como ainda ocorre no direito brasileiro, onde se adotou o assim denominado “sistema difuso”. Abaixo se verá que, na Alemanha, todo juiz tem o dever de verificar a inconstitucionalidade da norma que decide o caso, independentemente de provocação da parte processual interessada, mas não lhe pode negar a aplicabilidade quando ainda não declarada inconstitucional pelo tribunal que tem a competência exclusiva para tanto, o TCF. (MARTINS, 2005 *in* SCHWABE, 2005, p. 36)

É possível ver como culturalmente foi estabelecido um controle mais tímido e distinto que o modelo brasileiro, já que apenas o controle concentrado fora admitido naquele país.

Voltando especificamente ao caso *Marbury versus Madison*, este se mostra significativo não só pela influência técnica que exerce, mas pelo cenário existente à época. Trata-se da relação inerente entre o jurídico e o político. A Suprema Corte Americana, ao dar a sua decisão final, reorganizou o posicionamento de cada poder dentro da república.

O imbróglio surge sob a perspectiva da disputa do Executivo e Legislativo pelos federalistas e republicanos. Em 1801, o então presidente John Adams, federalista, perdeu a eleição para Thomas Jefferson, republicano, que também passaria a ter maioria do congresso americano. Visando garantir o mínimo de poder e influência de seu partido, após manobra legislativa que ficou conhecida como *Judiciary Act of 1801*, Adams nomeou diversos aliados para exercer cargos no Poder Judiciário, entre eles o seu Secretário de Estado, John Marshall, que foi nomeado para *Chief Justice of Supreme Court*, equivalente ao cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal aqui no Brasil. Esta sequência de nomeações no apagar das luzes, recebeu o nome de *midnight nominess*. Jefferson, após assumir, nomeou James Madison para Secretário de Estado e este, por sua vez, negou a entrega dos diplomas já expedidos de juízes federais e juízes de paz para aqueles que, por problemas burocráticos devido à pressa das

nomeações, não os haviam recebidos. Entre estes que tiveram o diploma expedido, mas não chegaram a pegar, estava William Marbury. Inconformado, ingressou com *writ of mandamus* diretamente na *Supreme Court*. O remédio jurídico utilizado tinha como base legal a seção 13 do *Judiciary Act of 1789*. O relator do caso foi justamente John Marshall, que havia sido nomeado por Adams. Dado o contexto em que tudo ocorreu, era possível presumir que Marshall votaria favoravelmente a Marbury, capitaneando uma vitória judicial que poderia trazer grave abalo institucional em caso de descumprimento por parte do Executivo (JOHNSON, 1994, p. 226 *apud* SEDRA, 2016).

Porém o desfecho foi outro. Marshall declarou a existência do direito de Marbury sem lhe conceder o cargo porque não seria possível a utilização direta do *writ of mandamus* direto na *Supreme Court*, fundamentando que a seção 13 do *Judiciary Act of 1789* estaria em conflito com o art. 3º da Constituição Americana, já que este último previa a atuação da principal corte do país apenas como instância recursal e não como originária. A decisão foi seguida pelos outros julgadores de forma unânime (BARBISAN, p. 91, 2008 *apud* SEDRA, 2016).

O recado dado foi o de independência da *Supreme Court* em relação aos poderes políticos e a possibilidade desta tornar sem efeito as legislações que fossem criadas pelo Congresso controlado por Jefferson se fossem consideradas contrárias à constituição.

A consequência disto é o claro aumento da influência do papel do Judiciário no jogo de *check and balances* e que a Constituição era o limite de todos os poderes constituídos.

Cabe destacar ainda que o ativismo em si não tem linha ideológica predeterminada. A efemeridade que acompanha a sociedade também pode ser vista no Poder Judiciário:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973) (BARROSO, 2008).

Diante da evidência destacada, se mostra equivocada atrelar o *judicial review* ou o ativismo judicial a um movimento político específico. Pode-se considerar que é um mecanismo judiciário, uma ferramenta, que sazonalmente, tem como efeitos colaterais resultados que atingem esferas e necessidades políticas de todos os espectros.

Para aqueles que criticam o ativismo, pouco importa a ideologia de seu julgador, pois estará afastado da sua condição precípua ao julgar imparcialmente:

Fato é que o juiz ativista pode ser o progressista ou o conservador. Para tanto, basta que ele deixe de procurar a resposta no direito e a fabrique a partir da ideologia. Fato é que o juiz ativista pode ser o progressista ou o conservador. Para tanto, basta que ele deixe de procurar a resposta no direito e a fabrique a partir da ideologia (ABBOUD e MENDES, 2019).

Essa constatação é importante para não decairmos no discurso fácil e raso da polarização política brasileira, que tem utilizado o Poder Judiciário como vilão ou herói. Além do que isto retiraria deste trabalho o viés científico a que humildemente se propõe.

## 2.3.2 ATIVISMO JUDICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.3.2.1 ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA QUESTÃO INTERPRETATIVA

Alguns pesquisadores colocam a questão do ativismo judicial como uma problemática de interpretação e hermenêutica. O argumento-resposta que embasa esta visão é poderoso e inteligente. Não serviria o controle judicial ao exercício de vontade do julgador, mas sim vontade popular expressada na Constituição Federal:

Nessa oportunidade, o mais importante argumento em favor do controle de constitucionalidade de leis pela Suprema Corte foi que tal poder não implicaria a supremacia da vontade judicial sobre a vontade legislativa, mas, sim, colocaria a vontade fundamental popular (expressada pela e na Constituição e refletida na vontade de seus autores – founders) sobre ambas. A possibilidade de *judicial review*, então, simplesmente conferiria efetividade para a vontade do povo contida na Constituição sobre uma eventual e transitória vontade popular expressada em dado momento pelo legislativo. (ABBOUD e LUNELLI, 2015).

Validada esta posição, cairia por terra, ao menos inicialmente, a tese de ilegitimidade judiciária para “criar o direito” por ausência de mandato popular. Teríamos a própria vontade do povo em suposto conflito entre si pelo decurso do tempo (ELY, 2010, p. 8, *apud* MADEIRA e AMORIM, 2013).

O que se encontra em debate é a própria definição de democracia e sua evolução na sociedade brasileira. Garantir a possibilidade do Poder Judiciário se manifestar com esta

interpretação contemporânea, isto é, com maior grau de liberdade, seria em verdade, garantir a própria democracia em seu formato atual:

O primeiro significado de democracia se relaciona diretamente aos Poderes Executivo e Legislativo posto que seus agentes são legitimados pelo sufrágio, diferentemente dos demais porque também se estendem ao Poder Judiciário e à atividade jurisdicional. Ademais, o conceito e o propósito da democracia não são estanques; ao contrário, são dinâmicos porque são produtos de um dado momento cultural da sociedade. Isso pode ser facilmente explicado com a recente democratização do Brasil. Essas mudanças são identificadas no Brasil desde a sua redemocratização na década de 1980, embora se possa afirmar que, com o regime militar de 1964-1985, também uma ruptura com um regime democrático da época, se restringiu ainda mais com os atos institucionais subsequentes. Mas, a partir da lei da anistia (1979) e o processo de abertura, que culminou na Nova República instaurada a partir de 1985, iniciou-se um trabalho de remoção do entulho autoritário do período de exceção. O marco legal, e base desse crescimento democrático, foi e é a Constituição Federal (LGL\1988\3) promulgada em 1988. (...) Poder-se-ia falar de outras normas infraconstitucionais que igualmente protegem a democracia, que por questão de brevidade acredita-se ser dispensável. De todo modo, a democracia vem se apresentando como estrutura ou como regime de administração (em sentido amplo) e, ao atingir esse nível de establishment, é preciso resguardá-la, a fim de evitar qualquer retrocesso. Por isso, a democracia surge como um bem jurídico apto a proteção jurisdicional em virtude da evolução cultural de um dado momento de uma sociedade (PAULA, 2019).

Poderia esta tal liberdade ser confundida com criatividade? Para Capelleti (1993) sim e isto não seria uma afronta ou usurpação do Poder Legislativo para criação de leis, afinal: “(...) toda a interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.” (CAPELLETI, 1993, p. 42).

Tal qual o Poder Executivo, esta discricionariedade judicial teria que estar atrelada aos limites legais e constitucionais preestabelecidos (DELPUPPO, 2015).

Na verdade teria sido a própria lei, por ser vaga, possuir elementos imprecisos do direito ou demasiadamente amplos, a responsável por esta concessão de escolha (CAPELLETI, 1993 p. 42). Este conceito aberto pode ser visto como deixado de forma intencional ou não intencional.

Na primeira hipótese, intencional, teríamos então o legislador conferindo a margem propositalmente ao julgador. As justificativas podem ser várias. Uma possibilidade seria que uma legislação mais conceitual e menos restritiva conferiria uma flexibilidade à norma para abarcar um maior número de situações e com consequências melhores aplicadas ao caso concreto.



Na segunda hipótese, não intencional, o judiciário também estaria “coberto” porque a margem foi conferida por um erro ou equívoco no processo legislativo. Seria seu papel fazer a adaptação necessária para trazer então eficácia à norma. Neste 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 e FERNANDES, 2016).

É sabido que a legislação brasileira conferiu algumas ferramentas para viabilizar o ofício de interpretação e a aplicação das normas em situações em que o dispositivo abstrato e impessoal vigente não se amolde perfeitamente ao caso examinado.

Os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942, estabelecem, respectivamente, os mecanismos de integração em que o julgador resolverá o caso em situação de omissão legislativa e, na aplicação da lei, deverá ser observada a finalidade social a que ela se dirige, incluídas ainda as exigências do bem comum.

Olhando para estas regras, surge a perspectiva de que a dita criatividade do juiz estaria limitada a ausência de previsão legal. Não é a linha outrora mencionada, que, repisa-se, afirma que a arte de interpretar esta intrinsecamente ligada ao mínimo de criatividade já fornecido pelo arcabouço jurídico. A subjetividade que se faz presente ao caso, deve ser pautada por limites:

Se a decisão judicial é fruto de uma construção que incorpora enorme quantidade de subjetivismo, o desafio epistemológico deve passar a incorporar essa dimensão como foco de preocupação teórica. Seja para compreendê-la, seja para formular ideias capazes de superar os seus limites. (CHALITA, 2018, p. 12).

Em mesmo raciocínio, o próprio professor Capelleti faz sua ressalva. Deixa claro que apesar do juiz ter a liberdade de atuar e ser sim criador do direito, esta não se confunde com o arbítrio e por isto não está completamente livre dos vínculos ressaltados (CAPPELETI, 1993, p. 24).

O ativismo judicial seria então “uma questão relativa aos limites de interpretação da Constituição” (BANDOW, 2012, p. 144-145 *apud* ABBOUD e MENDES, 2019).

Posto isto, é preciso indagar: quem controla este controle? O próprio juiz é julgador de si mesmo? A resposta de que o próprio sistema de revisão judicial e debates plenários seriam

o freio preciso para conter qualquer avanço ilegal ou inconstitucional da atuação do Poder Judiciário não convence a todos:

O ativismo judicial é um cheque em branco dado ao Poder Judiciário diante das omissões do Poder Legislativo e Executivo. Ao invés de pugnarmos por uma atuação efetiva das demais esferas, autorizamos o judiciário a solucionar questões não previstas em lei, a aplicar livremente analogias, tudo em busca da malfadada e inexistente "verdade real". Ficamos ainda mais expostos ao entendimento do juiz no caso concreto, muitas vezes arbitrário, que interpreta a lei violando-a, ou criando regras diante de sua omissão (BAQUEIRO, 2016).

A indagação posta deve receber especial atenção. A interpretação de princípios subjugando regras impostas pelo legislativo é classificada como uma das formas de ativismos recorrentes. A Constituição e as Leis passariam a ser, não mais aquilo que está escrito, mas o que o Supremo - e o Poder Judiciário como um todo - diz que eles são, consolidando uma espécie de supremacia judicial (GODOY, 2019).

Se fizermos uma análise mais detalhada sobre isto, chegaríamos à conclusão que estaria equivocada esta forma de interpretação? Quem tem a melhor solução jurídica: a regra, advinda de Lei e, por isso, oriunda da vontade popular que prevê a situação concreta ou o princípio inserido no ordenamento de forma abrangente justamente para que o Poder Judiciário o escolha quando for oportuno? A distinção entre regras e princípios é essencial para aplicação efetiva dos direitos fundamentais pela justiça:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fálicas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fálica e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 1986, p. 90).

Porém, para alguns, apesar da possibilidade de distinguir, não é possível cravar que uma opção é mais adequada que a outra, pois há a possibilidade de mais de uma resposta correta as situações submetidas a escrutínio judicial:

Em outras palavras, não é possível dizer que a utilização das regras proporcionará, sempre, em uma única resposta correta, e que os princípios, de maneira subsidiária, acarretarão uma resposta mais próxima da correta, pois, mesmo com a positividade normativa por parte dos legisladores (o que já acarreta na obrigatoriedade do cumprimento das normas) ainda há a

atuação dos magistrados para ampliar o alcance das normas ou excluir determinadas situações sociais anteriormente selecionadas pelo Poder Legislativo, demonstrando a possibilidade de existência de múltiplas fundamentações para o mesmo resultado na decisão (MARGRAF, 2016).

É verdade que a conclusão tenta equilibrar os polos. Não à toa o equilíbrio é símbolo da justiça e os juízes, como seus representantes físicos, devem ter este viés como norte.

A arte de interpretar e aplicar a lei se mostra novamente tarefa árdua já que não é conferido ao julgador, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, a opção de não resolver a demanda.

Nesta linha, o ativismo judicial se tornaria algo natural ao ato de decidir. Estaríamos tratando de um aspecto que está intrinsicamente ligado ao ato de existir do julgamento. Portanto, seu cerceamento seria visto como uma forma de agressão à independência conquistada pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, seu impedimento seria novamente subjugar este poder a vontade dos outros dois.

### 2.3.2.2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO RESPOSTA SOCIAL

Ainda neste contexto, temos que o diálogo deve ser estabelecido também sob mais duas óticas, e quando a margem, apesar de não existir, é pressuposta pelo Poder Judiciário, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal e opera criação não autorizada, a quem recorrer? Ou existindo o espaço interpretativo, o juiz opte pela tendência subjetiva do direito mais próximo de si do que do caso analisado?

Dentro desta teia, ganha relevância as preocupações exauridas pelos juristas que não incentivam o ativismo:

Essa postura rompe com a noção de *rule of law*, na medida em que, a partir disso, em suas manifestações, o juiz sempre exercerá sua discricionariedade, “selecionando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das suas preferências subjetivas”. (CASALINI, p. 284, 2006, *apud* STRECK, TASSIRANI, LEPPER, 2015).

Ora, não poderia por senso de justiça própria o juízo decidir com a conveniência subjetiva de suas crenças, ainda que encontre uma justificativa técnica para embasá-las posteriormente (ABBOUD e LUNELLI, 2015).

Isto afetaria um dos princípios mais caros a magistratura e pelo qual tanto se lutou: a imparcialidade. A explicação é que a prestação jurisdicional passaria a ser uma “sorte”, pois a base não mais seria o direito, mas sim a visão pessoal e ideológica daquele que julga. Por

óbvio, isto é péssimo para o jurisdicionado, mas para o sistema judicial é muito pior, já que isso remeteria a falência do sistema judiciário como o conhecemos. Neste sentido:

Eles enfatizam que isso é tão obrigatório para eles quanto para os litigantes. Se um juiz deixa a lei e toma suas próprias decisões, mesmo que substanciais sejam justas, ele perde a proteção da lei e sacrifica a aparência de imparcialidade que é dada pela adesão à lei. (DEVLIN, p. 04, 1976, tradução nossa)<sup>18</sup>.

É preciso o afastamento da matéria e, preservando a humanidade, encontrar a melhor solução desprovida de questões pessoais. Isto nos faz retornar ao início e nos indagar qual é a função do juiz? Na essência, nos parece pertinente a seguinte definição: “a aplicação desinteressada de lei conhecida” (JAFFE, p. 13, 1969 *apud* DEVLIN, p. 02, 1976)<sup>19</sup>.

Por certo, este desinteresse não deve ser entendido como falta de empenho. O sentido está atrelado à falta de interesse no resultado processual. De certa maneira, é possível compreender que a depender da intensidade e da forma que o ativismo se apresente, o juízo passe ativamente a querer o resultado, como se parte litigante o fosse, o que comprometeria sua imparcialidade.

Já quanto a expressão “conhecida”, melhor interpretação se faz ao entendermos e adaptarmos como lei estabelecida ou situação jurídica pré-fixada, levando em conta que o contexto em que estão inserido os professores é o do *commow law*.

Fato é que a realidade brasileira impõe uma Constituição com obrigações para direitos e garantias fundamentais e o país está longe de concretizar estas diretrizes. Por isto o Judiciário é recorrentemente instado a se manifestar sobre a discrepância entre o que está positivado e o que ocorre no dia a dia.

Esta resposta social, que o Estado nacional se obrigou a prestar, pode ser exigida daqueles que compõe a estrutura. Retornando ao tópico inaugural deste capítulo, os poderes constituídos são três e devem ser cobrados igualmente. O cidadão não poderia ser prejudicado por estes conflitos de atribuições entre as instituições.

Neste raciocínio, quando Legislativo e Executivo são omissos em suas funções típicas, o Judiciário, baseando-se em regra no texto constitucional, seria o responsável por preencher esta lacuna. Seria o salvo conduto:

A proposta de uma interdependência, como se vê, não é nova. O que pode ser considerada novidadeira é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais

---

18 They emphasise that it is as binding upon them as it is upon litigants. If a judge leaves the law and makes his own decisions, even if in substance they are just, he loses the protection of the law and sacrifices the appearance of impartiality which is given by adherence to the law.

19 The disinterested application of known law.

jusfundamentais, o elemento mediador. Explico melhor: no Estado constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora (PETER, 2015).

O problema desta linha de pensamento é afastar os jurisdicionados de suas responsabilidades com a estrutura democrática. Eles são a razão da existência e influenciam diretamente o formato e comportamento do Estado ao utilizarem os mecanismos de participação popular existentes como o sufrágio universal:

(...) ousou ponderar que um perigo pouco discutido é o de se criar uma sociedade puerilizada, tutelada pelo Judiciário. Em lugar de se formar uma população para a cidadania, e para a cidadania participativa, responsável pela Democracia Participativa acenada pelo constituinte, o atual sistema produz uma coletividade impotente, incapaz de discutir, inapta a negociar para obter conciliação. Diante de qualquer desconforto, entrega a um advogado a questão e dela é excluído, vindo a saber do resultado após o calvário do percurso lento por quatro graus de jurisdição. (NALINI, 2013, p. 388).

A escolha da política pública influencia a forma de concretização e prioridades dos direitos a serem executados. O tudo, de forma abstrata, não é possível contemplar. E se submeter ao jogo político, com vitórias e derrotas, faz parte da construção da democracia.

Por outro lado, a defesa da correção do Executivo e Legislativo pelo poder julgador advoga o conceito de que “O ativismo no Brasil é da Constituição e, não, dos juízes!” (BRITTO *apud* PETER, 2015). O problema de receber como verdade absoluta este inteligente argumento é tornar o Judiciário um agente político e, assim, um poder maior que os outros.

O papel de remediador estaria conduzindo o poder julgador a dar todas as respostas demandas pela sociedade brasileira. Quando atua além das suas funções, pondo-se no lugar de salvador, que ressalvasse, pode ser legítimo, fundi o jurídico com o político:

Nesse sentido, é quase impossível separar o que é direito do que é política, há uma fusão ideológica entre os dois campos, principalmente quando se aborda aspectos relacionados aos direitos fundamentais, cujo teor, inexoravelmente, irá ter uma influência recíproca, não podendo a Jurisdição Constitucional e, em derivação, os juízes de primeira instância e todos os profissionais da área jurídica, se esquivar de enfrentar tais problemáticas, leis que o próprio objeto de estudo dos intérpretes constitucionais, qual seja, a Constituição Federal, é adjetivada de carta política (MADEIRA e AMORIM, 2013).

Talvez a complexidade do problema esteja no próprio sistema jurídico, que da forma posta atrai para si a necessidade de decidir sobre todos os aspectos relevantes da nossa sociedade.

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresentase como inexorável (STRECK, TASSIRANI e LEPPER, 2015).

É possível que a solução já tenha sido dada e a dificuldade seja justamente o discernimento decisório diário. A consciência de que o juiz não é, diretamente, um agente de transformação da realidade e sim um protetor do direito para agir, inclusive, contra a maioria (ABBOUD e MENDES, 2019).

O eterno debate entre justiça e direito está estabelecido. Contudo, é um falso embate se for visto sob a perspectiva de que, uma vez garantida bases democráticas, as leis existentes são efetivamente uma face da justiça em si. O Poder Judiciário apenas é um garantidor disto.

Assim sendo, precisamos observar se ao garantir direitos explicitamente, o ativismo não está em verdade usurpando fundamentos do sistema democrático do Estado de Direito.

Quando o Poder Judiciário exerce sua força constitucional para efetivar em caso concreto os mandamentos fundamentais positivados em abstrato, sempre terá que fazer árdua escolha e arcar com as consequências políticas, mas estará garantido porque sua atuação terá sido legítima.

O mesmo não ocorre quando tenta ocupar espaço democrático pelo simples vácuo de credibilidade deixado pelo Legislativo e Executivo. Não pode ser o Judiciário o pedal acelerador de transformações sociais, pois isto não lhe cabe. Se a transformação ocorrer por sua atuação, deve ser vista como consequência natural de proteção ao direito, não como objetivo primário. Ao seguir nesta linha, outro problema se estabelecerá: a judicialização da política.

## 2.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Chegamos então a judicialização da política em si. Diante deste cenário imposto pelo neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário passou a ser um personagem ativo no jogo de xadrez estabelecido no cenário nacional que optou pelo Estado Democrático de Direito que tem a Constituição como força central (MARGRAF e TEIXEIRA, 2017).

Com o avanço dos meios de comunicação, que massificaram a informação, cada decisão tem repercussão imediata na política, na economia e no social. Isto faz com que

Legislativo e Executivo, poderes naturalmente políticos, utilizem o Judiciário como ferramenta de suas atuações.

As batalhas judiciais, especialmente na Corte Constitucional, tornaram-se forma não apenas de concretizar direitos e garantias fundamentais ou de reconhecer ilegalidades, mas instrumentos essenciais para o processo político.

Litigar em juízo é tal qual um ato administrativo ou um projeto de Lei, hoje, tarefa inerente de qualquer ator político – e nem é necessário vencer juridicamente para consolidar o objetivo da plataforma em que se está sedimentada a ideologia ou direito. O barulho, por vezes, se mostra suficiente para o mundo externo ao do direito.

Mas afinal o que seria esta judicialização da política e qual sua diferença para o ativismo judicial? É possível considerarmos sinônimos?

Em explicação objetiva, pode ser entendida como “o controle do Poder Judiciário sobre a vontade do soberano” (VIANNA, 1999, p. 47, *apud* BICCA, 2012).

Ora, considerando que a vontade soberana é, pela Constituição Brasileira de 1988, essencialmente popular que a exerce através dos seus representantes eleitos diretamente, poderia ser entendida então como um limite à própria vontade do povo. Contudo, é preciso retornar para o apontamento de que o Judiciário é concebido para agir a partir dos instrumentos jurídicos que lhe são dados por este mesmo povo.

A judicialização da política é uma face inseparável do ativismo judicial e prejudica a democracia, na medida em que é utilizada como “recurso ao direito e aos tribunais não para o controle de constitucionalidade das leis, mas simplesmente como segunda e inadequada instância do jogo político” (CAMPILONGO, 2011, p. 63), “pervertendo a representação, em evidente prejuízo à circularidade do poder e à contingência própria do regime democrático.” (FAZIO, 2014).

O ativismo então se aproveitaria da judicialização promovida pelo formato do Estado de Direito, em essencial o brasileiro, para trazer toda a nobreza e pureza da atuação jurisdicional, em contraponto a desprestigiada classe política que compõe o Executivo e Legislativo (FAZIO, 2014).

Nem todos compartilham desta visão. Carolina Scherer Bicca defende que o ativismo judicial é um mito, sem definição objetiva e que a judicialização é medida natural que se impõe ao modelo constitucional vigente, que tendo raízes no *Welfare State*, desneutraliza politicamente o judiciário e isto é legítimo (BICCA, 2012).

Neste ponto, pode ser entendido como uma face, um sinônimo do *judicial review*. O papel do judiciário em controlar os abusos nos atos, o crescimento e as omissões dos outros dois poderes, é fruto do redesenho do estado brasileiro concebido em 1988.

Mostra-se clarividente a bifurcação doutrinária estabelecida. Porém, é possível perceber que ambas padecem de pontos criticáveis e outros elogiáveis.

A judicialização e esta desneutralização do judiciário para consagrar direitos e garantias fundamentais, ainda mais em uma constituição dirigente e com normas programáticas, pode de fato ser instrumento poderoso para sanar as omissões executivas e legislativas que a dinâmica social faz surgir.

Por outro lado, goza de lógica e encontra respaldo na realidade uma análise que aponte que a judicialização da política usurpa funções típicas dos outros poderes e por assim sendo, ser um ativismo perigoso à democracia.

Negá-lo, apontando como fantasia e por não possuir clara definição, é se distanciar na ocorrência prática e de outras visões que não só apontam a existência do ativismo, mas o defendem como algo necessário para continuidade e evolução do Judiciário.

O ativismo judicial no sentido de maior ou mais ousada criação do direito por parte dos juízes é, portanto, uma decorrência lógica do pós-positivismo, que se caracteriza pela normatização de conteúdos axiológicos por meio dos princípios, normas de textura aberta, isto é, de conteúdos não imediatamente definíveis. (JORGE NETO, 2014)

Temos então está atuação assumida do Poder Judiciário. Como então evitar que seja ele o fiel da balança de todos os assuntos políticos? A resposta pode ter sido dada pelo próprio presidente do STF à época, Ministro Dias Toffoli, em palestra realizada na Universidade Nove de Julho em SP ao afirmar para diminuir a interferência do judiciário é preciso reduzir o texto da Constituição, pois “tudo no Brasil é constitucional” (TOFFOLI, 2019).

Mostra-se arrazoado o pensamento exarado pelo Ministro. Com uma constituição analítica, que são aquelas que “examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado” (MORAES, 2018, p. 45), vários temas foram alçados ao posto de texto Constitucional, o que engessa o sistema. Se tudo é importante, nada passa a ser importante, uma vez que todos terão o mesmo nível hierárquico de relevância.

Advindo de um regime ditatorial, é possível compreender o cenário que leva a esta construção com tantas esperanças e necessidade da proteção na Lei Maior. Porém, creditar tantas expectativas assim em cima de um documento jurídico, não negando a relação entre



direito e política, mas elevando o direito como a solução transformadora da sociedade, fatalmente se incorrerá no risco de confundir os dois sistemas. (CAMPILONGO, 2011, p. 88).

A crítica não se limita a Constituição. Deve ser entendida como algo maior que atinge também as leis infraconstitucionais. Famoso pelas leis que funcionam e que são ignoradas, a excessiva regulamentação estatal brasileira tem se mostrado ineficiente. O que sugere o Ministro nas entrelinhas é uma revolução jurídica cultural para desregulamentação legal de muitos assuntos que poderiam ser resolvidos em esferas administrativas.

Porém, para princípios, direitos e garantias fundamentais, por vezes demasiadamente abertos, estes não podem ser retirados por força suas classificações pétreas. Ocorre que este é exatamente este cenário e justificativa os principais motes da judicialização e do ativismo:

Fator outro que contribui para intensificar a judicialização é a invocação de cada vez mais “princípios constitucionais”, muitas vezes até “implícitos” e de conteúdo amplamente indeterminado, revelando condenável “panprincipiologismo” e “racionalidade ad hoc” de cunho discricionário (...). (STRECK, 2011 apud FAZIO, 2014)

O controle e os limites da atuação judiciária pela política se mostram, portanto, ineficientes. Uma questão que se impõe é se não é confortável para o Legislativo e Executivo esta transferência de responsabilidade final para o Judiciário. Quem está se aproveitando de quem na verdade?

Em que pese ser uma “perda” de poder, é também uma forma de se eximir de responsabilidades e enfrentar problemas que podem ser impopulares. Deixar a decisão difícil para o poder julgador, que não precisa de popularidade para se sustentar, pode ser uma estratégia que transforma o Judiciário de personagem principal a um peão de tabuleiro, servindo de bode expiatório que desgastam a sua imagem na sociedade.

Apesar de não precisar de apoio popular para se sustentar, porque não depende de votos, não é saudável para repartição dos poderes seu vilipêndio social, pois pode servir de base para justificar uma ruptura institucional.

Fica assim evidenciado que o emaranhado jogo constitucional, político e jurídico dos poderes é muito mais complexo e delicado para a manutenção democrática do que se imagina ao ser visto em primeiro momento.

### 3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER JUDICIÁRIO: UM PAPEL ATIVO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

#### 3.1 A ORIGEM DO STF

O Supremo Tribunal Federal teve seu papel de destaque consolidado com o advento da Constituição Brasileira de 1988. Tratou-se de um marco republicano para a nossa sociedade, posto que a Carta da República não se limitou a ser apenas o símbolo máximo da democracia e do Estado de Direito, mas também de uma mudança de pensamento de um povo, que ainda que não explicitamente, tiveram plantadas as sementes do sentido lógico-jurídico dado pela pirâmide de Kelsen.

Muitos atribuem este momento ao chamado novo constitucionalismo latino-americano, que teve como mola mestra impulsionadora, as saídas de vários países de ditaduras sanguinárias. Sobre o Brasil, Luís Roberto Barroso afirma:

No Brasil, a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos recentes, supervenientes ao regime militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação de 1988. Sedimentado o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. (BARROSO, 2015, p. 110).

Então, ao consultarmos esta Carta Magna, vemos que as atribuições do Supremo começam a ser dadas no *caput* do art. 102, quando há a afirmação de que a competência precípua do STF é a guarda da constituição. Seria ele então o único e legítimo guardião da Constituição? E antes de 88, qual era sua função?

Sabemos que o surgimento do tribunal se deu através da Constituição de 1824 (com formalização apenas em 1828), precisamente no art. 163, com o nome de Supremo Tribunal de Justiça e as competências delineadas no art. 164. Neste último, formado por três incisos, é possível observar que ele era um tribunal revisor (CI/1824, art. 164, I), que julgava crimes do alto escalão do Império (CI/1824, art. 164, II) e resolvia questões de competências e jurisdição entre províncias (CI/1824, art. 164, III).

Por raciocínio óbvio, ante a ausência de previsão neste sentido nos artigos, não há indicação que a função da Corte seria proteger este diploma. Era desconhecido do Tribunal, do ponto de vista formal, o poder de defesa da Constituição por meio de revisão de constitucionalidade das Leis, que só o teria em 1891, pós-império (NEQUETE, 2000).

Este “desconhecimento” ou omissão se dá porque, na verdade, o guardião da Constituição nesta época era o Legislativo que, através da Assembleia Geral, deveria velar a guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação (CI/1824, art. 15, inciso IX).

Entretanto, à época, também existia o chamado “Poder Moderador”, exercido pelo então Imperador Dom Pedro I (CI/1824, art. 98), considerado “Defensor Perpétuo do Brasil” (CI/1824, art. 4º). Esta posição era considerada figura sagrada e inviolável (CI/1824, art. 99), com poderes praticamente ilimitados, como o de nomear Senadores, dissolver a Câmara dos Deputados, suspender magistrados e perdoar ou moderar as penas de réus condenados (CI/1824, art. 101, incisos I, V, VII e VIII).

Apresenta-se nebulosa a esfera prática da Carta Magna Imperial, uma vez que a própria previsão constitucional dava permissão de um poder sobrepujar o outro, dando arbítrio para que o Imperador usasse a força inabalável que tinha de maneira vertical, caso assim desejasse.

Explicitando, resta evidenciado que o Poder Judiciário existia de maneira proforma, pois os debates mais sensíveis ficariam a critério da vontade do Imperador, soberano nas tomadas de decisão.

### 3.2 SCHMITT *VERSUS* KELSEN E SEUS REFLEXOS NO BRASIL

Aliás, olhando do espectro atual, pode-se pensar simplório o questionamento de quem deve guardar e proteger a Constituição. Contudo, este debate foi (se ainda não o é) um dos mais emblemáticos da história e mudou os rumos da humanidade ao ser o ponto crucial da destruição da democracia da Weimar (VITA, 2017, p. 134). Foi o famoso caso da “Prússia contra o Reich”.

Nessa oportunidade, o Estado da Prússia após episódios de violência motivados por questões políticas entre nazistas e comunistas, teve seu Estado de sítio decretado pelo governo central (Reich). Assim, entendendo que os motivos que embasaram o decreto, embora apontassem para um suposto respaldo do artigo 48 da Constituição de Weimar, não encontravam eco na realidade e se davam por motivações políticas, a Prússia pediu então ao Tribunal Estatal do Reich, o reconhecimento de que a intervenção era incompatível com a Constituição vigente (VITA, 2017, p. 137-138).

Surgiu então a pergunta que estamos tanto a repetir: quem é o guardião da Constituição? Os juristas da época se dividiram na discussão que ficou conhecida como Schmitt *versus* Kelsen.

O primeiro, Carl Schmitt, defensor do Reich frente o Tribunal Constitucional Alemão, argumentava que produzir uma resolução sobre a legitimidade de um sistema era juízo sempre político e não científico. O Tribunal Constitucional não poderia proferir a decisão contrária ao decreto presidencial, ou sequer analisá-lo, porque não foi eleito diretamente pelo povo alemão e, por isso, não atenderia ao princípio democrático. Em sua visão, apenas o Presidente poderia atuar de maneira neutra e suprapartidária, porque submetido ao sufrágio. Defendia ainda que nem mesmo o controle de constitucionalidade das leis era possível ser realizado pelo tribunal constitucional, porque isto seria retirar os poderes do legislativo, que diferentemente da corte, era democraticamente eleito. Os poderes excepcionais dados ao Presidente pela Constituição, como a possibilidade de dissolução do Parlamento, eram a demonstração máxima de quem seria o verdadeiro guardião da Constituição (JUNIOR e NERY, 2009, p. 475).

Trazendo para a realidade jurídica do Brasil, parece até estranho o posicionamento de Schmitt, pois vai de encontro a toda a base do direito brasileiro. Isto porque nós adotamos a concepção do outro lado da disputa, a de Kelsen. Muito embora não fosse ele o defensor do Estado da Prússia, sua opinião sobre o caso ganhou enorme força e relevância (VITA, 2017, p. 157-158).

Diferentemente de seu antagônico, Hans Kelsen advogava que a função da Constituição era a de limitar o poder estatal, principalmente do executivo, razão pela qual não haveria pior instância para ser o guardião da Constituição do que o Presidente, afinal, ninguém pode ser juiz de causa própria. Além disto, Kelsen defendia o controle de constitucionalidade pelo tribunal. Sendo assim, esta corte, ao aplicar a constituição a um fato concreto de produção legislativa, pode anular leis inconstitucionais. Não haveria usurpação da função do legislativo porque enquanto este constrói a norma (legislador positivo), o Tribunal Constitucional pode destruí-la (legislador negativo) (JUNIOR e NERY, 2009, p. 476).

Introduziu-se no Brasil o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, sendo a fiscalização das leis competência a ser atribuída com exclusividade ao Tribunal Constitucional, designado especialmente para a defesa da Constituição (TOFOLLI, 2017).

Sobre esta disputa, os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, afirmam que, seguindo o ensinamento de Peter Haberle, a guarda da constituição é tarefa de todas as pessoas e instituições, sendo uma responsabilidade solidária a guarda da Carta da República (JUNIOR e NERY, 2009, p. 476).

No sentido social e político, assiste razão aos doutrinadores ao fazerem esta afirmação. Não é possível conceber um Parlamento ou um Executivo que, deliberadamente,

praticuem atos contrários a Constituição. Então sim, é verdade que também há o filtro de constitucionalidade dentro de cada um destes poderes, também exercendo as funções de guardiões.

Contudo, pensando na questão puramente jurídica, ainda que o dever seja partilhado, é preciso ter clareza ao apontar quem dará a solução final aos conflitos que envolvam demandas constitucionais. O Brasil tem sua pedra fundamental no *civil law*, isto é, um sistema jurídico que privilegia as leis escritas como fonte essencial do direito, preterindo precedentes jurisprudenciais e costumes, característicos do *commn law* (TOFOLLI, 2017).

Tendo a própria constituição, expressamente, lhe dado a função de guardar a Constituição, nos parece evidente que, no atual espectro brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é o guardião final da Lei Maior.

Ainda que não seja essencial à decisão da causa ou que a declaração de ilegitimidade constitucional não aproveite à parte suscitante, não pode o Tribunal – dado o seu papel de ‘guarda da Constituição’ – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (STF, v.g. SE 5.206-AgR, 8-5-1997, Pertence, RTJ 190/908; Inq 1.915, 5-8-2004, Pertence, DJ de 5-8-2004; RE 102.553, 21-8-1986, Rezek, DJ de 13-2-1987).” (MS 24.875, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-5-2006, Plenário, DJ de 6-10-2006.)

A pergunta que inexoravelmente se estabelece é: este é o modelo final? A melhor solução já fora dada ou ainda é possível buscar uma modernização e uma nova forma de controle dentro do constitucionalismo? Mostra-se plausível que com o avanço da sociedade, novas pressões que moldarão o sistema de freios e contra pesos serão apresentadas.

Neste sentido, uma nova forma de entender a defesa do corpo constitucional, não mais restrito aos detentores do saber jurídico ou dos poderes formais da república:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculadas todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer Von neuem mitkonstituiert ynd Von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, 1997)

O caminho da pluralidade, defendido pelo doutrinador, diluiria o poder existente o distribuindo para várias camadas em um processo, supostamente, mais democrático. O efeito colateral, contudo, seria a ausência de força para a decisão tomada, já que cada um interpretará a sua maneira e no fim cada leitor faria de acordo com sua consciência, resultando em um estado anárquico.

Por isso nos parece que a mensagem, em verdade, pretende ser entendida como um guia para buscarmos não várias interpretações isoladas, mas sim uma única construída e escolhida por vários setores, o que implica em novos mecanismos de interpretação constitucional, redesenhando o sistema democrático atual.

### 3.3. O AUMENTO DE COMPETÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A GARANTIA DE ACESSO AO JUDICIÁRIO E O PRÓPRIO CONTROLE JUDICIAL

A garantia constitucional de acesso ao judiciário é dada pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, traz em seu bojo a limitação ao poder estatal, considerado em seu sentido amplo, para editar e/ou sancionar qualquer projeto de Lei que vise impedir a apreciação pelo Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão a direito.

Esta garantia democrática está prevista desde a Constituição de 1946 (art. 141, §4º<sup>20</sup>) e foi mantida pela “Constituição” de 1967 (art. 150, §4º<sup>21</sup>), em que pese a divergência se o diploma de 67 era ou não uma constituição em sentido material, dada as questões históricas nas quais está inserida. Contudo, é inegável que foi a Constituição Republicana de 1988 quem empoderou a solução judicial para os conflitos:

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, 2013, p. 385).

A função jurisdicional tem como uma de suas faces justamente o controle judicial, de origem americana, que traz esta espécie de garantia de que os atos dos poderes que possam influenciar os direitos dos cidadãos poderão ser examinados na via jurídica:

---

20. Constituição Federal de 1946: Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

21. Constituição Federal de 1967: Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

A função jurisdicional, própria do Poder Judiciário, é aquela em que se executa a lei, nos casos em que haja conflito de interesse. O *judicial control*, da tradição constitucional norte-americana, implica em dizer que todos os atos que remetem na criação, modificação ou extinção de direitos podem ser submetidos à tutela judicial. Nesse sentido, as leis emanadas do Poder Legislativo e os atos legais ou administrativos do Poder Executivo encontravam-se submetidos ao controle de constitucionalidade ou da legalidade, efetuado pelos magistrados. Não se trata de usurpar a competência desses Poderes, mas em apreciar os aspectos formais e materiais de seus atos, para saber se estão de acordo com ordenamento jurídico nacional (COSTA e ALVES, 2003, p. 21-22).

Os mesmos doutrinadores destacam ainda que existem exceções ao princípio do controle judicial. O exemplo dado é, justamente, aquele em que o Poder Legislativo assume o papel de órgão jurisdicional ao julgar crimes de responsabilidade, como é o caso do impeachment de Presidente da República ou mesmo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

### 3.4 O TAMANHO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A ÓTICA DE SUAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

O Supremo tem suas competências previstas no art. 102 da CF/88. São três incisos que preveem os casos a serem julgados pelo STF. Ressalta-se que “As atribuições judicantes previstas nos incisos do art. 102 têm, quase todas, conteúdo de litígio constitucional.” (SILVA, 2013, p. 565).

O primeiro inciso foi destinado ao processo e julgamento de maneira originária, possui 16 letras (a letra "h" foi retirada pela EC nº 45/2004) elencando situações específicas, entre elas a letra “a” e a letra “q” que tratam da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e do mandado de injunção. No parágrafo primeiro temos ainda ação de descumprimento de preceito fundamental, prevista originalmente como parágrafo único, mas que não teve seu texto alterado pela EC nº 03/93.

Residem nestas quatro possibilidades as principais ações de controle de concentrado de constitucionalidade e de controle sobre a omissão dos poderes quando da ausência de edição de norma regulamentadora. Ao julgar estes tipos de ações, o STF está exercendo o seu papel de Corte Constitucional em essência.

Tratando especificamente as ADI, ADC e ADPF, estas foram contempladas com o efeito vinculante e eficácia para todo o poder público - para as duas primeiras pela EC nº 03/93, através da inserção do §2º no art. 102 da CF/88, e para terceira pelo §3º do art. 10, da Lei nº 9.882/99. Em que pese a diferenciação hierárquica que regulamentou os textos

normativos, a diferença de nomenclatura utilizada pra indicar os atingidos por seus efeitos e guardadas as devidas diferenças de mérito que há entre elas, no aspecto prático, elas têm o mesmo grande poder de impacto nas instituições.

Isto porque, como estas ações não julgam casos concretos específicos, mas sim atos ou omissões dos outros poderes de forma abstrata. Ou seja, são a primeira linha de ação do *judicial review* e, por óbvio, de enfrentamento direto com outros dois poderes. Neste contexto é importante ressaltar que o Brasil optou pela mescla do controle difuso e o controle concentrado e que o controle em si acaba tendo consequências políticas:

Há dois modelos jurisdicionais de controle da constitucionalidade. O modelo europeu ou austríaco (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) que possui como característica marcante o controle concentrado preventivo e repressivo. O controle difuso é uma marca do sistema norte-americano (*judicial review of legislation*). A América Latina e o Brasil adotaram características dos dois sistemas. (...) O controle de constitucionalidade além de uma finalidade jurídica exerce conseqüentemente funções políticas (...) (SIQUEIRA JÚNIOR, 2014).

A possibilidade de decretação de inconstitucionalidade por omissão através dessas ações está no §2º, do art. 103, da CF/88<sup>22</sup>. Percebe-se que há permissão constitucional expressa para decretar a inconstitucionalidade por omissão. Desta feita, pode-se criar uma confusão entre a decretação da inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Cumpre ressaltar que os dois institutos, em teoria, não se confundem:

Ao STF cabe, com exclusividade, processar e julgar o pedido feito pelos órgãos ou pessoas legitimadas nos incs. I a IX do art. 103 quando se tratar de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional. Quanto ao outro instituto – o mandado de injunção – tudo vai depender do órgão que estiver constitucionalmente ou legalmente encarregado de elaborar as normas genéricas que estão obstando que alguém exerça um direito já previsto especificamente na Constituição, que só não pode ser exercido por falta de norma disciplinadora. Assim, essa “inércia regulamentar” pode estar em qualquer órgão governamental. Cabe àquele processualmente interessado pedir, no caso concreto, ao Judiciário que lhe dê, exatamente por não existir norma regulamentadora, o que já foi concedido pela Constituição e não foi efetivado por omissão. Às vezes, o próprio Judiciário é que vai solucionar omissão de órgão dele mesmo. (MACIEL, 2011).

Voltando ao artigo 102, precisamente o segundo inciso, o menor deles, prevê o Tribunal atuando como o duplo grau de jurisdição dos Tribunais Superiores em caso de julgamentos de remédios constitucionais e de crime político.

---

22. CF/88, Art. 103: (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.



Já o terceiro inciso prevê a atuação excepcional da Corte. São 04 letras que elegem em que situações não habituais haverá esta atuação. Dentre elas, a letra "a" nos traz os em casos que houver contrariedade a dispositivo da Constituição de 1988. Precisamente no inciso III do dispositivo, temos a seguinte redação:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Isto quer dizer que, uma vez que a garantia democrática de acesso ao judiciário está consolidada e que a sociedade brasileira, por falta de até mesmo outros mecanismos, tem usado o judiciário para resolução de seus conflitos, todos aqueles que tiverem suas causas decididas pelos tribunais inferiores, poderão recorrer ao Supremo se comprovarem que a decisão exaurida, de alguma forma, contrariou dispositivo da Lei Maior.

Em um primeiro momento isto parece interessante, afinal, temos aqui o pleno exercício do direito e que, ao menos em tese, todo e qualquer cidadão brasileiro e, também, empresas e os entes públicos de maneira geral, poderão chegar a cúpula do Poder Judiciário. Analisando superficialmente não haveria problemas.

Ademais, como a própria nomenclatura já adianta, trata-se de recurso “extraordinário”, que só deveria ser considerado para situações excepcionais:

O recurso extraordinário é um mecanismo extremo que remete à apreciação da questão de inconstitucionalidade ao STF como última instância, só sendo admitido quando esgotados todos os recursos ordinariamente cabíveis para a situação. Trata-se de condição constitucional que impõe o esgotamento das vias ordinárias, não sendo possível, por meio dele, saltar instâncias. Assim determina o inciso III, em análise, ao dispor que as decisões que são objeto do recurso têm de ser prolatadas em única ou última instância, restando decidida a causa. Causa decidida é aquela julgada extinta, com ou sem julgamento de mérito, sem possibilidade de modificação nas instâncias inferiores (CROSARA, 2018, p. 617-618).

Há ainda, dentro do recurso extraordinário, gatilhos que visam impedir a sua proliferação descontrolada, como o prequestionamento da matéria e a necessidade de repercussão geral. Este sistema deveria proteger o tribunal de ser uma corte revisora de todo e

qualquer caso. As funções de Corte Constitucional e Tribunal Supremo estariam garantias igualmente (COSTA e ALVES, 2003).

Ocorre que dois pontos precisam ser levados em consideração: a extensão da nossa Constituição e o possível decisionismo jurídico perpetrado no direito brasileiro, seja por razões políticas ou ideológicas.

Quanto ao primeiro tópico, ele nos parece mais palpável. Basta abrir e ler a Constituição para entender o seu tamanho e sua característica analítica. Isto permite que praticamente qualquer assunto vá parar no Supremo Tribunal Federal.

Segundo o relatório “O Supremo em Ação” de 2018<sup>23</sup>, o Supremo recebeu, no ano de 2017, 102.227 novos casos. Destes, 81.865 eram ARE (Recurso Extraordinário com Agravo) ou RE (Recurso Extraordinário). Isto representa quase 82% de tudo que chega à Corte. Representa ainda um aumento de 10% (dez por cento) em relação a 2013 tratando só desde tipo de recurso. Em números globais, o salto é de quase 43% (quarenta e três por cento), passando de 72.097 casos para 102.227 em apenas quatro anos. A título de comparação, a Suprema Corte Americana julga, aproximadamente, 75 casos por ano (NASCIMENTO, 2016).

É possível perceber que falhou sistema criado na Constituição Federal para não tornar o Supremo uma mera instância de julgamento ordinário: “Já que a praxe processual consagrou o quádruplo grau de jurisdição, independentemente da qualidade, a sentença será apenas um requisito ao inevitável remédio recursal.” (NALINI, 2013, p. 392).

Algumas soluções têm sido tentadas para contornar esta situação. O Novo Código de Processo Civil, de 2015, introduziu no direito brasileiro a cultura do sistema de precedentes, através do art. 926 e seguintes que, por exemplo, inaugurou, dentro outras questões, ao serem usados em conjunto com o inciso IV, §1º, art. 489<sup>24</sup>, a necessidade de observância dos precedentes, em específico, (i) dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou (ii) de resolução de demandas repetitivas e (iii) em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Em todos estes casos, o efeito vinculante seria gerado (MELLO e BARROSO, 2016).

A ideia é que esses mecanismos sejam freio do crescimento exponencial das ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal. Afinal, não seria presunçoso pensar que pelo

23. **O Supremo em Ação** - 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/houve-queda-numero-processos-tramitacao.pdf>>. Acessado em: 23.02.2021.

24 Código de Processo Civil: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

tamanho que o Tribunal atingiu, até mesmo por falta de pessoal e tempo hábil, a qualidade das decisões pode ter ficado comprometida, exercendo muito mais um viés de política judiciária do que de análise cuidadosa dos seus conteúdos.

### 3.5 O POSSÍVEL DECISIONISMO BRASILEIRO

Este efeito vinculante nos leva, imediatamente, ao outro lado da questão aqui apontada, isto é, o possível decisionismo jurídico que por vezes o judiciário brasileiro é acusado.

Por certo, a Magistratura brasileira, portanto, toda a esfera judicial do Brasil, está pautada na ideia de que um Judiciário forte tem como essência a independência de seus membros e a livre convicção do juiz.

Ora, claro que a explicação, na teoria, lhe assiste razão. Como visto anteriormente, imaginar um Poder Judiciário subserviente e/ou dependente a qualquer outro elemento ou estrutura que não seja o arcabouço jurídico, é prestar continência a regimes ditatoriais.

Contudo, um detalhe não pode passar despercebido. A Lei como fonte primária do direito seria a amarra essencial que evitaria que a prestação jurisdicional vire, ela mesma, o regime de exceção e ditadura.

Substituímos o juiz boca-da-lei pelo juiz ativista. Este, qual as sereias da Odisséia, nos encantaram com o som mavioso de suas vozes. E aquilo que se mostrava antídoto dos nossos problemas - o juiz que fazia da sentença um ato político para mitigar as desigualdades e o sofrimento das pessoas - se tornou o principal algoz da democracia. Hoje, parte não insignificante do Poder Judiciário não esconde seu viés totalitário, que despreza as escolhas definidas pelo voto popular com a mesma ênfase com que arrebatou a sociedade civil no coro da falência da democracia. Aniquilando-a, inclusive, em nome da mesma presunção de pureza que marcou a atuação do juiz boca-da-lei, com acréscimo da certeza de uma superioridade moral pressuposta. O pensamento progressista, na primeira década do século XXI, celebrou a magistratura ativista como uma clareira iluminista em meio à selvageria de um parlamento comprometido com interesses espúrios. Apostou nela todas as fichas de realização das promessas da Constituição. Mas se esqueceu que o juiz, por pior que seja a democracia, pertence a um arranjo que é muito sensível a tensões. (CHALITA, 2018, p. 13)

Neste sentido, destaca-se recente pesquisa da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) na qual, os magistrados ativos (primeiro e segundo grau) responderam: i) em sua maioria serem favoráveis a utilização de princípios constitucionais para compelir os outros poderes a efetivar direitos e garantias fundamentais; ii) se dividiram ao responder sobre a fundamentação criativa na produção de normas em casos limites de temas sensíveis, sobre os quais não se tenha formado uma maioria no Parlamento para atender os anseios da

coletividade; iii) porém, foram também favoráveis a interpretação criativa das leis já existentes, ante a inércia parlamentar de criar leis específicas, desde que fosse com responsabilidade, levando em conta as consequências da sua decisão (VIANNA, CARVALHO e BURGOS, 2018, p. 121-125).

O que se quer dizer é que a pretexto de se respeitar a independência e o livre convencimento, o judiciário pode ter, na verdade, utilizando-se de um possível ativismo travestido hermenêutica jurídica, afastado regras e normas vigentes escolhidas pelo Poder Legislativo, para fazer valer a sua vontade que, destaca-se, pode gozar do mais alto altruísmo e boa intenção. Neste sentido:

Numa democracia em crise como a brasileira, eles se sentem cada vez mais à vontade para trocar decisão por decisionismo; aplicação da lei por exercício arbitrário do poder, comedimento com a ordem democrática por substituição dos poderes constituídos. (CHALITA, 2018, p. 05)

Em outras palavras, quando se fala de decisionismo se esta a dizer que se toma a decisão antes e só depois se busca o direito para ampará-la. Não haveria a construção pela adequação do caso à norma. E se não o encontra (ele, o direito), cria-se a interpretação necessária a validar a convicção formada, afastando regras indigestas por princípios- que, como já visto, são um poço ilimitado de opções.

Em posição crítica a colocação feita, José Renato Nalini deixa claro que a atuação do magistrado é justamente a de explorar e complementar o trabalho do legislador:

O fetiche da lei cedeu lugar à concepção alargada de direito, do qual a norma legal é apenas uma dentre várias manifestações. Compreendeu-se que a capacidade de previsão do legislador é sempre insuficiente a acobertar todas as hipóteses fornecidas pela vida concreta. Por seu lado, a lei passou a ser um produto semiacabado, incompleto e de formatação suprível pela vontade e engenho do juiz. A lei contemporânea é a resposta possível oferecida por um Parlamento que perdeu representatividade e que se afigura qual um novo espaço feudal. Em seu bojo desenvolvem-se e se digladiam inúmeras tendências e variados interesses, muitos dos quais absolutamente indizíveis. Cada grupo elege um representante que vai defender os interesses próprios, nem sempre ajustados ao bem comum. Esse fruto do compromisso transitório obtido para a elaboração de uma lei não tem condições de aplicação, a não ser que o Judiciário o complemente e o operacionalize. Ao completar a tarefa do legislador, o juiz adentra searas antes por ele inexploradas. Daí ser acusado de ativista. (NALINI, 2013, p. 386-387).

Uma das razões pela qual pode existir esta resistência em aceitar uma mudança por um sistema de precedentes, por exemplo, pode ser o receio da perda da independência e da liberdade no exercício da judicatura. Há de se entender estes temores. Estará se perdendo um pouco do espaço discricionário e da liberdade de decisão no julgamento.

Daí, considerando a história brasileira, bastaria haver um cenário sociável favorável e uma proposta de antidemocrática travestida de renovação constitucional para que todo o sistema estabelecido pela CF/88 seja perdido.

Porém, esta possível cultura de resistência à uniformização, sob os argumentos acima elencados, tem o prejuízo escancarado para o jurisdicionado, pois alterar uma decisão injusta pelo sistema recursal tradicional pode levar anos (MELLO e BARROSO, 2016).

Esta postura gera uma insegurança sistêmica. Afinal, a interpretação do direito nada mais é do que interpretar os textos e a realidade (GRAU, 2018). Manter esta visão significa ratificar a mente de cada julgador como a própria fonte do direito, cada qual com seu livro de regras e códigos internos. Em dura crítica neste sentido, o Ex-Ministro Eros Grau (2018) nos traz:

Aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de princípios e praticam – fazem-no cotidianamente! - os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com o seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre princípios – isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor -, a segurança jurídica estará sendo despedaçada! (GRAU, 2018)

Assim sendo, com este tipo de modelo de direito e judiciário, também por culpa sua, o Supremo Tribunal Federal continuará sendo receptor das demandas nacionais de todas as espécies, não podendo reclamar do seu afastamento, por sobrecarga, da sua missão principal: defender e aplicar a vontade do texto constitucional.

### 3.6 DESEQUILÍBRIO NA SEPARAÇÃO DOS PODERES - A POLÍTICA E SUA INFLUÊNCIA DIRETA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O art. 101 da Constituição Federal de 1988 preceitua que:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Conforme está positivado, a escolha de quem serão os Ministros do Supremo cabe, exclusivamente, aquele que ocupar a Presidência da República na vacância da cadeira, com posterior aprovação absoluta no Senado Federal, mas não é apenas isso.

Apesar de em primeiro momento não parecer, com um olhar mais cuidadoso, percebemos que, ao todo, até seis são as exigências constitucionais para se ocupar o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal: i) a primeira é a de natureza administrativa e já aqui apontada, ser indicado pelo chefe do Executivo e obter aprovação do Senado Federal, nos moldes do art. 52, inciso III, “a”; ii) tem-se ainda o critério cível, de idade, anotado no *caput* do art. 101 em destaque; iii) o requisito de natureza jurídica, que é ser brasileiro nato (art. 12, §3º, IV); iv) possuir notável saber jurídico (art. 101, *caput*) é a exigência cultural; v) o requisito moral está previsto também no *caput* do art. 101 ao tratar da reputação ilibada; vi) estar em pleno exercício dos direitos políticos (art. 14, §1º, I) (BULOS, 2009).

Quanto ao requisito número iv, isto é, do notável saber jurídico, este foi introduzido na Constituição em 1934, mas tem como origem a indicação de cunho político feita 35 anos antes pelo então Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto. Na oportunidade, Floriano indicou para o cargo o médico Barata Ribeiro, que ocupou a cadeira por 10 (dez) meses. Somente em 24 de setembro de 1894 a anulação da nomeação foi confirmada pelo Senado Federal, que destituiu também, neste mesmo ato, os generais Inocêncio Galvão de Queiroz e Raimundo Ewerton Quadros (BULOS, 2009).

Este episódio vem demonstrar que desde o início da República o uso político do Supremo Tribunal Federal ronda as nomeações dos Ministros.

É importante ressaltar que a indicação política se mostra razoável, uma vez que o nome do indicado pelo Presidente precisa ser referendado pelo Senado. Esta situação contempla a ideia de freios e contrapesos de Montesquieu. Em outras palavras, não se pode demonizar a indicação política, pelo contrário, se mostra um instrumento extremamente válido para reequilibrar a balança entre os poderes. Contudo, alguns pontos devem ser esmiuçados.

Um deles é que não se tem registro histórico, desde a redemocratização do país, de qualquer nome que tenha sido indicado pelo Executivo e vetado pelo Senado Federal. Importante ressaltar que, tal qual um processo de impeachment, este é um procedimento jurídico-político.

A nomeação deve respeitar os critérios jurídicos previstos na constituição, mas a aprovação do Senado pode atender a demandas eminentemente políticas. Temos então um cenário em que o Legislativo, ao menos neste tema, em momento algum entrou em rota de colisão com o Executivo. A razão disto contempla ao menos duas hipóteses: ou o chefe do Executivo nunca errou na indicação de um Ministro ou o Senado nunca quis fazer uso de seu poder para não contrariar o Presidente.

Outro problema é quanto à possibilidade desta politização atingir as decisões do Supremo posteriormente as indicações. No imaginário popular, pode-se criar a ideia de “troca de favores” e de aquele Ministro “servir” ao governante. Não obstante isto, ainda há a possibilidade do critério de escolha se basear em aspecto pessoal que não vise o favorecimento ou mesmo o melhor interesse público.

É certo, portanto, que em um Estado Democrático de Direito, ou ao menos no modelo adotado no Brasil, a finalidade dos atos e ações dos governantes, devem ser pautadas pela finalidade do interesse público, ainda que haja um viés político. Isto também se aplica as indicações dos Ministros. Neste sentido, Nelson Nery Costa, ao comentar a vida e obra de Montesquieu, traz a lição: “A democracia ou estado popular tinha como princípio a virtude, entendendo-se por virtude, no íntimo de cada cidadão, um espírito de constante renúncia pessoal em favor do bem comum, amor à pátria e as suas leis” (COSTA, 2006, p. 134).

No direito brasileiro, a finalidade do ato administrativo foi abraçada como um atributo destinado ao interesse público, não se podendo aceitar que um administrador, como gestor de bens e interesses da sociedade, possa estar voltado a critérios pessoais. Aceitar o contrário seria abusar da Lei e ofender os princípios da impessoalidade, porque daria tratamento diferenciado aos administrados em mesma situação jurídica, e o da moralidade administrativa, pois relegaria os preceitos éticos que devem nortear a administração (CARVALHO FILHO, 2019, p. 225-226). O desvio desta finalidade pode levar a suspensão da nomeação.

Em caso análogo (não-idêntico), no qual a Presidência da República, ao exercer sua competência privativa dada pela Lei Maior, nomeou para Ministro-Chefe da Casa Civil, que tem status de Ministro de Estado e, portanto, se amolda a previsão do inciso I, art. 84, da CF/88<sup>25</sup>, o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, Gilmar Mendes, ao conceder liminar no Mandados de Segurança nº 34.070/16 e 34.071/16 que suspendeu a nomeação, asseverou<sup>26</sup>:

Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público “latossensu”. O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da “res publica”. (...) Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se

---

25 Constituição Federal de 1988: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

26. MENDES, Gilmar. Mandado de Segurança nº 34.070/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>>. Acessado em: 05.10.2020

tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com uma certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita. (MENDES, 2016)

Infere-se assim que a nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal pode ter critérios políticos, afinal, o chefe do Executivo é mandatário da vontade popular e, por isto, do viés político escolhido pelo povo naquele momento histórico e conjuntura social. Entretanto, a finalidade da escolha deve ter como norte o interesse público e não o interesse particular ou privado. Dito de outra forma, o critério pode ser político e, porque não, até pessoal, mas a finalidade tem que ser pública.

Neste modelo, não há como negar que existe a relação política dentro do próprio tribunal e dele com os outros poderes da República.

Dito isto, é evidente que, com a alternância de poder a cada quatro anos, o que pretende a Constituição é mesclar as indicações do Supremo e ter o máximo de ministros nomeados por diferentes governantes, o que garantiria a pluralidade de ideias e evitaria que a esfera jurídica fosse inteiramente contaminada pela política ou, pelo menos, se o fosse, estaria em campo minimamente equilibrado.

Também neste sentido estaria garantido o sistema de freio e contrapesos (*check and balances*), pois o Ministro do STF, apesar de não eleito pelo voto popular, seria indicado pelo mandatário de um poder e escrutinado pelos representantes de outro, todos esses submetidos ao jugo do sufrágio universal.

### 3.7 O DESLOCAMENTO DA REPRESENTATIVIDADE

Para entendermos a questão da representatividade precisamos fazer uma breve releitura do cenário político, econômico e histórico do Brasil nos últimos 35 (trinta e cinco) anos.

A redemocratização brasileira, iniciada em 1984 com as “Diretas Já”, contando com maciço apoio popular e concluída em 1988 com a promulgação da Constituição Federal, trouxe uma nova roupagem e um novo estilo de vida aos brasileiros.

Como um verdadeiro teste de fogo, já no primeiro governo democraticamente eleito tivemos abertura econômica, congelamento das poupanças, escândalos de corrupção e o povo novamente nas ruas, desta vez derrubando um Presidente da República através de um processo de impeachment.



Entre um episódio e outro, cumprindo o art. 2º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>27</sup>, a nação brasileira participou de um plebiscito em 1993 e teve que optar pela forma de governo (república ou monarquia constitucional) e o sistema deste (parlamentarista ou presidencialista).

O governo interino assumiu tendo não só que apagar o incêndio, mas com o problema da hiperinflação e propondo a criação do “Plano Real”, que seria a terceira mudança de moeda em menos de 05 (cinco) anos. O plano foi bem-sucedido e permitiu, dentro outras medidas, um momento de tranquilidade monetária e cambial. Isto trouxe a estabilidade política ao país.

Ocorre que todos os governos eleitos sob a batuta da atual democracia brasileira, passaram por diversos escândalos de corrupção. E não apenas os Executivos, mas os Legislativos municipais, estaduais e federal, também têm sido alvos de dezenas de acusações de sursupriamento de verba pública. Para que se tenha uma ideia, apenas a Polícia Federal deflagrou 3.512 (três mil quinhentos e doze) operações no período de 2003 a 2016<sup>28</sup>.

Somam-se a isto a incapacidade dos políticos, legisladores e governantes, entregarem o que prometem em suas campanhas, isto é, melhores condições de vida para a população em geral, cumprindo ideais democráticos e de justiça. Isto faz com que o Judiciário, órgão menos visado exatamente por não ser composto de pessoas eleitas e, ao menos em tese, cumprir e fazer cumprir as Leis e a Constituição, se torne o Poder mais confiável, tanto para as pessoas comuns, quanto para o mercado global (SHAPIRO e SWEET *apud* VIEIRA, 2008). Este não foi um fenômeno exclusivamente brasileiro.<sup>29</sup>

Como exemplo, Oscar Vilhena Vieira afirma que, para os investidores, o Judiciário se tornou um poder mais confiável para garantir princípios caros como a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade, do que os representantes eleitos, porque não raras as vezes, estes podem ser premiados optarem por demandas "populistas" e com ou sem nenhuma eficiência, de uma perspectiva econômica (SHAPIRO e SWEET *apud* VIEIRA, 2008).

Por outro lado, o Judiciário fez a sua parte no sentido de ter capilaridade popular ainda quando nem sempre responsável direto por isto. A justiça do trabalho e os juizados especiais cíveis (popularmente conhecidos como de pequenas causas) estaduais e federais,

---

27 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 2º No dia 21 de abril de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma e o sistema de governo que devem vigorar no País.

28. Estatística de operações da Polícia Federal. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/operacoes>>. Acessado em: 05.10.2020

29. Ibid., citando Hirschal (2004), p. 442.

fazem o cidadão mais simples se aproximar do dia a dia forense e por, vezes, quando exitosa a causa, se sentir amparado por este.

Na parte da cúpula, as transmissões ao vivo pela TV Justiça de sessões do plenário do Supremo Tribunal Federal jogam o telespectador dentro dos principais julgamentos do país. Temos um verdadeiro *reality show* na qual o povo se sente parte da trama e os Ministros terminam, querendo ou ser querendo, desempenhando papéis de heróis e vilões, tendo seus nomes lembrados e seus rostos reconhecidos nas ruas, elevando as pressões populares sobre suas decisões que são, a priori, eminentemente técnicas.

As escolhas temáticas das causas transmitidas, principalmente aquelas que mexem com as forças políticas do país ou mesmo com grupos de pressões específicos, como também as de situações omissas deixadas pelos outros dois poderes, jogam combustível necessário para incendiar esta fogueira. Os anseios populares deixam de ser travados nas arenas específicas e as expectativas passam a ser alocadas naqueles que não tem voto algum.

### 3.8 A ERA JUDICIAL

A situação posta que aponta no sentido de vivermos na era da judicialização no Brasil. Os temas mais sensíveis à nação vão parar nos corredores dos fóruns e passam a ser objeto de análise pelo Poder Judiciário:

Afinal, não há evidência que aponte a ocorrência, na história do país, de outro período em que o Poder Judiciário tenha exercido tamanho protagonismo frente aos demais poderes. Para além da função típica de distribuir o justo concreto e, eventualmente, o controle da efetividade das políticas públicas, a Justiça tem avançado para searas até então alheias à função jurisdicional do Estado: de questões de natureza moral ou mesmo privada às questões políticas cuja legitimidade tem rito próprio, alheio ao Estado-Juiz. (CHALITA, 2018, p. 04).

Conforme já referenciado, a extensão da constituição brasileira também ocupa papel de destaque neste ponto. Se a concepção de Kelsen, aqui já citada, o foco Constitucional deveria ser a limitação do Poder e sua organização, as constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, decidiram ir muito além:

Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na

democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo. (VIEIRA, 2008).

Ratifica ainda que a Constituição ultrapassou os temas constitucionais e colocou absolutamente tudo dentro de si, gerando a explosão da litigiosidade. A equação seria simples: se tudo é matéria constitucional, a liberdade dos políticos ficaria restrita. Qualquer movimento mais brusco gera um questionamento de constitucionalidade, dando ao STF a última palavra da questão (SHAPIRO e SWEET apud VIEIRA, 2008). Até mesmo o Colégio Dom Pedro II, localizado no Rio de Janeiro, foi mantido na órbita federal por dispositivo constitucional (art. 242, §2º, CF/88)<sup>30</sup>.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que reformou o Judiciário, também teve contribuição significativa neste processo em específico, aumentando o escopo de competências do STF, bem como a rede de legitimados a propor ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Tudo isto, devidamente combinado com o inciso XXXV, do art. 5º, CF/88, cria a bolha que estamos hoje. Com o Supremo Tribunal Federal decidindo praticamente todos os temas da vida das pessoas, chegou-se a criar o termo “ditadura do judiciário”.

Não se sabe exatamente qual é o limite disto. Mostra-se difícil fazer um recorte epistemológico, um retrato seguro deste cenário enquanto as correntes continuam a se mover. Estamos mesmo vivendo uma espécie, ainda que inconsciente, de “era judicial”? Não se trata de um questionamento simples. Menos ainda é a resposta.

Entretanto, o que podemos nos aventurar a entender são as consequências positivas e negativas que uma eventual decisão rotulada de ativista possa ter no dia a dia das pessoas. Nesta linha de raciocínio se apresenta a ADI Nº 26.

### 3.9 ANÁLISE DE UMA DECISÃO PARADIGMÁTICA: AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 – A POSSÍVEL CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA POR DECISÃO JUDICIAL

---

30 Constituição Federal de 1988: Art. 242 (...) §2º O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

### 3.9.1 CONTEXTUALIZANDO A OMISSÃO

Avançando para um caso prático, histórico, de grande impacto jurídico e social, temos a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que versava sobre mandamentos constitucionais de criminalização de condutas discriminatórias, *in casu*, da população LGBT+.

Antes de adentrarmos a ação e sua decisão, é preciso entender o contexto em que está foi proposta sua condição de jurídica e social.

Segundo organizações internacionais, em que pese sermos um país que, de acordo com a evolução histórica dos direitos humanos e fundamentais que fora vista, garante a liberdade individual e a sexual, o Brasil é a nação onde mais se mata a população da comunidade LGBT+ (BORTONI, 2018). Não bastasse isto, a intolerância e o preconceito levam, inexoravelmente, a uma situação de perda de identidade e de oportunidades em todos os contextos da vida social, além de humilhações e ofensas que os grupos minoritários estão sujeitos.

Dito isto, é preciso entender que a luta da causa e da classe por mais respeito, dignidade e proteção estatal, frente ao cenário de violência e caos cotidiano, surgem como legítimas, partindo-se do pressuposto que estas questões estão consolidadas como verdadeiras.

Por outro lado, não se pode negar que, ainda que a pauta seja “justa”, ela pode não ser viável do ponto de vista jurídico. Voltamos então à problemática da resposta social a ser dada pelo Poder Judiciário e a questão interpretação da norma constitucional a ser feita. A interconexão entre ambos se faz presente de maneira reluzente nesta ação de inconstitucionalidade por omissão.

Em se tratando de um manejo judicial que busca o reconhecimento de uma omissão legislativa, a questão política está intrinsecamente ligada à trama técnica que se avizinha.

### 3.9.2 AÇÃO, JULGAMENTO E CONSEQUÊNCIAS DA OMISSÃO DE MANDAMENTO INCRIMINADOR

Tal ação fora movida pelo Partido Popular Socialista – PPS e buscava a declaração de que existe ordem constitucional para que legisle criminalmente sobre o racismo, previsão contida no art. 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal de 1988. A discriminação contra homossexuais e a transfobia seriam subespécies deste racismo. Não tendo o Poder Legislativo Federal atuado para criar o tipo penal de maneira expressa, a omissão constitucional estaria caracterizada, devendo ser declarada pelo STF.

Em ato contínuo, isto é, com o reconhecimento da omissão, requeria a cientificação do Congresso Nacional para que editasse lei específica em prazo razoável a ser determinado pela Corte Suprema. Subsidiariamente, em virtude da omissão normativa, buscava que o Poder Judiciário conferisse interpretação conforme as disposições previstas na Lei nº 7.716/89 para enquadrar a discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero na referida Lei, que versa justamente sobre racismo.

Se o pleito principal e o subsidiário não fossem atendidos, requeria que o Supremo Tribunal Federal, diretamente e em caráter excepcional, tipificasse, por decisão judicial, as condutas discriminatórias e suas penas.

Havia ainda o pedido de responsabilização civil do Poder Público e consequentes indenizações as pessoas dos grupos discriminados, que restaram desprotegidas pelo comportamento omissivo do Poder Legislativo.

Os próprios pedidos já trazem uma divisão interessante do que seria inovação positiva legislativa, um ativismo judicial explícito e aquilo que estaria salvaguardado pela “interpretação conforme”, e assim, em primeiro momento, fugiria da polêmica de iniciativa judicial em esfera penal.

Isto porque, em que pese à existência de uma ordem constitucional para criminalizar condutas discriminatórias, esta seria uma norma de eficácia limitada, não produzindo efeitos imediatos, pois necessita que a própria lei elenque as condutas discriminatórias que serão penalmente responsabilizadas e os grupos protegidos.

Tudo isto, até por respeito ao princípio da legalidade e o da anterioridade da lei penal, inseridos no mesmo art. 5º, incisos XXXIX<sup>31</sup>, que também gozam da mesma força hierárquica superior. Cumpre ainda ressaltar que a função de confeccionar esse tipo de lei é privativa da União e realizada pelo Congresso Nacional<sup>32</sup>.

Exatamente por isto, alguns problemas se estabelecem em relação aos pedidos feitos. O primeiro é que o pedido para que o Supremo criasse de maneira excepcional e expressa novo tipo penal específico estipulando inclusive os limites das punições, fogem de todas as premissas de regimes democráticos e das próprias funções típicas e atípicas do tribunal. Ao analisar esta questão, o decano e Ministro Relator, ao proferir o voto vencedor, assim asseverou:

É que a pretensão em referência – por importar em inadmissível substituição do Congresso Nacional – veicula clara transgressão ao postulado

---

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

32 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal. (...) Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expreso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu. Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. (MELLO, 2019)

Os diplomas internacionais que o Brasil se obrigou a seguir e destacados pelo Ministro trazem importantes reflexões por serem garantidores de que as condutas não previstas legalmente como crime no momento da ação, não podem ser responsabilizadas penalmente, referendando os princípios basilares do direito criminal<sup>33</sup>.

Isto significaria que, declarada a omissão legislativa em cumprir a ordem de criar uma lei ao caso concreto, não há qualquer punição para aqueles que já praticaram os atos porque inexistente base legal.

Com a ideia de criação direta do tipo e da pena pela Corte Suprema sendo rechaçada de plano, restaram as opções de reconhecimento da mora constitucional com pedido principal para que obrigar o Poder Legislativo a deliberar a matéria e pedido secundário para enquadrar a homofobia e a transfobia como elementos dos tipos penais na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89).

Chega-se então ao segundo problema dos pedidos feitos e da decisão tomada. O reconhecimento de omissão normativa implica, necessariamente, em afirmar que não se tem legislação nacional tratando do assunto, ou seja, não haveria, em tese, como reconhecer ao mesmo tempo a ausência de lei criminalizadora e dar interpretação conforme a uma lei já consolidada.

---

33 Convenção Americana de Direitos Humanos (1969): Artigo 09. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966): Artigo 15. 01 §1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.

Basicamente, pela procedência da ação, tinham-se duas possibilidades de soluções completamente diversas.

Ou existe uma legislação e há um problema, uma precariedade em sua redação, permitindo uma nova visão interpretativa por parte do Poder Judiciário – o que continua questionável em se tratando de matéria penal -, ou não há legislação formal criminalizando as condutas especificamente e deveria ser declarada a omissão do Congresso Nacional mediante descumprimento de previsão constitucional e estipuladas medidas constritivas para sua concretização.

As duas situações ao mesmo tempo é um cenário que tem dificuldade de sobreviver por serem linhas frontalmente opostas. O voto vencido do vice decano, Ministro Marco Aurélio de Mello (2019), deixa isto de forma evidente:

A controvérsia resolve-se no plano da lógica. De duas, uma: ou se declara eventual “mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia” ou se reconhece o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológicoconstitucional de racismo”, identificando-as como núcleos já contidos nos tipos penais versados na Lei nº 7.716/1989. (MELLO, 2019)

Traduz ainda que, tecnicamente, estas posições judiciais podem afetar o andamento da separação dos poderes e o estado democrático através da insegurança jurídica (MELLO, 2019).

Cumpra-se destacar que se tivesse sido optada unicamente em favor da hipótese interpretativa supra mencionada, o problema da legalidade e da anterioridade resistiria. A razão é porque está se conduzindo a inserção ou, na nomenclatura utilizada, “interpretação conforme”, para aumentar texto de lei com termos que ele não contém originalmente, o que em matéria penal era, ao menos anteriormente, impensável<sup>34</sup>.

Toda dinâmica penal em que está baseado o direito brasileiro é comprometida se abrimos mão destes preceitos<sup>35</sup>.

Para tentar escapar desta situação, tanto a inicial quanto o voto vencedor trouxeram ao debate outro julgado da Corte Constitucional: o HC 82.424/RS (caso Ellwanger). Neste

---

34 Lei n.º 7.716/89: Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

35 Neste sentido, trecho do Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello citando Roxin: O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º –, princípio a partir do qual construído todo o arcabouço constitucional em matéria penal, do qual derivam garantias seculares como a “proibição à analogia; a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena; a vedação à retroatividade; e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado” (ROXIN, Claus. Derecho Penal - Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, 1997, p. 140).

processo, os argumentos bases se debruçavam sobre dois aspectos: i) a liberdade de expressão sob a ótica de se era crime escrever, digitar e comercializar livros que fizessem apologia a ideias discriminatórias e preconceituosas e; ii) a definição de raça humana, isto é, se denominação judeus não era de raça e não podendo haver o crime de racismo previsto na legislação. Vejamos a ementa:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional da imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. (STF, Pleno, HC 82.424/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Revisor: MAURÍCIO CORRÊA, Data do Julgamento: 17.09.2003).

A ideia aplicada ao caso Ellwanger é de que o racismo em si tem um significado muito maior que o suposto argumento biológico, estando ligado a própria estrutura social. Por isso, a legislação ao tratar de raça, deixou clara sua conotação e os objetivos que se pretendia atingir. A correlação entre os dois processos se fundamenta no pensamento de que a transfobia e a homofobia estariam abarcadas pelo conceito e dimensão de racismo assentados neste julgado.

Porém, a diferença fundamental entre os dois casos é que a legislação infraconstitucional que trata sobre o tema prevê a palavra “raça” expressamente no corpo da lei controvertida. O debate no habeas corpus era sobre a abrangência do texto, não sobre sua ausência ou omissão.

Cumprir lembrar que a própria lei em destaque, originalmente do ano de 1989, sofreu alteração 1997 através para que fossem acrescentados, além de cor e raça, novos grupos que pudessem estar protegidos de ataques racistas.



A Presidência do Senado Federal, ao se manifestar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, informou que há projeto de lei para incluir os termos “orientação sexual” e “identidade de gênero” no arcabouço jurídico visando proteger esses grupos<sup>36</sup>.

Apesar de todas essas questões, o Supremo entendeu que há necessidade de efetividade imediata ao comando constitucional incriminador e em uma atividade hermenêutica e em forma de resposta social neste momento, optou pelas duas soluções que, a primeira vista pareciam opostas.

(...) d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. (STF, Pleno, ADO nº 26, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Data do Julgamento: 13.06.2019).

A omissão em cumprir ordem constitucional fora reconhecida, não houve obrigação ou qualquer medida coercitiva que obrigasse o Poder Legislativo a exercer a sua função, sendo apenas cientificado pelo comando constante no art. 103, §2º, da CF/88 para que tomasse as providências necessárias – um conceito extremamente vago -, e deu-se interpretação conforme para que, enquanto não vier lei específica sobre o tema, sejam as discriminações homofóbicas e transfóbicas enquadradas Lei nº 7.716/89.

A situação é exatamente uma composição que busca trazer uma efetividade a direitos e garantias fundamentais através de uma construção jurídica. Só que neste caso teve uma posição ativista, pois está enquadrando novas condutas a tipos criminais não previstos em lei e que a ela seriam unicamente reservados. A declaração de mora é a própria confissão da

---

36 Vide Projeto de Lei nº 515/2017 em trâmite no Senado Federal.

“ginástica” feita. Neste sentido, mais uma vez, destacamos a posição vencida do Ministro Marco Aurélio:

Descabe, para o fim de tipificar determinada conduta, o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológicoconstitucional de racismo”. O reconhecimento da taxatividade dos preceitos – os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei nº 7.716/1989 a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto. (ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, 2002. p. 58). Do contrário, ter-se-á usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal – artigo 22, inciso I, da Constituição Federal – cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória a dispor sobre a matéria – artigo 62, 1º, da Lei Maior. (MELLO, 2019).

No presente julgamento, ao dar cabo do princípio da legalidade estrita em matéria penal para contemplar e preencher a lacuna constitucional existente por ausência de outro poder, o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário como um todo, deixam claro o seu crescimento e o recado de que atuarão, usando o critério interpretativo que lhe é inerente, como protagonistas, filtros e principais líderes das transformações sociais brasileiras, o que chancela um aspecto político perigoso e pouco limitado para um poder que deveria ser eminentemente técnico.

## CONCLUSÃO

Foi constatado que o fenômeno do ativismo judicial, aqui tido como resultado do exercício da judicatura além dos limites visíveis de suas zonas de atuação e competência, não só existe como está posto como inerente ao modelo constitucional escolhido pelo direito brasileiro na Constituição de 1988.

Isto porque, a Lei Maior é, para além de uma carta dirigente, um sistema de direitos humanos reconhecidos e revestidos sob o manto de fundamentais que, a primeira vista, não podem esperar a boa vontade legislativa ou as condições de governo ideais para sua atinjam sua finalidade.

Torna-se, portanto, dever primordial das autoridades e, quando omissas, dever da força julgadora, quando provocada, trazer efetividade as normas fundamentais inseridas de forma a impedir que se tornem letra morta.

Restaram evidenciados que os direitos fundamentais são espécies do gênero direitos humanos naturais, dos quais, estes últimos, são adquiridos pela própria existência do ser.

Cada Estado-Nação, ao reconhecer determinados ou todos os atuais conhecidos direitos humanos em fundamentais, está praticando a formalização necessária para que eles sejam perseguidos. Os direitos humanos naturais não podem ser criados, somente reconhecidos. Ao sofrerem o processo de positivação e recebendo a nomenclatura de fundamentais, sua forma de concretização pode depender de mecanismos típicos característicos do Estado em que estão sediados.

Ficou caracterizado que o Poder Judiciário é regulado pela Constituição Federal, que tem sua leitura final executada sempre pelo mesmo poder julgador. O único filtro são as instâncias próprias.

O modelo democrático em que cada um dita suas próprias competências e limites não se mostra saudável. A autotutela dos próprios excessos como meio exclusivo para consertar os equívocos provocados não funciona para o Executivo e para o Legislativo, não haveria de funcionar para o Judiciário.

Exatamente por isso, traçar as fronteiras de atuação é linha polêmica e complicada, pois ficou comprovado que depende de sua boa vontade em reconhecê-la. Aliás, diferentemente do que se imaginou no início da pesquisa, a divisão da forma projetada não existe no formato neoconstitucional em que vivemos.

O que foi possível observar é que os Poderes têm hoje funções concorrentes em muitas áreas e exercem suas forças em zonas sobrepostas que nem sempre se encontram explícitas

naquilo que está positivado. Não se trata mais de onde termina um e começa os outros, mas sim um compartilhamento de competências e de uma fiscalização a ser exercida.

Utilizando de técnicas de interpretação e controles constitucionais baseados na ideia que a Constituição Federal de 1988 está sustentada por princípios nem sempre claros em suas extensões, a judicatura expande sua influência na vida da população ao compelir os outros poderes a cumprirem certos direitos e garantias fundamentais. Até aqui, não há retoque.

Ficou cristalino que o *judicial review* é instrumento válido e intrínseco ao modelo que escolhemos, porque, quando exercido com parcimônia, completa a estrutura democrática do jogo entre os Poderes.

A questão é quando esses direitos e garantias estão imersos em águas turvas do arcabouço jurídico que apenas o poder julgador se diz capaz de enxergar. Obrigam todos os jurisdicionados e os poderes políticos a exercerem vontades que supostamente seriam do legislador e do constituinte.

É o que ocorreu no último exemplo verificado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 26, que ao dar “interpretação conforme” expandiu um tipo penal com elementos que seu texto não contempla. Neste caso, usurparam-se de maneira sem precedentes as funções do Legislativo e incorrendo em aviltamento do garantismo, principal linha de defesa do cidadão contra os abusos estatais, e de princípios primordiais para nossa sociedade como o da legalidade.

Por esta razão, não se pode classificar o ativismo como algo bom ou mau, conforme alguns professores citados já evidenciaram, pois isto depende de que lado do muro o interprete se encontra. Como já dito, ele é um fenômeno existente e com problemas, devendo ser visto com cautela para que não resulte em um desequilíbrio. O Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional e tribunal recursal máximo do país, teria que dar o exemplo vindo de cima de maneira a evitar situações em que tem que atuar como verdadeiro legislador positivo.

A forma política-judicial que isto ocorre, na popular “canetada”, por vezes se mostra “justa” quando vista exclusivamente pelo aspecto social. Porém, o comprometimento à estrutura que inclusive o sustenta é demasiadamente caro. Primeiro porque passam as pessoas a duelar por políticas públicas na arena jurídica, o que retira a noção da função de cada poder para os cidadãos. Segundo porque um superpoder acaba por ser criado e pode comprometer o próprio sistema que consagrou esta “justiça”.

Não é mais possível negar o seu crescimento desde 1988, saindo de uma posição mais acanhada para ser destaque nacional. Ao receber o direito teórico e prático de errar por último,

foi alçado à posição número um, entretanto isto não pode ser visto de plano. O período de maturação para a primeira posição está ocorrendo ao longo de anos e não foi possível precisar nesta pesquisa em que estágio está. Apenas vimos que ele está ocorrendo.

O que também se vislumbra é o efeito colateral, que na verdade parece gostar o Judiciário, é a concentração de expectativas, desviadas dos poderes políticos que tiveram sua credibilidade açotada por suas próprias mazelas, levando a uma popularização e a um superdimensionamento de sua força, inclusive politicamente.

Não à toa, a nossa Suprema Corte é a maior do mundo, quando comparada com outras Cortes Constitucionais e dentro os países que adotam o modelo do Estado Democrático de Direito. O maior tribunal do mundo, considerando o número de demandas e seguindo os mesmos critérios, também está em território nacional e é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O que precisa ser levado em conta é que da mesma forma que esse acúmulo de funções e responsabilidades, que parece puxar para si o poder julgador, veio como algo positivo da Constituição Federal de 1988, dando respostas às expectativas de outros campos, ele pode se tornar o problema que matará o Estado de Direito.

Ao se tornar um ser que tudo sabe, soluciona e responde, será cobrado mais a frente pelas frustrações que obviamente causará.

Diante do falho sistema de contenção dos excessos do Judiciário que só pode ser parado por ele mesmo, tendo em vista ainda o decisivo crescimento do seu papel institucional desde a promulgação da atual Constituição da República e que continua a acontecer, é provável que este agigantamento, em algum momento da história, culmine em uma ruptura institucional ao modelo vigente ou um redesenho do sistema de freios de contrapesos no Estado brasileiro.

Precisamos urgentemente pensar, voluntariamente, em novas formas de contenção para o Poder Judiciário, pois a história nos mostra que forças antidemocráticas tendem a se aproveitar desta situação para deslegitimar a organização política em que vivemos.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. LUNELLI, Guilherme. **ATIVISMO JUDICIAL E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. DIÁLOGOS ENTRE DISCRICIONARIEDADE E DEMOCRACIA**. Revista de Processo | vol. 242/2015 | p. 21 - 47 | Abr / 2015. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 7/2015 | p. 1295 - 1321 | Ago / 2015 | DTR\2015\10959.

ABBOUD, Georges. MENDES, Gilmar Ferreira. **ATIVISMO JUDICIAL: NOTAS INTRODUTÓRIAS A UMA POLÊMICA CONTEMPORÂNEA**. *Judicial Activism: Introductory remarks on a recent polemical subject*. Revista dos Tribunais | vol. 1008/2019 | p. 43 - 54 | Out / 2019 | DTR\2019\40623.

ABBOUD, Georges. SCAVUZZI, Maira Bianca Scavuzzi. FERNANDES, Ricardo Yamin. **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS**. **Conventionality control and fundamental rights**. Revista de Processo | Revista dos Tribunais | vol. 268/2017 | p. 569 - 584 | Jun / 2017 | DTR\2017\135.

A Constituição e o Supremo. 4ª Edição, 2011, p. 1211. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>> (MS 24.875, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-5-2006, Plenário, DJ de 6-10-2006.) Acessado em: 05.10.2020.

ALEXY, Robert. **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**, 1986. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros, São Paulo, 2006.

ANTUNES, Eduardo Muylaert. **NATUREZA JURÍDICA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 6 | p. 607 - 624 | Ago / 2011 | DTR\2012\748

AMORIM, Mônica Testa de. **FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ALEMANHA**. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 85/2013 | p. 77 - 100 | Out - Dez / 2013 | DTR\2013\10244.

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. **PARA ALÉM DA RESERVA DO POSSÍVEL: COGNIÇÃO CONGLOBANTE E DIALÉTICA PÚBLICA NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. *Beyond the proviso of the possible: global cognition and public dialectic in the jurisdictional control of public policies*. Revista de Processo | vol. 266/2017 | p. 393 - 417 | Abr / 2017 | DTR\2017\611.

BAQUEIRO, F.R.L., **O ESTADO INCONSTITUCIONAL DE COISAS E A INCOERÊNCIA DO STF**. Canal de Ciências Criminais. Publicado em 26 de abril de 2016. Acessado em 07 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-incoerencia-do-stf/>

BAROSSO, Luís Roberto. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO - OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTRUÇÃO DO NOVO MODELO**. 2015. Ed. Saraiva, 5ª Edição, p. 110.

BARROSO, Luis Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. Consultor Jurídico. Publicado em 22 de dezembro 2008. Acessado em 23.07.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)

BICCA, Carolina Scherer. **JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL**. Revista de Direito Brasileira | vol. 2/2012 | p. 121 - 139 | Jan - Jun / 2012. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 7/2015 | p. 1401 - 1418 | Ago / 2015 | DTR\2015\10963

BOBBIO, Norberto. **A ERA DOS DIREITOS**; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORTONI, Larissa. **BRASIL É O PAÍS ONDE MAIS SE ASSASSINA HOMOSSEXUAIS NO MUNDO** - 16/05/2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>>. Acesso em: 05.10.2020.

BRASIL. **A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO**. 4ª Edição, p. 1211. Supremo Tribunal Federal. Brasília. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>>

BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Constituição (1824). **CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL**. Rio de Janeiro-RJ, 1824.

BRASIL. Ministério da Relação Exteriores. **O BRASIL E O CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/137-o-brasil-e-o-conselho-de-seguranca-das-nacoes-unidas>. Acessado em 05.10.2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANOTADA**. Ed. Saraiva. 9ª edição. 2009. p. 983.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O DIREITO NA SOCIEDADE COMPLEXA**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**, 7ª ed., 14ª reimpressão, Editora Alamedina, Coimbra, Portugal, 2003.

CAPELETTI, Mauro. **JUÍZES LEGISLADORES?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Editora: Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 33ª Edição revista, ampliada e atualizada. Ed. Atlas, São Paulo-SP, 2019.

CARVELLI, Urbano. SCHOLL, Sandra. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - DA ANTIGUIDADE ATÉ AS PRIMEIRAS IMPORTANTES DECLARAÇÕES NACIONAIS DE DIREITOS**. Revista de informação legislativa: Ano 48, nº 191, Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, Jul-Set, 2011, p. 168-189.

CHALITA, Gabriel. **CONSEQUENCIALISMO, O PODER E O AMOR**. São Paulo: Ed. Foco, 2018.

COMPARATO, F. K. **A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Ebook SARAIVA s/n).

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **HISTÓRIA DO JUDICIAL REVIEW: O MITO DE MARBURY**. Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril\\_v53\\_n209\\_p115](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115)>.

COSTA, Nelson Nery. ALVES, Geraldo Magela. **A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANOTADA E EXPLICADA**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 21.

COSTA, Nelson Nery. **CIÊNCIA POLÍTICA**. Ed. Forense. 2ª Edição. 2006. p. 134.

CROSARA, Daniela de Melo. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL INTERPRETADA**. Organizador Costa Machado. Coordenadora Anna Candida da Cunha Ferras. São Paulo: Editora Manoele, 2018, p.617-618.

Estatística de operações da Polícia Federal. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/operacoes>> Acessado em: 05.10.2020.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **CONTROLE JUDICIAL DO PODER DISCRICIONÁRIO**. Revista dos Tribunais | vol. 775/2000 | p. 32 - 45 | Maio / 2000. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo | vol. 3 | p. 291 - 308 | Nov / 2012 | DTR\2000\265.

D'ÁVILA LOPES, Ana Maria. **HIERARQUIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?** Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 34/2001 | p. 168 - 183 | Jan - Mar / 2001 Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 1 | p. 53 - 70 | Ago / 2011 | DTR\2001\804

DELPUPO, Poliana Moreira. **A INCOMPATIBILIDADE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E JUDICIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL E A SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Revista dos Tribunais | vol. 953/2015 | p. 77 - 98 | Mar / 2015 | DTR\2015\1541.

DWORKIN, Ronald. **O IMPÉRIO DO DIREITO**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Dr. Gildo Rios. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 1999.

FAVELA, José Ovalle. **EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO (1810-2009)**. Revista de Processo | vol. 180/2010 | p. 99 - 158 | Fev / 2010 | DTR\2010\107.



FAZIO, César Cipriano de. **PANORAMA SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO DIREITO BRASILEIRO.** Revista dos Tribunais | vol. 939/2014 | p. 109 - 126 | Jan / 2014 Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 7/2015 | p. 1567 - 1584 | Ago / 2015 | DTR\2015\10969.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **PROCESSO PENAL, ESTADO DE EXCEÇÃO E O VOLKSGERICHTHOF: O TRIBUNAL DO POVO NA ALEMANHA NAZISTA.** Penal Procedure, State Of Emergency and the Volksgerichtshof: Remarks on the Nazi Germany Popular Court of Justice. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 127/2017 | p. 201 - 223 | Jan / 2017 | DTR\2016\24943.

GODOY, Miguel Gualano de. **A SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL: SOFISMA OU PARALOGISMO?** The judicial supremacy in Brazil: sophism or paralogism Revista de Processo Comparado | vol. 10/2019 | p. 255 - 277 | Jul - Dez / 2019 | DTR\2019\42372.

GONÇALVES, V. E. R. **CURSO DE DIREITO PENAL.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (Ebook SARAIVA s/n).

GRAU, Eros Roberto. **POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES (A INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO E OS PRINCÍPIOS).** Ed. Malheiros. 9ª Edição Refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo, 2018. p. 18.

HÄBERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E PROCEDIMENTAL DA CONSTITUIÇÃO.** Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1997, p.11-55. p. 75-139.

HOBBSAWN, Eric J. **A REVOLUÇÃO FRANCESA.** Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 7ª Edição - Coleção Leitura. Editora Paz e Terra: Rio de Janeiro, 2008.

KELSEN, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO/REINE RECHTSLEHRE.** Tradução João Batista Machado. 6ª Ed. - São Paulo, Martins Fontes, 1998.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **ATIVISMO JUDICIAL, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE: UMA QUESTÃO HERMENÊUTICA?** Revista dos Tribunais Nordeste | vol. 3/2014 | p. 131 - 152 | Jan - Fev / 2014. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 7/2015 | p. 1323 - 1346 | Ago / 2015 | DTR\2015\10960.

JUNIOR, Nelson Nery. ABOUD, George. **NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE PÓS-POSITIVISMO E DIREITO.** Revista de Direito Privado | vol. 53/2013 | p. 11 - 20 | Jan - Mar / 2013 | DTR\2013\2565

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade, 2009, p. 475. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMENTADA E LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL**, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.475-476.

MACEDO, Elaine Harzheim. RODRIGUES, Ricardo Schneider. **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DAS**

**CRÍTICAS AO CONTROLE JUDICIAL.** *Procedural contracts and public policy: attempt to overcome criticism of the judicial review* *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil* | vol. 2/2018 | p. 1195 - 1218 | Revista de Processo | vol. 273/2017 | p. 69 - 93 | Nov / 2017 | DTR\2017\6545.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **MANDADO DE INJUNÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.** *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* | vol. 5 | p. 787 - 808 | Maio / 2011 | DTR\2012\1143

MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky. AMORIM, Rosendo Freitas de. **O ATIVISMO JUDICIAL. INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS OU INGERÊNCIA NO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES? THE JUDICIAL ACTIVISM. INSTRUMENT OF REALIZATION OF RIGHTS OR INTERFERENCE IN THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS?** XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA Tema: 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República De 29 de maio a 01 de junho de 2013. Centro Universitário Curitiba / Curitiba – PR, p. 376-393. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>>. Acessado em 07.08.2020.

MARGRAF, Alencar Frederico. **DISCRICIONARIEDADE NA UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS.** *Discretion in the use of principles and consequences.* Thomson Reuters. Revista dos Tribunais Online. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 98/2016 | p. 239 - 257 | Nov - Dez / 2016 | DTR\2016\24462.

MARGRAF, Alencar Frederico. TEIXEIRA, Marcelly Costa. **DECISÕES JUDICIAIS: ENTRE O ATIVISMO DO JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.** *Judicial decisions: between activism of the judiciary and the judicialization of politics.* Revista dos Tribunais | vol. 977/2017 | p. 213 - 240 | Mar / 2017 | DTR\2017\433

MARTINS, Leonardo. IN: SCHWABE, Jürgen. **CINQUENTA ANOS DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO.** Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V. 2005.

MELLO, Celso de. STF – Pleno – **ADO Nº 26 – REL. MIN. CELSO DE MELLO, VOTO VENCEDOR.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acessado em: 31.08.2020.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **STF – PLENO – ADO Nº 26 – REL. MIN. CELSO DE MELLO, VOTO VENCIDO.** Disponibilizado pelo gabinete do Ministro para este trabalho em 08.09.2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luíz Roberto. **Trabalhando com um Nova Lógica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro.** 2016. p. 11-12. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>> Acessado em: 05.10.2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 13ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O ESPÍRITO DAS LEIS**. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 34ª ed., São Paulo, Atlas, 2018.

NALINI, José Renato. **ATIVISMO JUDICIAL, GARANTISMO OU PRODUTIVIDADE ADEQUADA?** In: José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos; Wilson Levy. (Coord.). **ATIVISMO E GARANTISMO**. Editora Juspodivm, 2013, p. 383-394.

NUCCI, Guilherme de Souza. **CÓDIGO PENAL MILITAR COMENTADO** – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMENTO, Cristiano de Jesus Pereira. **VOLUME DE PROCESSOS NO STF E NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA**. Conteúdo Jurídico. 2016. Disponível em: < <http://conteudojuridico.com.br/artigo,volume-de-processos-no-stf-e-na-suprema-corte-dos-estados-unidos-uma-analise-comparativa,57008.html> >

NEQUETE, Lenine. **O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL A PARTIR DA INDEPENDÊNCIA**. Império. Ed. Comemorativa dos 500 anos, Brasília. 2000.

PALMA, R. F. **HISTÓRIA DO DIREITO**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (Ebook SARAIVA s/n).

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO: AS LIÇÕES DO ESTADO JURISDICIONAL**. *The (legal) process as an institution: the lessons of the jurisdictional State*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo | vol. 287/2019 | p. 119 - 144 | Jan / 2019 | DTR/2018\22808.

PETER, Christine Oliveira. **DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**. *From judicial activism to constitutional activism under the State of fundamental rights*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. *Brazilian Journal of Public Policy*. Vol. 05. UniCEUB. ISSN 2236-1677, 2015, p. 62-87

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A PREPONDERÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ALEMÃ DE 1919 NA INAUGURAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917**. Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. Senado Federal, 2006. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92449>>. Acessado em: 05.10.2020.

RAMOS, A. D. C. **CURSO DE DIREITOS HUMANOS**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Ebook SARAIVA).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O CONTRATO SOCIAL: PRINCÍPIOS DO DIREITO POLÍTICO**. Tradução: Ciro Mioranza. São Paulo, Lafonte, 2019.

SANTOS, Teodoro Silva; DO VALE, Ionilton Pereira. **O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: A FORÇA NORMATIVA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS**. The international system of protection of human rights: the normative force of the American Convention on Human Rights and the European Convention on Human Rights. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 95/2016 | p. 339 - 356 | Abr - Jun / 2016 | DTR\2016\4663

SARLET, Ingo Wolfgang. **A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**, *Revista de Direito do Consumidor* | vol. 30/1999 | p. 97 - 124 | Abr - Jun / 1999, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* | vol. 3 | p. 639 - 675 | Ago / 2011 | DTR\1999\681.

SEDRA, Gustavo Podestá. **EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS UNIDOS E DA FRANÇA NO FINAL DO SÉCULO XVIII: A NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO COMO ÊXITO DO PODER CONSTITUINTE E DOS PODERES CONSTITUÍDOS**. *The constitutional experiences of the United States and France at the end of the 18th century: the binding force of the Constitution as an outcome of the constituent power and of the constituted powers*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 94/2016 | p. 121 - 166 | Jan - Mar / 2016 | DTR\2016\4513.

SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITOS CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 37ª edição, revista e atualizada. Editora Malheiros, 2013.

SILVA, Blecaute Oliveira. **TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS SUPRALEGAIS E CONSTITUCIONAIS: UMA ABORDAGEM ANALÍTICO-NORMATIVA**. *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA*, v. 53, n. 209, p. 73-86, jan./mar. 2016. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520002/001063226.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 05.06.2020.

SIQUERIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **DIREITOS HUMANOS**. *Revista dos Tribunais* | vol. 824/2004 | p. 723-747 | Jun/2004, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* | vol. 6 | p. 893 - 924 | Out / 2010, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* | vol. 1 | p. 823 - 856 | Ago / 2011 | DTR\2004\831.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo* | vol. 33/2014 | p. 311 - 333 | Jan - Jun / 2014. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* | vol. 7/2015 | p. 1053 - 1076 | Ago / 2015 | DTR\2015\10999.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **PÓS-POSITIVISMO**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 28/2011 | p. 239 - 265 | Jul - Dez / 2011. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 7/2015 | p. 341 - 367 | Ago / 2015 | DTR\2015\10976

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. FAVA, Marcos Neves. **A DEFESA DE SUA INDEPENDÊNCIA: UM DEVER DO MAGISTRADO**. Revista de Direito do Trabalho | vol. 123/2006 | p. 67 - 78 | Jul - Set / 2006 | DTR\2006\475

STRECK, Lênio Luiz. **O ATIVISMO JUDICIAL EXISTE OU É IMAGINAÇÃO DE ALGUNS?** Consultor Jurídico – CONJUR. Publicado em 13 de junho de 2013. Acessado em 07 de janeiro de 2020. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>

STRECK, Lênio Luiz. TASSIRANI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. **O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326**. *Judicial Activism: a critical approach of the MS3326*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. *Brazilian Journal of Public Policy*. Vol. 05. UniCEUB. ISSN 2236-1677, 2015, p. 51-61.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26**, Relator Ministro Celso de Mello, Data do Julgamento: 13/06/2019.

TAVARES, André Ramos. **A CATEGORIA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 34/2001 | p. 105 - 133 | Jan - Mar / 2001. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 1 | p. 607 - 639 | Maio / 2011 | DTR\2001\35.

TÁVORA, F.; ARAÚJO, D. **COLEÇÃO DIPLOMATA - HISTÓRIA GERAL**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TOFFOLI, Dias. **"PODER JUDICIÁRIO E SEGURANÇA JURÍFICA NO SÉCULO XXI."** Universidade Nove de Julho, São Paulo, 29 de março de 2019.

TOFOLLI, Dias. **CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICA**. Estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. BURGOS, Marcelo Baumann. **QUEM SOMOS - A MAGISTRATURA QUE QUEREMOS**. Associação dos Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>>. Acessado em 05.10.2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **SUPREMOCRACIA**. Revista de Direito GV, nº 8, p. 443. 2008.

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**. Judiciary activism practice or contemporary dialogues between areas of knowledge? Effectiveness of fundamental rights, implementing justice.

Thomson Reuters. Revista dos Tribunais Online. Revista de Direito Privado | vol. 65/2016 | p. 55 - 72 | Jan - Mar / 2016 | DTR\2016\4165.

VITA, Leticia. “¿QUIÉN DEBE SER EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN? UNA RELECTURA DEL DEBATE ENTRE KELSEN Y SCHMITT A LUZ DEL CASO PRUSIA CONTRA REICH DE 1932”. *Lecciones y Ensayos*, Nro. 99, 2017.